



O PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO (BALANCING) OU DO CONTRAPESO DE VALORES E BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Francisco Gérson Marques de Lima¹

Francisco Davi Fernandes Peixoto²

RESUMO

O presente trabalho aborda o chamado princípio do balanceamento (balancing) ou do contrapeso de valores e bens constitucionalmente protegidos. Trataremos de suas origens históricas, bem como de seu conteúdo essencial e sua finalidade primordial, buscando diferenciá-lo de instrumentos semelhantes. Faremos a diferenciação entre princípio do balanceamento em sentido amplo e princípio do balanceamento em sentido estrito tendo em vista da doutrina nacional e estrangeira. Por fim, observaremos também as críticas feitas ao princípio do balanceamento bem como o contraponto as mesmas, a fim de sustentar porque dentre que métodos disponíveis para interpretação, o melhor (ou ao menos o que possui menores dificuldades) é o da ponderação ou balanceamento.

Palavras-chave

Balanceamento em sentido amplo. Balanceamento em sentido estrito. Ponderação de bens e interesses. Contrapeso de bens e valores constitucionalmente protegidos.

ABSTRACT

The present work deals with the principle of the balancing (balancing) or the counterbalance of constitutionally protected values and goods. We will deal with its historical origins, as well as of its essential content and its primordial purpose, searching differentiates it of similar instruments. We will make the differentiation between principle of the balancing in ample direction and principle of the balancing in strict direction in the point of view of the national and foreign doctrine. Finally, we will also observe the critical done at the principle of the balancing as well as the counterpoint the same ones, in order to support because amongst that available methods for interpretation, optimum (or at least what it possess minors difficulties) are of the balance or the balancing.

Key-words

Balancing in ample direction. Balancing in strict direction. Balance of good and interests. Counterbalance of good and values constitutionally protected.

¹ Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Professor dos Cursos de Mestrado em Direito da UFC e da Graduação em Direito da UFC.

² Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Francisco Meton Marques de Lima³ utiliza em sua obra uma metáfora por nós considerada bastante adequada para os ordenamentos jurídicos, comparando-os a um jogo de xadrez no qual as peças devem necessariamente mover-se de forma harmônica de acordo com uma série de valores pré-determinados e inerentes ao ordenamento.

Consideremos então que as antinomias podem ser de dois tipos. As ditas solúveis ou aparentes quando o próprio ordenamento fornece critérios para a solução dos conflitos normativos, a as insolúveis ou reais, nas quais os critérios fornecidos pelo ordenamento são insuficientes, havendo, portanto, a necessidade do emprego do que a doutrina denomina de metacritérios para a sua resolução.

Destarte, antes de adentrarmos no princípio do balanceamento, qual seu conteúdo e sua finalidade, é conveniente para a melhor compreensão acerca do que vem a ser o mesmo tecermos breves considerações acerca da possibilidade ou não existência de antinomias e tensões no bojo da Constituição.

As normas de direitos fundamentais expostas na Constituição, tendem naturalmente à colidirem pela própria natureza aberta de princípios e plural dos valores nela expostos, além do número demasiadamente amplo de direitos fundamentais nela elencados.⁴ Porém, doutrina atual não é pacífica acerca da possibilidade de existência ou não de antinomias na Carta Magna.

Luís Roberto Barroso⁵ só admite a existência de antinomias aparentes na Constituição. Já para Francisco Meton Marques de Lima⁶ as antinomias constitucionais podem também ser reais, porém em caráter excepcional. Raquel Denise Stumm⁷, por sua vez, classifica de antinomias o choque entre regras, ao passo que as colisões ou conflitos se dariam entre direitos ou entre direitos e valores elencados estes por princípios, justamente em face do pluralismo de idéias típico das constituições⁸. Jane Reis Gonçalves Pereira⁹ estabelece

³ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 205-206.

⁴ Esta é a posição de Jane Reis em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 221-224. Por sua vez Francisco Meton Marques de Lima difere desta posição, destacando que “[...]a regra e a tendência da Constituição é não apresentar preceitos colidentes.” MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 218.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.

