

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil adotou, de forma expressa, em seu preâmbulo constitucional, bem como no art. 1º da sua Constituição Federal de 1988, a política do Estado Democrático de Direito. Assim, através dos princípios norteadores da efetivação a dignidade da pessoa humana, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais tornaram-se questão primordial como meio de proteção e respeito ao próprio cidadão.

À vista disso, a Constituição Federal de 1988, além de ser o elo que une a política e o direito em determinado Estado, é também um remédio contra as maiorias. E, por constituir-se em um remédio contra as maiorias, ela traz consigo um núcleo político que somente pode ser extirpado com uma ruptura institucional.

Durante muito tempo a subsunção¹, entendida como ato de inserir algo em um campo mais amplo, modelo identificado a partir da norma como premissa maior, incidindo sobre os fatos, tidos em caso, como premissa menor foi o único método utilizado para a compreensão e a aplicação do direito. Mas, nos últimos tempos, com os assuntos estudados no âmbito jurídico passou-se a compreender que a subsunção tem limites e não é, por si só, suficiente para lidar com determinadas situações que podem surgir dentro das inovações do mundo contemporâneo (ALVES, 2010).

Nesse sentido, a decisão judicial aplicada diante da análise de casos concretos não pode ser considerada mero conselho, pois pode ser imposta pela força como manifestação do poder de império estatal. Dessa forma, os tribunais, agindo em nome do estado, devem estar minimamente sob controle do grupo social que forma a sociedade e o único meio de controlar suas decisões é justificá-las (ALVES, 2010).

O dever de motivar constitui uma necessidade republicana de justificação das decisões do poder público, para que possa haver assim, a manutenção da segurança jurídica. A segurança jurídica, sob este viés, assume o papel de estabilizar às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. Atua também, como inibidora do arbítrio, dando amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si.

A fim de introduzir o contexto em que se quer trabalhar, Robert Alexy (2001) cita, pelo menos, quatro motivos que justificam a chamada insegurança jurídica: Em primeiro está a

¹ A subsunção para Alexy (1999), é procedimento tradicional de aplicação do direito, conforme a estrutura lógica do silogismo jurídico. Nela, o fato empírico é subsumido como particular – isto é, elevado conforme a estrutura triádica dialética (tese, antítese, síntese) – à lei (como universal), desse processo resultando o fato regrado pela norma (momento da singularidade ou, em termos filosóficos do universal concreto).

imprecisão da linguagem do direito; em segundo a possibilidade de conflitos entre as normas; em terceiro o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabem sob identificação de nenhuma norma válida existente no ordenamento; e em quarto a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto (ALEXY, 2001).

Mesmo que, não seja novidade no campo jurídico questões envolvendo antinomias, aqui tratadas como a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, nunca se deu tanta atenção as questões emergentes que envolvem colisões principiológicas e necessidade de ponderação.

A partir da distinção estrutural entre regras e princípios, estes compreendidos por Alexy como mandamentos a serem otimizados, obtém-se a parametrização das normas do sistema jurídico aos comandos derivados dos direitos fundamentais. Dessa forma, tais comandos do sistema jurídico identificariam se com regras específicas no texto constitucionais. Outrossim, não bastaria que as normas do sistema jurídico estivessem de acordo com o texto constitucional, uma vez que elas deveriam se conformar às normas atribuídas a esse texto constitucional. Essa atribuição, diante da necessidade, seria então conduzida por uma decisão guiada pela ponderação de princípios jurídicos (ALEXY, 2001).

A Técnica da Ponderação sob a ótica de Robert Alexy introduz a Ponderação entre os princípios constitucionais como marca característica do desenvolvimento da Teoria dos direitos fundamentais, com intuito de instigar a possibilidade de aplicação da Técnica da Ponderação na Constituição Federal de 1988, quando identificada a existência de uma possível relação colidente entre os princípios dela extraídos. À vista disso, estuda-se a distinção estrutural entre regras e princípios, compreendidos por Alexy, como mandamentos a serem otimizados, parametrização das normas do sistema jurídico aos comandos derivados dos direitos fundamentais. Para ao final concluir, mas sem esgotar a temática proposta, que a Técnica da Ponderação deve buscar, sempre que possível, a priorização da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, condensando e sintetizando os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente.

1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar de uma colisão principiológica as regras usuais da interpretação jurídica se mostram insuficientes, isso ocorre porque os princípios são propensos a colidir. A entender. os direitos fundamentais são, em geral, normas de caráter principiológico, as colisões entre eles

podem ser resolvidas sem que um deles deixe de existir no ordenamento jurídico (ALEXY, 2015).

