

A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE HARMONIZAÇÃO FRENTE A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Luiz Angella¹

1. INTRODUÇÃO

Esta obra persistirá na busca dos objetivos que comandam os esforços para uma solução precisa nos julgamentos realizados de forma imparcial e insensível aos prestígios dos litigantes.

A atividade interpretativa, no intuito de aplicar o Direito, conduz a exploração do sopesamento de interesses e razões nas deliberações até que a balança penda para o lado em que se houver a consideração de maior relevância.

Ao desempenhar esta atividade jurisdicional, em virtude de sua essência, o Judiciário será colocado a decidir sobre qual direito prevalecerá no caso *sub judice*. Não raras vezes, serão postas situações em que de um lado haverá o exercício de um direito fundamental por parte de um titular, impedindo o exercício de outro direito fundamental de outro titular, sendo indiferente que se trate do mesmo direito ou de direito distinto, tendo em vista a diversidade destes direitos protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando aparentam ser contraditórios, alcançam interpretação harmonizada em face da atuação do intérprete que abandona o interesse em conferir a cada um deles interpretação absoluta ou isolada.

Ademais, é possível dizer que as constituições contemporâneas enfrentam o problema dos limites dos direitos fundamentais, eis que abstratamente esses direitos se harmonizam com outros bens constitucionalmente protegidos, pois são atribuídos por normas constitucionais, o que afasta a ordenação hierárquica.

Entretanto, nas relações sociais, nem sempre estará presente a plena harmonia dos direitos fundamentais de diferentes titulares. Este conflito é denominado pela dogmática constitucional de colisão de direitos fundamentais.

Frente a esta problemática, imprescindível a intervenção através de método capaz de garantir o alcance do resultado preciso em situações em que ocorrem referidas colisões, de

¹ Mestrando em Direito na área de concentração “Sistema Constitucional de Garantias de Direitos” do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru; MBA em Direito Empresarial pela Escola de Direito do Estado de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – *GV Law* (em curso); Advogado.

modo a afastar a discricionariedade absoluta, buscando a justificativa do intérprete quando da sua decisão.

Este é o papel da justiça, representada pelo símbolo de uma deusa de olhos vendados suspendendo em sua mão uma balança, a qual utiliza para aferir os valores, entregando o devido a quem de direito e admoestando com a espada empunhada o rigor na obediência de sua decisão.²

2. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O neoconstitucionalismo trouxe novos valores que permitiram a interpretação apoiada na dependência do direito à moral, exercendo forte influência no momento de sua aplicação e também no reconhecimento de sua validade.

A até então usual subsunção do caso concreto à idolatrada letra fria da lei deu lugar ao exercício da compreensão das normas, que está além do texto escrito, dando maior relevância ao papel exercido pelo aplicador da lei.

É nítida a impotência do legislador em regular os casos sociais diante de sua constante evolução e, por consequência, exige-se do juiz que encontre sua fundamentação para a aplicação do Direito no intuito de suprir esta deficiência, o que é feito buscando nos princípios constitucionais a melhor solução.

Os princípios constitucionais são o ponto de partida da atividade judicante, desde a criação da lei até a sua aplicação, e sua observância é obrigatória em qualquer situação para que não ocorra o vício de inconstitucionalidade, o que a tornaria inválida.

Paulo Bonavides ensina que os princípios são “valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”, são compreendidos “normativamente, ou seja, tem alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa”.³

Para Marcelo Harger, princípios são:

[...] normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso,

² Ihering foi um dos que ajudaram a reforçar o símbolo da necessidade da conjugação da força com a ponderação, ao dizer: “Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é força brutal, e a balança sem a espada é a impotência do direito” (IHERING, Rudolph von. "Der Kampf ums Recht". Cfr. Trad. Port de João Vasconcellos, A Lucta pelo Direito, Lisboa: Aillaud, Alves & C^a, s/d, p. 31-32).

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 260.

não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.⁴

Este grau de generalidade e abstração que reside no conceito trazido acima pode guiarnos no sentido de que os princípios são imprecisos e genéricos. Entretanto, à luz do raciocínio do professor Walter Claudius Rothenburg, é possível encontrar outra concepção:

Os princípios são dotados de *vagueza*, o sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas em direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*.⁵

O grau de concretização nas situações de fato, pelo anseio de dar validade absoluta a um princípio renunciando a todos os outros, os tornariam incompatíveis entre si.

Decerto, cada princípio possui seu próprio direcionamento, o que pode coloca-los em direções antagônicas e, muitas vezes, cabíveis em uma mesma situação. No momento do conflito entre eles, resultado de um Estado Democrático de Direito, que refletem inúmeras ideologias distintas que, por diversas vezes, por estarem em mãos opostas, acabam se chocando.