⁶ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 214.

⁷ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 76.

⁸ Sobre o Pluralismo e sua relação com o Estado Democrático e Constitucional de Direito, vide DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 180-193.

⁹ PEREIRA, J. op. cit., 221-229.

que existem conflitos entre direitos fundamentais, e, valendo-se da clássica classificação de Alf Ross, estabelece que são do tipo parcial-parcial e só ocorrem no caso concreto, nunca em abstrato.

Independentemente da existência ou não de antinomias reais ou aparentes na Constituição, fato é que existem, nos moldes da lição de Canotilho, “[...]momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios[...]”¹⁰, sendo que, diferentemente das regras os princípios não obedecem a uma lógica de tudo ou nada, sendo, portanto, objeto de ponderação ou concordância prática.

Destarte, são insuficientes os critérios tradicionais hierárquico, cronológico e da especialidade apresentados pelo ordenamento para a solução das tensões ou das antinomias existentes na Constituição, havendo a necessidade de metacritérios ou técnicas interpretativas especiais para resolver tais conflitos de direitos fundamentais. Um destes critérios ou técnicas é o chamado princípio do balanceamento ou do Contrapeso de bens e valores.

2. ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO

O princípio do balanceamento encontra suas origens históricas no direito norte-americano, especificamente aos chamados juristas da corrente denominada de “sociological jurisprudence”, ou Escola da Jurisprudência Sociológica¹¹, corrente diretamente relacionada com o realismo jurídico, em fins da década de 1930¹². Com efeito, tais juristas, dentre os quais podemos citar Holmes, Cardozo, Stone e Brandeis, há muito já demonstravam posicionamentos contrários ao formalismo que até então predominava na Suprema Corte daquele país.

Ademais, ressaltamos que teve contribuição enorme para o surgimento dessa corrente o resultado do confronto entre o Executivo e o Judiciário que se deu nos EUA durante as desavenças entre o Presidente Franklin Delano Roosevelt e a Suprema Corte dos EUA no que dizia respeito à aplicação do “New Deal” proposto por aquele presidente, pois tal conflito declarou a queda da concepção até então reinante do devido processo legal substantivo.¹³

O “Balancing” surgiu a partir do reconhecimento de que certos valores no ordenamento são superiores a outros, surgiu com o tratamento de técnicas ou fórmulas de interpretação diretamente relacionadas a esta nova realidade, reconhecida então pela doutrina e jurisprudência norte-americana.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 190.

¹¹ O professor Paulo Bonavides tece algumas breves porém significativas considerações acerca da Escola da Jurisprudência Sociológica norte-americana. Segundo o mesmo, graças a esta corrente de inspiração mais sociológica “Afastou-se, assim, da rigidez formal, dos fantasmas do *stare decisis*, do imobilismo lógico-jurídico, cuja vitória teria gravemente tolhido o curso da evolução constitucional americana.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 102-103.

¹² Nesse sentido: GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413.

¹³ Para mais informações acerca do tema vide: BARROSO, L. op. cit., p. 218-222.

Não obstante ter surgido nos EUA, atualmente a Suprema Corte daquele país tem desprezado o método do Balancing, para dar mais valor a concepções mais formalistas, recorrendo mais à teoria originalista¹⁴. Conforme bem ressalta Jane Reis Gonçalves Pereira “O método da ponderação seguiu uma trajetória irregular na Suprema Corte norte-americana[...]”¹⁵

A doutrina nacional¹⁶ e estrangeira¹⁷ destaca ainda que o “balancing” está diretamente relacionado em suas origens não apenas a “sociological jurisprudence”, mas também a doutrina europeia da jurisprudência dos valores, um desenvolvimento da chamada jurisprudência dos interesses que se posicionava frontalmente contrária à corrente formalista da jurisprudência dos conceitos.