Uma solução simples, que evitaria por completo o problema da colisão, consistiria em declarar todas as normas de direitos fundamentais como não vinculativas juridicamente, em outras palavras, apenas como proposições programáticas de cunho moral ou político, desprovidas de eficácia jurídica. Entretanto, essa solução é desprovida de fundamento por disposição expressa da Constituição brasileira, artigo 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988). E, mesmo que assim não fosse, Alexy, explica que a força vinculativa dos direitos fundamentais não poderia ser-lhes retirada.

A teoria dos princípios de Robert Alexy aponta a ponderação como a solução mais adequada para a colisão entre princípios, uma vez que tende a garantir sua normatividade e preservar a Constituição Federal de 1988. Importa ressaltar que, para este trabalho, princípios e regras são aceitos como espécies do gênero norma, considerando uma possível relação excludente. Quando dois princípios constitucionais apresentarem interesses contraditórios, qual a melhor medida a ser tomada? Para Robert Alexy, a ponderação é apontada como o pilar que permite não apenas resolver eventuais colisões de princípios, como também manter sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico.

A metodologia jurídica tradicional se utiliza de critérios como generalidade e abstração para diferenciar regras e princípios, deixando de lado qualquer consideração de ordem qualitativa. Essa é a forma de distinção, utilizada por Norberto Bobbio, quando ele define os princípios como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.” (BOBBIO: 2003, p.81).

Para compreender a distinção entre regras e princípios, considerando critérios dessa ordem, Alexy afirma haver três teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira alega a impossibilidade de divisão das normas em classes de regras e princípios, devido a pluralidade existente. Já a segunda é sustentada pelos que consideram que pode haver uma distinção relevante entre regras e princípios, mas que essa distinção é meramente de grau. Por fim, a terceira afirma que as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença não é meramente gradual, mas também qualitativa (ALEXY, 2019).

Para o autor a última tese é a correta, pois apresenta o que ele denomina de critério qualitativo, o qual permite distinguir com precisão as regras e os princípios. Alexy apresenta o núcleo da distinção entre as duas espécies normativas: a concepção de princípios como mandamentos de otimização. Para Alexy, a definição dos princípios como mandamentos de

otimização decorre do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja realizado, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. Ao que se refere as regras, constituem-se mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido (ALEXY, 2015).

Ademais, os princípios não expressam mandamentos definitivos, pois apenas ordenam que algo seja feito na maior medida possível, considerando determinadas condições. Dessa forma, o fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa que o que ele determina será o resultado definitivo para o caso. Por isso, os princípios não possuem conteúdo de determinação, suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por outras razões opostas. (ALEXY, 2002). Já no caso das regras, ocorre o contrário, pois como elas devem ser cumpridas exatamente como são exigidas, possuem um caráter de determinação em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, uma vez aplicadas, determinam um resultado definitivo. Essa determinação prevalece em todos os casos de aplicação das regras, exceto quando a regra é declarada inválida. (ALEXY, 2002).

Diante de tais considerações, seria possível afirmar que todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie*² e de que todas as regras têm o mesmo caráter definitivo. O caminho entre o direito *prima facie* e o direito definitivo é estabelecido através de uma relação de preferência que é determinada por uma regra: “sempre que um princípio é, em última instância, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que apresenta uma razão definitiva para esse juízo concreto de dever ser. Dessa forma, os princípios não são razões definitivas.” (ALEXY, 2002, p.103).

A partir dessa definição, que considera as regras como mandamentos definitivos, proposta por Alexy (2002), surge o imperativo de se cumprir exatamente o que por elas é exigido. Portanto, a conclusão lógica a que se chega é de que nos casos em que houver uma antinomia entre duas regras, só há duas soluções possíveis: a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, o que permite que ela continue sendo válida no ordenamento jurídico, ou a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras contraditórias. Exemplo: uma regra que impede que as pessoas abandonem a sala antes de tocar o sinal de saída e outra, que ordena que as pessoas abandonem a sala quando soar o alarme de incêndio. O autor afirma que ambas produzem juízos concretos de dever ser contraditórios entre si, de forma que a solução do conflito seria introduzir na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do

² *Prima facie* é uma expressão latina que significa à primeira vista e a partir deste sentido será por diversas vezes citada no decorrer da presente pesquisa.

alarme de incêndio e, se isso não fosse possível, declarar a invalidade de uma das regras, retirando-a do ordenamento jurídico (ALEXY, 2019).