É como trata George Marmelstein: “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento de sua aplicação, entrem em *rota de colisão*.”⁶

Quando de sua aplicação no caso concreto, independentemente da solução a ser oferecida, precederá a necessidade de sopesar a adoção de determinado princípio em restrição do outro, de modo a não ferir o Princípio da Unidade Hierárquico-Normativa da Constituição.

⁴ HARGER, Marcelo. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 18.

⁶ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

Os ensinamentos de Barroso afirmam que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.⁷

Neste contexto, é possível afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos e por isso encontram limites ao seu exercício, não existindo prevalência de um sobre o outro. Prossegue Barroso lecionando que “os limites dos direitos constitucionais, quando não constarem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao interprete judicial.”⁸

Para Marmelstein, “deve-se buscar a máxima otimização da norma, o agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.”⁹

É justamente isso que difere os princípios das regras, que são relatos objetivos descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto determinado de situações através do mecanismo da subsunção, ao passo que os princípios possuem relatos de maior grau de abstração ou *vagueza*, comportando uma série indefinida de aplicações.

Suas diferenças influem na forma de solucionar os conflitos: enquanto houver conflito de regras, uma delas será considerada inválida, pois regras possuem uma dimensão de validade. Frente a colisão de princípios, como só podem colidir princípios válidos, estamos diante da dimensão do peso, afastando a prevalência de um sobre o outro, e isso significa que o princípio preterido no caso específico não será declarado inválido, pois em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.

Por isso exige-se a observância de um processo de solução destes conflitos, buscando uma conciliação entre eles, com a aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por ser contraditório aos outros.

Isso porque os princípios são mandados de otimização, indicando que deve ser o bem jurídico protegido na máxima medida que as circunstâncias do caso concreto permitir.

Assim, no âmbito da aplicação é preciso considerar a afirmação de Robert Alexy:

E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

⁸ Ibid., p. 332.

⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.

as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos¹⁰.

A ideia nos remete a uma aplicação de princípios de acordo com a situação que os clamam, no momento em que são sopesados os interesses dos envolvidos, a fim de que seja indicado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que está em posição contrária aos seus preceitos, e assim surgem os elementos solucionadores dos casos onde ocorra a colisão de Princípios Constitucionais, de modo a enfraquecer as interpretações puramente subjetivas que atentam ao princípio da segurança jurídica.

Por isso, imprescindível a busca por caminhos que distanciam desta prática hermenêutica indesejável, através de muito estudo sobre o complexo tema da colisão e Princípios Constitucionais.

A profundidade do problema da colisão aumenta ao considerarmos que o problema da aplicação está intimamente ligado ao descaso da fundamentação. É frequente na aplicação dos princípios aos casos concretos a exigência do aplicador que não apenas empregue os princípios de maneira adequada, com as fundamentações pré-definidas, mas que, sobretudo nas situações em que os próprios princípios estão envolvidos em uma colisão, sejam apresentadas razões mediante argumentação com as possibilidades jurídicas e reais do caso que os levou a conferir a aplicação deste ou daquele princípio.

Assim, diante da característica de ilimitado e não absoluto, razão das possíveis ocorrências de contradição entre princípios ou até mesmo as colisões, imperiosa a utilização do princípio da proporcionalidade para o exercício do juízo de ponderação entre eles perante o caso concreto.

Ao colocar em prática este juízo de ponderação para solucionar o conflito entre os princípios, deverá este ser resolvido pelo critério de peso estabelecido para cada um, como

¹⁰ Tradução livre do seguinte trecho: En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. (ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162).

ensina o professor Ronald Dworkin.¹¹ E isso não se faz através do critério de mensuração exata, mas indagando-se sobre quão importante é um princípio numa situação analisada.¹²

Tudo isso é para buscar a melhor solução para o caso concreto, surgindo perante este impasse, o questionamento se esta busca é para o alcance de uma única resposta para os casos de conflito entre princípios e se é possível conhece-la de antemão, ou se é para alcançar a fundamentação das decisões para efetivar a legitimidade da jurisdição.

E para encontrar a resposta desta pergunta, lançam-se as teses fundamentadas na única resposta correta e da fundamentação das decisões.

3. PONDERAÇÃO PARA O ALCANCE DE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Inicia-se a apresentação da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, que defende a existência de uma única resposta correta para situações conflitivas entre princípios constitucionais. Ao desenvolver sua tese da resposta correta, Dworkin visita o positivismo, e aduz que ao enfrentar casos difíceis, para o positivismo jurídico, o Poder Judiciário deve se socorrer do conteúdo rígido, bem definido da norma, e, admitindo a hipótese da ausência de norma pré-estabelecida, é concedido ao juiz um poder que não lhe é legítimo atribuir, ou seja, o da discricionariedade.

No mesmo sentido, Hart era firme no argumento de que quando não existir uma norma aplicável ao caso em análise, já que o Direito, de regra, não tem a capacidade de prever todos os casos, deveria a decisão do juiz possuir um acentuado caráter discricionário¹³.