Rodrigo Meyer Bornholdt¹⁸, ao tratar da teoria de Günter Weick em sua obra destaca que a ponderação seria fruto direito da jurisprudência dos interesses. Haveria na jurisprudência dos interesses uma valoração e uma ponderação, porém não na atividade jurisdicional e sim na legislativa, ou seja, se dariam mediante a atividade do legislador. Continua a autor e destaca a importância não apenas da jurisprudência dos interesses, mas também da jurisprudência dos valores no que condiz a ponderação, destacando que “[...]a noção de ponderação, em Alexy, reconduzida invariavelmente à princípios e valores, representa um desenvolvimento da jurisprudência dos valores.”¹⁹

Vejam também a lição de Glauco Barreira Magalhães Filho que destaca que na jurisprudência dos interesses o “[...]juiz deveria ater-se não à literalidade da lei, mas ao juízo de ponderação de interesses nela pressuposto, de modo que a sentença seria vista como um instrumento de harmonização de interesses[...]”²⁰

Vê-se portanto que o princípio do balanceamento, no que condiz as suas origens, está diretamente ligado tanto à Escola da Jurisprudência Sociológica norte-americana quanto à jurisprudência dos interesses, tendo assim também influência da doutrina europeia.

Com efeito, em 1958 o Tribunal Constitucional Alemão viria a julgar o famoso Caso Lüth²¹ (BVerfGE 7, 198 - 1958) no qual admitiu expressamente a necessidade de se realizar uma ponderação dos interesses conflitantes, fazendo um contrapeso de bens. Outro caso de importância julgado pelo Tribunal

¹⁴ Sobre esta teoria bem como críticas à mesma vide: BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e Interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madri: Cuadernos Cívitas, 1989, p. 51-112.

¹⁵ PEREIRA, J. op. cit., p. 260.

¹⁶ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 218; PEREIRA, J. op. cit., p. 256-257.

¹⁷ GARCÍA, E. op. cit., p. 414.

¹⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 108-110.

¹⁹ BORNHOLDT, R. op. cit., 146.

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 54.

²¹ Para mais informações sobre este caso vide: PEREIRA, op. cit., p. 472-475.

Constitucional Alemão no qual o mesmo tratou da ponderação de interesses ou bens foi o chama Aresto Mephisto²² (BVerfGE 30, 173 - 1971). A partir de então, este tribunal passaria a realizar diversas ponderações de bens quanto da colisão de princípios.²³

É importante ainda destacar que a doutrina não é uniforme quanto à denominação do objeto deste estudo. Alguns o denominam de ponderação de interesses ou bens, outros de “balancing” propriamente dito, havendo ainda o termo contrapeso de valores. Neste trabalho, porém, conforme resta evidente, referir-nos-emos ao mesmo primordialmente como princípio do balanceamento.

Visto isto, adentremos agora no conteúdo do princípio do balanceamento propriamente dito.

3. CONTEÚDO E FINALIDADE DO PRINCÍPIO DO BALANCEAMENTO: “BALANCING” EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO

Etimologicamente, podemos nos remeter à imagem da deusa Têmis para termos uma idéia do que vem a ser ponderação ou balanceamento de bens e interesses em conflito. A ponderação equivaleria justamente à balança que aquela deusa trás em suas mãos, ou seja, o sopesamento que deve necessariamente ser feito para que se alcance a harmonia das normas que estão expostas no ordenamento²⁴.

A doutrina costuma dividir o princípio do balanceamento em dois tipos diferentes, o balanceamento em sentido amplo e o balanceamento em sentido estrito, diferindo ambos basicamente pelo fato de aquele atuar em níveis abstratos ao passo que este atua em concreto, dando especial atenção para os interesses que estão em jogo em concreto.

Vimos acima que a jurisprudência dos interesses está diretamente ligada às origens do princípio do balanceamento. Tanto é verdade que para Enrique Alonso García²⁵ o autêntico significado do balanceamento se dá mediante a aplicação de técnicas da jurisprudência dos interesses ou “*interessenjurisprudenz*” em âmbito constitucional.

O que se denomina “balancing” em sentido amplo ou “*Güterabwägung*”

²² Para mais informações sobre este caso, bem como de uma análise da ponderação ou balanceamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão vide: MENDES, Gilmar Ferreira. “Os limites dos limites” In: MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 285-298.