Nesse contexto, nota-se que a validade é um conceito binário e não gradual, de modo que a aplicação de uma consequência jurídica guarda uma relação de causa e efeito com a aplicação da regra que a contém. Com os princípios, ocorre de forma diferente, pois quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução para tanto, reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos.

É possível identificar então, a existência de duas soluções distintas para os conflitos de normas: enquanto a colisão de princípios é resolvida através da ponderação, o conflito de regras é resolvido através da subsunção. O tratamento diverso nos dois casos, conforme refere Alexy (2007), seria a maneira mais clara de distinguir regras e princípios, no entanto, alguns autores afirmam que a ponderação não deve ser aplicada somente e exclusivamente aos princípios (ALEXY, 2007).

Para Alexy, o principal critério que distingue uma regra de um princípio é o modo como eles se comportam no caso de colisão. A saber, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação. Dessa forma, o autor identifica a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios, afirmando que se tratam de dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter teórico-normativo. No mais, efetuar ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais se pondera, têm a estrutura de princípios e classificar normas como princípios leva a ponderações. Assim, conseqüentemente, o litígio sobre a teoria dos princípios é, essencialmente, um litígio sobre a ponderação. (ALEXY, 2007).

A estrutura das soluções de colisões é apresentada por Alexy através da lei de colisão. Essa lei tem enorme importância, pois demonstra que é o resultado da ponderação que deve ser objeto de fundamentação. Nesse sentido, Alexy cita como exemplo o caso da incapacidade processual, no qual a realização de audiência oral em desfavor de um acusado que corre perigo de sofrer um infarto, gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do direito penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesse caso, a solução não deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto (ALEXY, 2002).

Quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, observadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência

condicionada entre ambos, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro³. Assim sendo, “a relação de procedência condicionada também pode ser denominada de concreta ou relativa e é expressa pela seguinte fórmula: (P1 P2) C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro.” (ALEXY, 2002, pp. 92-93).

Além disso, o princípio que tem precedência restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado, mas essa relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida se as condições forem modificadas (ALEXY, 2002). De acordo com Alexy, o peso dos princípios é determinado da seguinte forma: “O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto.” (ALEXY, 2002, p. 93).

Nesse sentido, a fórmula do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo (STEINMETZ, 2001). No caso citado anteriormente, no qual a realização de uma audiência pode acarretar perigo de vida ao acusado, a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade em relação ao princípio da efetiva aplicação do direito penal, pode ser explicitada na seguinte frase do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Se existe o perigo concreto, manifesto, que o acusado, no caso de realização da audiência oral, perca sua vida ou experimente graves danos à sua saúde, então, a continuação do processo o lesiona em seu direito fundamental do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da Lei Federal. (ALEXY, 2002, p. 93).

³ Um exemplo apresentado por Gavião Filho (2010), o qual ele classifica como “Colisão de Direitos Fundamentais em Sentido Estrito” é um caso significativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o da reclamação apresentada pela mexicana Glória Trevi que, enquanto respondia a processo de extradição e se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal, resultou grávida e deu luz a uma criança. A extraditanda atribuiu aos agentes policiais a prática de crime de estupro, mas não permitiu o recolhimento de material para realização da perícia necessária. Na reclamação apresentada contra a decisão judicial que determinou o recolhimento de material genético da placenta e a entrega do prontuário médico, o Supremo Tribunal Federal examinou a colisão entre o direito fundamental à intimidade e à vida privada da disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal, e o direito fundamental do preso à integridade física e moral da disposição do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, de um lado, e, de outro lado, o direito fundamental da honra dos agentes policiais da disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal. Além disso, entraram em jogo na colisão os bens jurídicos coletivos constitucionais relativos à honra da instituição da Polícia Federal, à moralidade administrativa, à persecução penal pública e à segurança pública. O Supremo Tribunal Federal, ponderando os princípios em colisão, entendeu justificada a intervenção nos direitos fundamentais da extraditanda consistente no recolhimento de material genético da placenta e não justificada a intervenção de recolhimento dos prontuários médicos (Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003).

O autor afirma que o enunciado do Tribunal pode ser entendido de duas formas: como condição de uma relação de precedência de um princípio sobre o outro ou como uma regra que determina que se uma ação cumpre tal condição, pesa sobre ela uma proibição. Assim, é possível concluir que de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência (ALEXY, 2002).

É nesse contexto que se formula a lei de colisão, que trata da conexão entre relações de precedência condicionada a regras, sendo expressa pela seguinte fórmula: “(P1 P P2) C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro”. (ALEXY, 2002, pp. 92-93).