²³ Nesse sentido escreve Robert Alexy, para quem “Las ponderaciones de bienes muestran com máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derechos fundamental (em todo caso también) como principios.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89-90.

²⁴ Nesse sentido: BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 155; PEREIRA, J. op. cit., p. 254.

²⁵ GARCIA, E. op. cit., p. 414.

consistiria na aplicação do chamado “inversionsmethode”, segundo o qual se reconduziria uma dada situação, ato ou norma a um valor constitucional para, contrapensando-o com outros valores determinar o conteúdo de uma nova norma. Já o “balancing” em sentido estrito ou consistiria na decisão acerca da constitucionalidade ou não de uma norma em vista dos interesses em concreto.

O balanceamento em sentido amplo, segundo a doutrina nacional e estrangeira²⁶ equivale à jurisprudência conservadora dos juristas que promoveram o “self-restraint”, ou auto-limite. Explicuemos para melhor clarificar esta idéia.

Segundo fora constatado por estes juristas, o processo interpretativo comportava uma enorme área que dava amparo a subjetivismos, de modo que o juiz deveria se auto-limitar (“self restraint”) ao medir os interesses em jogo a fim de não impor inconscientemente os seus próprios valores e interesses ao realizar a atividade jurisdicional.

Isto se daria em vista de que a feitura de normas derivadas da constituição não seria um processo absoluto, mas sim dependente da flexibilidade histórica, vez que os princípios constitucionais variariam conforme as diversas concepções sociais nas quais estivessem inseridos.

Conforme destaca Rodrigo Meyer Bornholdt, ao tratar da metódica da ponderação proposta por Günter Weick, os “[...]fatores reais da vida são valorados numa determinada conexão social.”²⁷ Assim, o balanceamento em sentido amplo opera com abstrações, busca realizar um contrapeso de valores ou interesses constitucionalmente legítimos.

Já em um sentido estrito, o balanceamento não trata de abstrações, mas de casos concretos, ou seja, da realidade, buscando o peso específico de cada interesse em um dado caso concreto para fazer o seu contrapeso. Opera com os interesses em concreto e não em abstrato, busca, portanto, a coerência entre diversos princípios e normas que são potencialmente contraditórios.

O balanceamento em sentido estrito, na lição de Enrique Alonso García²⁸, trata-se do método jurisdicional que trata acerca do pronunciamento de constitucionalidade ou não de uma dada situação de fato em concreto. Segundo o mesmo, referido método se dá mediante a formulação pelo Tribunal Constitucional de um princípio neutro que consiste em enumerar os interesses reais em jogo, ou seja, que sejam relevantes em concreto, para, após contrapesalos, chegar-se a uma solução em concreto.

Ademais, o método jurisdicional do balanceamento em sentido estrito de que se vale o Tribunal Constitucional não apenas é aplicável em relação aos interesses relevantes, mas também às cláusulas constitucionais concretas, especificações concretas de tais cláusulas ou de preceitos ou princípios constitucionais²⁹.

²⁶ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 219; GARCÍA, E. op. cit., p. 413-414.

²⁷ BORNHOLDT, R. op. cit., p. 110-111.

²⁸ GARCÍA, E. op. cit., p. 436.

²⁹ Nesse sentido: GARCIA, E. op. cit., p. 437.

Trata então o balanceamento em sentido estrito da formulação de hierarquizações, porém não de hierarquizações absolutas, e sim relativas, pois levam em consideração apenas o peso específico dos interesses relevantes em concreto. Depende, portanto, das circunstâncias concretas, podendo em casos similares (mas não idênticos) o Tribunal realizar um balanceamento diferente com uma predominância hierárquica diferente. É por isso que se diz que este busca formar hierarquias relativas e não absolutas.

Verifica-se que a doutrina em geral repudia esta idéia de uma hierarquia formal, absoluta e rígida³⁰ entre normas constitucionais por sua própria inoperância lógica em vista ao princípio da unidade da Constituição. Luís Roberto Barroso destaca que

Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação. *Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete buscar a harmonização possível, in concreto, [...]*³¹ (grifos nossos).