Se o princípio P1, dadas as circunstâncias C, precede o princípio P2 (P1 P P2), e se de P1, dadas as circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contém a C como pressuposto de fato e a R como consequência jurídica C→R. (ALEXY, 2002, p.94).

Dessa forma, a lei de colisão demonstra que a observância das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non*⁴ para a ponderação, não existindo, pois, relações de precedência absolutas entre os princípios. Nesse sentido, acredita-se que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação.

2 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

A ponderação pode ser entendida a partir da caracterização dos princípios como mandamentos de otimização, pois a referida caracterização faz com que eles ordenem “que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.” (ALEXY, 2002, p.185). Nesse contexto, afirma-se que essa ideia de otimização é expressa pelos três princípios parciais que compõem o princípio da proporcionalidade: o princípio da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o último corresponde à ponderação (ALEXY, 2002).

⁴ A expressão “Sine qua non” ou “*conditio sine qua non*” é uma expressão que se originou do termo em latim que pode ser traduzido como “sem a/o qual não pode ser”. Refere-se a uma ação cuja condição ou ingrediente é indispensável e essencial, para tanto, referenciada nesta pesquisa com idêntico sentido.

Em relação ao princípio da idoneidade⁵ ou adequação, explica-se que ele exclui a utilização de meios que, visando à realização de um princípio, acabem prejudicando outro, sem, no entanto, fomentar o princípio ao qual eles devam servir, a situação é ilustrada pelo autor da seguinte forma:

Se M1 não é adequado para a promoção ou obtenção do fim exigido por P1 ou idêntico a P1, ou seja, para P1 é igual se utilizar M1 ou não. Se, em outras circunstâncias, M1 afeta a realização de P2, então no que diz respeito à otimização com relação às possibilidades fáticas, M1 está proibido por P2. (ALEX, 2002, p. 114-115).

Já o princípio da necessidade⁶ “consiste na escolha, entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que menos intensamente intervenha em um outro princípio.” (ALEXY, 2002, p. 114-115). De acordo com Humberto Ávila (2021), o exame da necessidade envolve, primeiramente, a verificação da existência de mais de um meio que promova igualmente o fim e, posteriormente, a análise de qual desses meios é menos restritivo.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito⁷, consiste na ponderação entre as vantagens e os prejuízos causados pela adoção de uma determinada medida. Esse princípio identifica-se com a ponderação. Nesse sentido, a ponderação faria parte daquilo que exige um princípio mais amplo: o princípio da proporcionalidade. Assim, os princípios da adequação e da necessidade expressam a ideia da otimidade-pareto, ou seja, “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.” (ALEXY, 2002, p. 135), ao passo que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação (ALEXY, 2002).

Salienta-se então, que os dois primeiros princípios se referem à otimização quanto às possibilidades fáticas, enquanto o último se refere à otimização relativamente às possibilidades jurídicas, sendo, dessa forma, o que interessa quando se trata da colisão de princípios. Pondo

⁵ Nos escritos de Gavião Filho (2010), o princípio parcial da idoneidade indaga se a medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente. Se a medida de intervenção em um direito fundamental não promover a realização do outro direito fundamental, então, ela não estará justificada.

⁶ O exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas. No exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido. A análise comparativa deve responder se entre as medidas alternativas, não existe uma que, com o mesmo grau de idoneidade para alcançar o fim que a medida escolhida ou a ser escolhida promove, intervenha com intensidade de menor grau em outro ou em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos em jogo na colisão (GAVIÃO FILHO, 2010).

⁷ O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas. [...] As discussões em torno da ponderação apontam para as dificuldades quanto à verificação dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e de importância do cumprimento do outro direito fundamental em um caso de colisão de dois direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2010).

em prática tal afirmação, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito seria idêntico a uma regra, a qual Alexy denomina lei da ponderação.

A lei da ponderação é descrita por Alexy de acordo com o seguinte conceito: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, 2003, p.136). Nesse sentido, a lei da ponderação demonstra que o grau de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro princípio. Dentro do referido contexto, Sanchís (1992) afirma que a lei de ponderação é a regra constitutiva do método que visa fundamentar a precedência que um princípio exercerá sobre o outro, num caso concreto.

Alexy explica que a lei da ponderação permite verificar que a ponderação se compõe em três passos. Assim sendo, a ponderação exige:

Em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções. (ALEXY, 1999, p. 69).