Hodiernamente, o máximo que se admite doutrinariamente é a existência de uma hierarquia axiológica³², porém meramente relativa e superável em vista das circunstâncias em concreto, funcionando como um critério auxiliar à ponderação dos interesses em concreto.

Destarte, não existem critérios rígidos de hierarquização de bens ou valores constitucionalmente protegidos, de modo que esta hierarquização formal e absoluta é, de fato inviável pois, ao menos sob o aspecto formal, as normas constitucionais são de mesma hierarquia³³. Todavia, verifica-se que na formulação de hierarquias axiológicas e relativas os direitos e garantias fundamentais geralmente são levados em consideração como superiores³⁴.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, classifica os princípios por ele denominados de matérias, que expressariam valores ou fins visados pelo Estado, tendo em vista a amplitude de seus efeitos e o grau de influência dos mesmos. Assim, os princípios seriam classificados em fundamentais, gerais e setoriais, sendo que aqueles de maior importância, englobando as decisões políticas fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Atentemos que a principal finalidade do princípio do balanceamento de valores ou bens constitucionalmente protegidos não é criar formulas de hierarquização entre valores, mas sim dentro desta hierarquia, buscar soluções harmônicas.³⁵ Com efeito, Valeschka e Silva Braga ensina que o método da

³⁰ Nesse sentido: MENDES, G. op. cit., 283.

³¹ BARROSO, L. op. cit., p. 372.

³² Nesse sentido: PEREIRA, J. op. cit., p. 252; BARROSO, L. op. cit., 203-204; MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., 79-83.

³³ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 232.

³⁴ O Tribunal Constitucional Federal Alemão, por exemplo, elaborou uma ordem de valores, estando no topo da escala hierárquica a proteção e a liberdade da pessoa. STUMM, R. op. cit., p. 84-85.

³⁵ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 220.

ponderação, portanto, serve para garantir a *convivência de “antagônicos” interesses constitucionalmente protegidos, através da análise ao peso relativo de cada um dos princípios em colisão*, em tese aplicáveis e aptos a fundamentarem decisões em sentidos opostos.³⁶(grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, Robert Alexy destaca que a ponderação objetiva justamente saber “[...]cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso em el caso concreto.”³⁷ Ainda nessa mesma linha, Raquel Denize Stumm destaca que “A solução, agora, será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos.”³⁸

Busca, portanto, o balanceamento como objetivo primordial justamente estabelecer um contrapeso de normas e princípios potencialmente contraditórios a fim de lhes harmonizar e dar coerência. Verifiquemos ainda que o balanceamento diferencia-se também do princípio da proporcionalidade.

Jane Reis Pereira Gonçalves³⁹ identifica a ponderação (que para a mesma equivale ao balanceamento) com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio segundo a autora estabeleceria um comando de ponderação, porém não é este o nosso pensamento. Com efeito, o balanceamento é operante não entre os instrumentos ou os meios que se valerá o poder público para a resolução dos conflitos, mas no âmbito de bens e valores.

O balanceamento na verdade realiza-se num momento anterior ao da aplicação do princípio da proporcionalidade, qual seja o de determinar em meio aos bens em conflito no caso concreto o peso específico dos interesses tidos como relevantes, a fim de posteriormente, após a determinação de qual é o interesse mais relevante, proceder-se à aplicação proporcional dos meios mais adequados para a solução do conflito.

Por derradeiro, cumpre ainda destacar a diferença entre o balanceamento propriamente dito e o que se chama na doutrina norte-americana de “definitional balancing”. Este nada mais seria do que o uso da ponderação a fim de se alcançarem conceitos ou fórmulas constitucionais definidos de forma abstrata. Ou seja, busca soluções válidas para resolver outros casos semelhantes nos quais interesses similares entrem em choque.