O primeiro passo pode ser compreendido como a preparação da ponderação e dá início a identificação do que está sendo objeto de sopesamento, da literal ponderação, através de uma análise exaustiva de todos os elementos e argumentos possíveis. Nesta primeira fase da ponderação o intérprete deve buscar identificar a existência de conflito normativo, em outras palavras, verificar se existem enunciados normativos presentes no ordenamento jurídico fundamentando as normas que se imaginou entrarem em conflito e, em seguida, ordená-los de acordo com a solução que indiquem para o caso concreto (ALEXY, 2002).

Dito isso, ressalta-se que o intérprete deve atuar com cautela para identificar os enunciados normativos em colisão, não devendo admitir como objeto da ponderação, direitos que não encontrem fundamento no ordenamento jurídico. Dessa forma, entendendo a ponderação como uma técnica jurídica, os interesses genericamente considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos.

Na segunda etapa da ponderação, se constitui a partir da definição da necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nessa fase se dá, no sentido estrito, a realização da ponderação, de modo que deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Com isso, o intérprete terá que examinar as circunstâncias

do caso concreto e sua repercussão sobre os elementos normativos (ALEXY, 2002). Essa atividade, será realizada em duas etapas, que são colocadas da seguinte forma:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes(...) em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas. (BARCELLOS, 2005, p.116).

A última etapa da ponderação é definida como aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. A terceira etapa implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados (ALEXY, 2002). Por esta razão, a última etapa da ponderação se mostra a fase mais complexa da aplicação da técnica, pois enseja várias questões como a de justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra. No mais, se faz de suma importância destacar que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, considerando-se como a finalidade da ponderação.

Nesse sentido, a concordância prática atua como parâmetro para que o intérprete analise o caso concreto e opte por uma solução mais harmônica e que imponha o menor sacrifício possível no que tange aos princípios conflitantes. Aponta-se para a necessidade da máxima realização de valores que se direcionam para sentidos opostos, podendo ser definida como a finalidade que deve orientar a ponderação (ÁVILA, 2021).

Com isso, o tribunal que a fizer, não pode limitar-se a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo prevalência ao de maior hierarquia ou significado. Estabelecer hierarquias não é a solução que nos parece acertada. Ao contrário, no juízo de ponderação, o julgador contempla as circunstâncias peculiares de cada caso, afirmando que a solução desses conflitos há de ser feita mediante a utilização do recurso da concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade a partir da análise do caso prático (ÁVILA, 2021).

Resta claro, dessa forma, que a ponderação segue uma determinada estrutura, decompondo-se em três passos. Resumidamente, em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Após isso, deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do

princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro (ALEXY, 2015).

Diante deste contexto, tal estrutura permite perceber a ponderação como um procedimento de argumentação e de fundamentação, como um procedimento racional. Com a finalidade de melhor compreender a teoria, colaciona-se aqui um exemplo ilustrativo de decisão emanada do Tribunal Constitucional Federal, a “decisão tabaco”:

Estava em discussão o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados do tabaco de inserir nesses produtos advertências ao consumidor relativamente às consequências danosas do fumo para a saúde. Tem-se, com isso, uma intervenção relativamente leve no direito fundamental à liberdade de profissão. Como uma intervenção grave, poder-se-ia cogitar uma proibição definitiva de fabricação de todos os produtos de tabaco. Entre tais casos há outros de intensidade mediana. Com isso, é possível observar a existência de uma escala composta por graus “leve”, “médio” e “grave” de intervenção no direito fundamental. Em contraposição a esse direito, há um fundamento de intervenção, a proteção à saúde em face dos perigos do fumo, que pesa gravemente. Tratando-se de uma intervenção leve no direito fundamental, justificada por um fundamento altamente importante de intervenção, ela, no exame da proporcionalidade em sentido restrito, está justificada. (TREVISAN, 2017, p. 98-99).

Com efeito, a racionalidade da ponderação é garantida pela observância de determinadas regras de argumentação. Considerando-se a argumentação jurídica um caso especial da argumentação prática geral, uma teoria da argumentação jurídica somente é possível no quadro de uma teoria da argumentação prática geral. Para Alexy, essa teoria é formulada como uma teoria do discurso prático racional. Considerando-se a argumentação como uma atividade guiada pelas regras próprias da teoria do discurso, a união entre ponderação e argumentação permite qualificar os resultados obtidos através da ponderação como racionais (GALVÃO FILHO, 2011).

Para que seja realizada a ponderação deve-se extrair, antes, com base na análise do caso concreto, o assim denominado pela doutrina alemã de “núcleo essencial da norma” (wesensgehalt). O referido núcleo essencial é considerado o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. Com isso, o núcleo essencial limita a possibilidade de limitar, ou seja, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais (ALVES, 2010).