O “definitional balancing” realiza o balanceamento de bens e interesses em um determinado problema para, na prática, criar verdadeiros “tipos” de aplicação imediata aos casos subseqüentes que lhes sejam similares. De acordo com esta técnica, em novos casos similares não há uma nova ponderação, mas mera subsunção direta dos fatos a estes “tipos” formuladas anteriormente.⁴⁰ Difere portanto do balancemaneto que aqui apresentamos.

³⁶ BRAGA, V. op. cit., p. 156.

³⁷ ALEXY, R. op. cit., p. 90.

³⁸ STUMM, R. op. cit., p. 77.

³⁹ PEREIRA, J. op. cit., p. 266-267.

⁴⁰ Nesse sentido: PEREIRA, J. op. cit., p. 267-270.

4. BALANCEAMENTO E INTERPRETAÇÃO

Outro ponto de suma importância que deve ser destacado é de diferenciar o balanceamento da interpretação em si. Com efeito, o balanceamento é uma das várias formas ou técnicas disponíveis para se interpretar, porém não deve ser confundido com esta. Não é portanto absoluto o balanceamento.

Francisco Gérson Marques de Lima⁴¹ destaca em sua obra que em geral muitas são as fórmulas ou técnicas próprias de apreciação da constitucionalidade e de interpretação constitucional em países que possuem um tribunal constitucional. Concluímos então que o balanceamento seria apenas mais uma destas fórmulas ou técnicas de se interpretar.

Conforme ensina Roberto Bin⁴², a interpretação busca atribuir um significado a um dado decurso legislativo posto, ao passo que a ponderação objetiva apenas uma solução para um conflito de interesses. Não objetiva um único e absoluto significado, mas, pelo contrário tem como meta o estabelecimento de um ponto de equilíbrio em um caso específico. Seu resultado varia assim caso por caso⁴³, não tendo, portanto, validade “erga homines” absoluta.

Com efeito, Enrique Alonso Garcia⁴⁴ destaca que mesmo que toda interpretação tenha como resultado um contrapeso de valores constitucionais, este nem sempre é o método a ser utilizado, pois existiriam outros. O método do balanceamento só seria utilizado quando o Tribunal Constitucional formulasse uma regra de interpretação que levasse em conta os interesses em concreto expressando aquela fórmula a aplicação de um dado princípio ou norma constitucional caso por caso.

Concluímos que o balanceamento é apenas uma das muitas fórmulas, técnicas ou métodos interpretativos disponíveis ao intérprete constitucional, de modo que é mister ver quais as críticas ao mesmo a fim de compreendermos porque este teria um caráter de superioridade em relação aos demais.

5. CRÍTICAS AO BALANCEAMENTO

Doutrinariamente, a técnica do balanceamento, contrapeso ou ponderação de interesses, bens e valores constitucionalmente protegidos tem sofrido pesadas

⁴¹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol. *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. n. 03, ano 02, 2004/1, p. 106.

⁴² BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 60-61. Apud. PEREIRA, J. op. cit., p. 265.

⁴³ Nesse mesmo sentido Enrique Alonso Garcia estabelece que: “En resumidas cuentas, lo que el TC venía a establecer es que la LPL (artículo 170) y los actos de aplicación de la misma serían o no constitucionales en función del contrapeso de intereses que vinieran a realizar, *caso por caso*, *intereses ascernibles en función de la situación real planteada en cada supuesto fáctico*.” (grifos nossos) GARCIA, E. op. cit., p. 441.

⁴⁴ GARCIA, E. op. cit., p. 418-419.

críticas. Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁵ identifica dois diferentes ramos de críticas como os principais, ramos estes porém interligados. O primeiro grupo criticaria a ponderação pela suposta irracionalidade e pelo proporcionamento de um subjetivismo aos juízes, ao passo que o segundo à criticaria pelo fato de atentar contra o princípio democrático e à separação de poderes.

O primeiro grupo destas críticas sustenta que o raciocínio ponderativo do balanceamento seria nada mais que meras metáforas através das quais os juízes acobertariam decisões irracionais, subjetivas e arbitrárias, insuscetíveis, portanto, de um controle eficaz e racional.

Isto ocorreria porque o órgão julgador fixaria aquilo que fosse justo no caso concreto, sem qualquer ponto de referência seguro, o que acabaria por quebrar a força vinculante, a normatividade e a juridicidade dos preceitos constitucionais. Todavia, tais críticas são facilmente superáveis.

Com efeito, como bem observa Robert Alexy

*Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.*⁴⁶(grifos nossos)

Vê-se que a ponderação é sim sujeita a um controle racional. O que impossibilita esta crítica é que em verdade, não há critério interpretativo cuja certeza e segurança de uma única resposta seja sempre a mesma. O processo interpretativo, por sua própria natureza, sempre comporta algum grau de criatividade. A ponderação ou balanceamento possuem uma transparência superior aos demais métodos ou técnicas interpretativas, não procedendo estas críticas.

Confundir discricionariedade com irracionalidade é um erro que em verdade carece de legitimidade lógica. Ora, todo processo de interpretação e aplicação da norma comporta um certo subjetivismo⁴⁷, porém, no caso da ponderação, suas conseqüências são minoradas pela exigência de uma teoria ou estrutura de argumentação racional⁴⁸.

Daí, utilizáveis princípios interpretativos como o da proporcionalidade, da razoabilidade e da concordância prática, tudo, em última

⁴⁵ PEREIRA, J. op. cit., p. 270-289.

⁴⁶ ALEXY, R. op. cit., p. 157.

⁴⁷ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 227.

⁴⁸ Nesse sentido: ALEXY, R. op. cit., p. 167; PEREIRA, J. op. cit., p. 279.

análise, num complexo de balanceamento dos valores ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito.⁴⁹

Já a segunda corrente de críticas, qual seja a de que a ponderação seria contrária ao princípio democrático e da separação de poderes, destacando que seria inconciliável a noção de que os direitos fundamentais teriam um duplo aspecto, positivo e negativo, bem como sua dimensão principiológica, com a idéia de separação de poderes. Assim, os direitos fundamentais deveriam ser encarados como meros direitos subjetivos de defesa.

Nesse sentido é a crítica de Ernst-Wolfgang Böckenförde⁵⁰, para quem a ponderação conferiria ao Tribunal Constitucional um poder que transcenderia à mera aplicação do direito, acabando o mesmo por invadir a área que originalmente caberia à discricionariedade legislativa.

Encarar os direitos fundamentais em sua feição objetiva, segundo Böckenförde seria possibilitar ao Tribunal a possibilidade de desfazer determinadas decisões legislativas. Esta série de críticas resta prejudicada pelos mesmos argumentos que acima fazem cair por terra igualmente o primeiro grupo de críticas.

A doutrina alemã⁵¹ critica o balanceamento em vista de que este não responderia quem suportaria o sacrifício do direito fundamental que não prevalece no caso concreto. Ademais, referida crítica contrapõe o princípio do balanceamento ou contrapeso de valores ou bens constitucionalmente protegidos ao da concordância prática. Destarte, é de bom alvitre que distingamos ambos para melhor compreensão.

Originário do princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática atua no problema da tensão ou conflito em concreto de bens e valores confronta-os a fim de saber qual deles prevalece, coordenando-os no caso concreto. O princípio da concordância prática busca também uma otimização dos bens e valores que não prevalecem na medida do jurídico e faticamente possível, evitando assim o seu total e completo sacrifício⁵². “Precisamente el “contenido esencial” de los mismos garantiza que um mínimo de intereses, contenido del derechos fundamental, van a quedar salvaguardados.”⁵³

Vê-se que realmente se aproxima do princípio do balanceamento, especificamente do balanceamento em sentido estrito, porém comporta algumas

⁴⁹ MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 228.

⁵⁰ Para ver mais sobre a crítica de Böckenförde vide: PEREIRA, J. op. cit., p. 280-282.

⁵¹ Nesse sentido: GARCIA, E. op. cit., p. 434-435; MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 221-222 e 227

⁵² Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. E ampl. São Paulo: RCS, 2005, p. 80.