Dessa forma, se torna possível extrair desse entendimento, que é no respeito a esse núcleo essencial da norma de um direito fundamental que se encontra a constitucionalidade de uma eventual restrição a esse direito e, da mesma forma, a inconstitucionalidade de uma

restrição a um direito fundamental que ultrapassar e afetar o seu núcleo essencial, por meio da ponderação (ALVES, 2010).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COLIDENTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: APLICA-SE A PONDERAÇÃO?

A Constituição da República Federativa do Brasil positivou uma série de normas que podem ser designadas como princípios constitucionais. Os direitos fundamentais, que, ao contrário do que se verificava nas constituições que a precederam, nela estão inscritos no início do texto constitucional, constituem os mais importantes, todavia, não os únicos representantes dessa classe. Ao posicioná-los na abertura da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte não pretendeu outra coisa senão realçar o papel central que os direitos fundamentais ocupam no contexto da ordem constitucional brasileira, contrastando-o, dessa forma, com o autoritarismo dos anos de regime militar vividos pelo Brasil no período histórico anterior ao advento da atual Constituição Federal de 1988 (TREVISAN, 2017).

A Constituição Federal apresenta um extenso rol de princípios constitucionais, além disso, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a vigência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, como o princípio da proporcionalidade, da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme à Constituição Federal de 1988, da motivação dos atos administrativos, do efeito retroativo nas decisões no controle de constitucionalidade das leis, entre vários outros (SARMENTO, 2002). Destaca-se ainda, que não se adota uma possível hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos. Estes podem concorrer com aqueles em casos concretos, impondo-se, nesta hipótese, o empreendimento de uma ponderação de princípios para resolução satisfatória da controvérsia.

Ademais, os princípios constitucionais apresentam, ainda, função supletiva, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias. Sob este ângulo, Canotilho (1992) preceitua que os princípios podem revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito. E, em razão da função argumentativa dos princípios constitucionais, conforme o peso que os caracteriza, os princípios não contêm respostas definitivas para as questões jurídicas sobre as quais incidem, mas apenas mandamentos *prima facie*, que podem, eventualmente, ceder em razão da ponderação com outros princípios, conforme colocado anteriormente. Dessa forma, devem os princípios constitucionais

apresentar-se como argumentos, ou pontos de vista a serem considerados caso a caso (CANOTILHO, 1992).

Outrossim, somente diante de cada caso concreto a ser analisado, é que se pode ser atribuído um peso específico para cada princípio, e, por consequência, estabelecida a solução da controvérsia, torna-se patente a superlativa importância do problema no manejo dos princípios constitucionais, o que não significa que se possa descurar do sistema. Para tanto, observa-se que a fluidez e o teor axiológico dos princípios constitucionais servem, a um só tempo, para dinamizar a ordem constitucional e para legitimá-la, ancorando-a nos valores existenciais que emprestam substrato ético ao constitucionalismo (SARMENTO, 2002).

Tratando-se de interpretar a técnica da ponderação de princípios na Constituição Federal de 1988, refere-se de antemão que o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de princípios constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação.

Ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, a representação de duas faces de uma mesma moeda. A propósito, em relação ao princípio da proporcionalidade, é ele que permite fazer o “sopesamento” (Abwägung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

A Técnica da Ponderação aplicada a Constituição Federal de 1988, caracteriza-se como o método que se preocupa em analisar o caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do “peso” específico e essenciais à definição do resultado da ponderação. Por sua vez, a relevância conferida às dimensões fáticas do problema concreto, porém, não pode jamais implicar na desconsideração do dado normativo, que também se revela absolutamente vital para a resolução das tensões entre princípios constitucionais. Afinal, a Constituição Federal de 1988 é, antes de tudo, norma jurídica, e desprezar a sua força normativa é despreteger o cidadão da sua garantia jurídica mais fundamental.

Compreende-se que ponderação princípios só se mostra necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelos menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Logo, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los (SARMENTO, 2002).

Por conseguinte, busca-se cumprir em primeiro plano, o princípio da unidade da Constituição Federal de 1988, que demanda a busca da conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque, conforme se explica, a Constituição Federal de 1988 não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais (SARMENTO, 2002). Por conseguinte, deve então, o intérprete buscar a demarcação do campo normativo de cada princípio envolvido, para verificar se a hipótese está realmente compreendida no âmbito de tutela de mais de um deles.

No campo dos direitos fundamentais, esta demarcação corresponde à identificação dos “limites imanentes”⁸ de cada direito. Tais limites, que representam a fronteira externa dos direitos fundamentais, podem estar definidos expressamente na Constituição Federal de 1988, ou dela decorrerem implicitamente, sendo, neste caso, inferidos da análise da proteção outorgada pela Lei Maior a outros direitos e valores 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 uma norma constitucional (SARMENTO, 2002).

Ressalta-se, no entanto que, a estrutura aberta e flexível dos princípios que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado torna, por vezes, mais delicado o procedimento para estabelecer a priori as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres. Por este motivo, a análise do caso concreto revela-se frequentemente essencial para a verificação da existência ou não de conflito entre os princípios constitucionais ali tratados. Identificando-se uma efetiva colisão, deve-se passar à segunda fase do processo, que envolve a ponderação propriamente dita entre os interesses em disputa.

Se, determinado caso concreto é de fato tutelado por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes. Deve-se então, à luz das circunstâncias concretas, impor compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro. Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos princípios envolvidos.

A vista disso, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. E, tal ponderação dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.

⁸ Para limites imanentes, entende-se aqui que cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria distinção que o prevê.

Assim, seria possível dizer que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico 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 (SARMENTO, 2002).

Desse modo, as restrições aos princípios constitucionais em disputa devem ser sempre que possível, arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras:

[...] o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (SARMENTO, 2002, p. 104-105).

A ponderação de princípios na Constituição Federal de 1988, deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a referida ordem constitucional vigente.

Por fim, para fins de conhecimento prático e arredondamento da presente pesquisa, ressalta-se que a aplicação da técnica da ponderação na Constituição Federal de 1988 pode ser realizada em dois âmbitos, quais sejam, âmbito judicial e âmbito legislativo. Dentro deste contexto, o referido autor afirma que a ponderação de princípios pode ser realizada pelo Poder Judiciário basicamente em duas hipóteses: quando não existir regra legislativa específica que resolva determinado conflito entre princípios constitucionais em análise real diante do caso concreto, ou quando a regra legislativa em questão tiver pela via principal ou incidental sua constitucionalidade questionada (SARMENTO, 2002).

Assim, diante da primeira possibilidade o poder judiciário terá, forçosamente, de proceder à ponderação, uma vez que não poderá refutar-se ao seu dever de resolver a lide, e a colisão entre princípios constitucionais não tem como ser equacionada, se não, através do emprego do método da ponderação de princípios. Já diante da segunda hipótese, a questão torna-se um tanto mais delicada. De fato, a necessidade de ponderação de princípios na aplicação das normas constitucionais exacerba o risco de invasão, pelo poder judiciário, do campo de discricionariedade inerente à atividade legislativa. Pois, através da ponderação, os juízes, que não são eleitos, podem tentar impor as suas opções políticas e ideológicas em detrimento daquelas realizadas pelos representantes do povo (SARMENTO, 2002).

Trata-se, portanto, da adoção de uma postura cautelosa pelo poder judiciário, com a denominação norte-americana que significa autolimitação judicial. A autolimitação judicial

consiste, nesse sentido, em uma fórmula de convivência entre o poder judiciário e os demais poderes do estado, pela qual o primeiro não abdica da sua magna função de guardião da Constituição Federal de 1988, mas também não se sobrepõe a condição de dono da verdade constitucional, reconhecendo aos poderes eleitos a primazia na tarefa de concretização dos ditames constitucionais. No mais, de acordo com os escritos de Barroso (1996), a autolimitação judicial associa-se também com o princípio da presunção da constitucionalidade das normas, pelo qual o judiciário só deve pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, quando, após a exaustão de todas as possibilidades exegéticas, resultar evidentemente a sua incompatibilidade com a Lei Fundamental (BARROSO, 1996).

Tais ideias gerais são absolutamente pertinentes a ponderação de princípios. Assim sendo, cabe ainda exalar que se o legislador já houver empreendido a ponderação de princípios, esta deve ser observada pelo judiciário diante da análise fática e da resolução do caso concreto. Outrossim, na verificação desta conformidade entre a ponderação subjacente ao ato normativo e a Constituição Federal de 1988, o órgão jurisdicional deve assumir uma postura prudente, pautada pelo respeito as emanções da vontade popular. Observadas estas premissas, a ponderação nada terá de anti-democrático ou de incompatível com a lógica da separação de poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto apresentado, a presente pesquisa buscou verificar a possibilidade de aplicar a Técnica da Ponderação entre direitos fundamentais, sem, contudo, desrespeitar os princípios constitucionais efetivadores da dignidade da pessoa humana, para então, responder a seguinte problemática: Aplica-se a Técnica da Ponderação diante da colisão entre princípios na Constituição Federal de 1988?