⁵³ GARCÍA, E. op. cit., p. 435. A respeito da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais vide: HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 168-198; LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPE, 2001, p. 41-52.

diferenças. A primeira é a da origem, pois enquanto este tem origem no direito norte-americano, o princípio da concordância prática tem origem no direito alemão. Além disso, enquanto o princípio da concordância prática tem atenção primordialmente voltada para o caso concreto, sem quaisquer fórmulas pré-estabelecidas, o balanceamento atua justamente em vista de criar fórmulas para resolver as tensões entre bens e princípios.

Enrique Alonso Garcia também tece críticas ao princípio do balanceamento, tanto em sua feição ampla quanto em sua feição estrita. Quanto ao balanceamento em sentido amplo, aduz que um dos maiores perigos da utilização do “inversionsmethode” seria o desvirtuamento desta técnica de recondução⁵⁴ já vista acima. Isto se daria quando interesses ou bens conflitantes em concreto, por menores que fossem, ao serem reconduzidos a um dado valor constitucional e, após o contrapeso, acabassem por prevalecer.

Já outra crítica seria acerca da simplicidade do balanceamento⁵⁵, pois haveriam métodos mais rigorosos que impediriam a discricionariedade judicial. O balanceamento, por esta sua simplicidade, seria deveras sedutor ao decisionismo. Já vimos acima que esta crítica também foi feita por Jane Reis Pereira Gonçalves, de modo que não há necessidade de tratarmos de novo da mesma.

Ademais, destacamos que tanto aquela autora⁵⁶ quanto Enrique Alonso García⁵⁷ criticam o balanceamento em vista da impossibilidade de equilibrar interesses totalmente diversos. Destarte, o balanceamento só poderia ser feito perante interesses de natureza ontologicamente semelhantes, ou seja, comparáveis⁵⁸. Caso fosse feito o balanceamento entre interesses ou bens não comparáveis acabaria por levar ao subjetivismo e decisionismo arbitrário das decisões judiciais.

6. CONCLUSÕES

Vimos que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, não obstante a divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de antinomias aparentes ou reais na Constituição, inevitavelmente entram em conflito entre si. Com efeito, dentre as várias técnicas e métodos disponíveis para solucionar a tensão entre bens e interesses constitucionalmente protegidos, surge o princípio do balanceamento ou da ponderação de interesses.

Tratamos neste trabalho desde as origens e fundamentos do balanceamento até as críticas ao mesmo. Nossa conclusão é a de que, não obstante não seja o mesmo um técnica absoluta com precisão matemática para responder à questão do confronto entre bens e interesses constitucionais, é a técnica mais precisa.

⁵⁴ GARCIA, E. op. cit., p. 426.

⁵⁵ GARCIA, E. op. cit., 436.

⁵⁶ A referida autora denomina o mesmo de problema da incomensurabilidade do balanceamento. Vide: PEREIRA, J. op. cit., 287-289.

⁵⁷ GARCIA, E. op. cit., p. 432-435;

⁵⁸ Nesse sentido: MARQUES DE LIMA, F. M. op. cit., p. 227.

O balanceamento possui em relação às demais técnicas a superioridade de ser transparente, de levar a tona os problemas interpretativos que são comuns as mesmas tais como a presença de um certo subjetivismo em toda forma interpretativa.

O diferencial do balanceamento é justamente que não foge a tais questões e as encara, reconhecendo a sua insuficiência e ponde em destaque as dificuldades do processo interpretativo, tanto que, conforme vimos, é deveras criticado.

Destarte, dentre que métodos disponíveis para interpretação, o melhor (ou ao menos o que possui menores dificuldades) é o da ponderação ou balanceamento, que, conforme vimos acima, não é a mesma coisa que a proporcionalidade atuando em um momento anterior a esta, pois o balanceamento se dá entre bens e valores, ao pessoa que estase dá ente meios.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e Interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992 Apud. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. "Bloco de Constitucionalidade: Os sistemas Francês e Espanhol." In: *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 03, ano 02, 2004.1.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>*. Fortaleza: ABC, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.