A dimensão racional que abarca a colisão de princípios, conforme se estudou na construção da presente pesquisa, pode ser solucionada pela Técnica da Ponderação de Robert Alexy. A referida teoria aponta a ponderação como a solução mais adequada para a colisão entre princípios, uma vez que tende a garantir sua normatividade e preservar o conteúdo consolidado na Constituição Federal de 1988.

Importa ressaltar que, para este trabalho, princípios e regras foram considerados como espécies do gênero norma. Por conseguinte, para Robert Alexy, a ponderação é apontada como

o pilar que permite não apenas resolver eventuais colisões de princípios, como também manter sua normatividade sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico.

Alexy (2003), assevera que a lei da ponderação permite verificar que a ponderação se compõe em três passos. A ponderação exige, em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nesta fase, é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções. A segunda etapa da ponderação, é definida como a necessidade de comprovação da importância de cumprimento do princípio em sentido contrário. Nessa fase ocorre a realização da ponderação, de modo que, deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Por fim, Alexy define a última etapa da ponderação como aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. Essa fase implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados, deve-se justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra.

Assim, destaca-se que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, que, em última análise, pode ser vista como a finalidade da ponderação. Diante deste contexto, tal estrutura permite perceber a ponderação como um procedimento de argumentação e de fundamentação, como um procedimento racional. Ao que se refere ao estudo da estrutura da ponderação, explica-se que caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse contexto, Alexy afirma que essa ideia de otimização é expressa pelos três princípios parciais que compõem o princípio da proporcionalidade: o princípio da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o último corresponde à ponderação.

Em relação ao princípio da idoneidade ou adequação, Alexy explica que ele exclui a utilização de meios que, visando à realização de um princípio, acabem prejudicando outro, sem, no entanto, fomentar o princípio ao qual eles devam servir. Já o princípio da necessidade, consiste na escolha, entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que menos intensamente intervenha em um outro princípio (ALEXY: 2002, p. 114-115). Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, consiste na ponderação entre as vantagens e os prejuízos causados pela adoção de uma determinada medida. Segundo Alexy, esse princípio identifica-se com a ponderação. A ponderação faria parte daquilo que exige um princípio mais amplo: o princípio da proporcionalidade. Assim, os princípios da adequação e

da necessidade expressam a ideia da otimidade-pareto, ou seja, “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.” (ALEXY: 2003, p. 135), ao passo que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

Salienta-se então, que os dois primeiros princípios se referem à otimização quanto às possibilidades fáticas, enquanto o último se refere à otimização relativamente às possibilidades jurídicas, sendo, dessa forma, o que interessa quando se trata da colisão de princípios. Pondo em prática tal afirmação, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito seria idêntico a uma regra, a qual Alexy denomina lei da ponderação.

Tratando-se de interpretar a Técnica da Ponderação entre direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, refere-se de antemão que o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de princípios constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação.

A Técnica da Ponderação, caracteriza-se como o método que se preocupa em analisar o caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do peso específico a essenciais à definição do resultado da ponderação. Por sua vez, a relevância conferida às dimensões fáticas do problema concreto, porém, não pode jamais implicar na desconsideração do dado normativo, que também se revela absolutamente vital para a resolução das tensões entre princípios constitucionais. Afinal, a Constituição Federal de 1988 é, antes de tudo, norma jurídica, e desprezar a sua força normativa é desproteger o cidadão da sua garantia jurídica mais fundamental.

Cumprido frisar, em última análise, que o assunto não se esgota aqui, no entanto, para fins de encerramento da pesquisa, assevera-se que a ponderação de princípios na Constituição Federal de 1988, quando aplicada em um caso concreto que desencadeie, naturalmente, a relação conflitante entre princípios, deve seguir sempre no sentido da efetivação, proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a referida ordem constitucional vigente e o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo** n 217, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade, in: Idem. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20.ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

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

BAROSSO, Luís Roberto. **Dez anos da Constituição de 1988** (Foi bom pra você também?), in 1988-1998: Uma década de constituição. Org. Margarida Maria Lacombe Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAROSSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, Belo Horizonte, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 setembro 2021. Acesso em: 19 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Tese de Doutorado, 2010. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/88482>>.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Sobre Principios y Normas: Problemas del Razonamiento Jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SOARES, Guilherme. Restrição aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, argumentação, racionalidade: Robert Alexy e seus críticos / Leonardo Simchen Trevisan**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. p. 304.