Dworkin, de maneira robusta, repele esta teoria, e se apega de forma insistente na proposta de que os casos difíceis possuem sempre uma única resposta correta¹⁴. Apoiar esta tese no fundamento da metodologia literária cooperada por vários autores e, por analogia, a estende para a constituição da decisão judicial. Neste contexto, a decisão judicial representa o capítulo final da obra comum de outros protagonistas do ato criativo literário, devendo ter em conta o que eles já produziram, e isto ele faz utilizando-se da interpretação, atividade esta que evita a ruptura com o encadeamento lógico da obra produzindo o desfecho da história de melhor maneira possível¹⁵. Assim, apresenta a necessidade das decisões judiciais estarem

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1978, p. 26.

¹² *Ibid.*, p. 26.

¹³ HART, Herbert Lionel Adolphus., *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 158 e 160.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1977, p. 13.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *El império de la Justicia*. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 166 – 173.

fundadas em princípios, que, de acordo com sua tese, estão carregados de uma grande carga moral, cuja coerência teórica se assenta justamente na permanência da história, arraigada nas decisões judiciais passadas, o que confere ao magistrado a possibilidade de decidir empregando suas próprias convicções morais, porém, atribuindo ao juiz ampla responsabilidade às suas decisões.

E por isso afirma que todo o mandamento jurídico que exercita a interpretação por meio de princípios projeta-se mais a frente do que o aprisionado pela letra fria do texto da lei, argumentando num rumo que oferece maior preservação dos direitos fundamentais. É o que se observa em sua obra: Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, sólo si puede demostrar que el principio es coherente com las decisiones del pasado y com las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro¹⁶.

Por esta razão baseia-se no propósito de que, frente aos casos difíceis, deve o julgador se curvar aos princípios.

Ademais, tateando um pós-positivismo, verificou-se que o exagero do normativismo reduz o papel do homem enquanto ser pensante, crítico, para um mero coletor de informações e fatos, capazes de fazer-se entender por sua conta, criando assim um afastamento da efetivação dos direitos fundamentais. Porém, o que se busca é o estreitamento desta via.

Alexy, neste tocante, da mesma maneira rejeita a ideia positivista de que para o suposto vazio do sistema jurídico, existe como solução a atribuição da discricionariedade para incidir sobre a decisão, porém, contraria a teoria de que os princípios levariam a uma resposta correta, pois, segundo ele, para isso seria necessário estabelecer um critério de hierarquia entre os princípios, o que estaria na contramão do Princípio da Unidade Hierárquico-Normativo da Constituição.

Buscando encontrar uma solução correta para os princípios, Alexy chama a atenção para a racionalidade prática, e elabora uma tese chamada de teoria da argumentação jurídica para servir de critério de orientação da racionalidade das decisões jurídicas, vez que crê na incapacidade das normas positivadas oferecerem a solução necessária para os problemas. Na verdade, seu trabalho busca implementar uma teoria do discurso jurídico racional, tendo como ponto de partida a constatação de que a metodologia jurídica fundamental seria falha, visto que em uma gama considerável de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas válidas, tomada junto com afirmações de fatos comprovados ou

¹⁶ DWORIN, Ronald. Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1977, p. 155.

previamente considerados verdadeiros. Entretanto, há fatores que impediriam que se pudesse esperar das normas positivadas em um dado ordenamento a solução para os problemas a serem enfrentados, como, por exemplo, a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.

A tese de Dworkin é bastante clara ao afirmar que na maioria dos casos as partes de um processo têm o direito de exigir uma resposta correta e, assim, que “as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta em nosso sistema jurídico podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe”¹⁷. Tem-se que suas afirmações não questionam a possibilidade do elemento cognoscível humano de alcançar a tal resposta correta. Ele imagina um magistrado competente, para, de maneira criteriosa, selecionar as hipóteses de interpretação dos casos concretos a partir do filtro da integridade. Assim, analisando o que fora apresentado pelas partes daquele processo, ele terá um papel de intérprete da história institucional, analisando a Constituição, as legislações e os precedentes, para identificar o interesse da sociedade e assim tomar sua decisão.

Como consequência, supera a vontade do legislador de caracterizar a objetividade na interpretação do direito, como tradicionalmente defendido pelo positivismo.

É clara a intenção da sua tese em engessar o juiz, de modo a enraizá-lo nas decisões anteriores oferecidas por outros juízes, buscando descobrir o que pretenderam dizer nas suas decisões, e ainda o seu estado de espírito quando exerceram a jurisdição, com a finalidade de seguir no mesmo caminho para que sua decisão permaneça no sentido da coletividade. Em outras palavras, é possível dizer que pretende que os juízes sigam uns aos outros nas decisões, podendo-se até equiparar esta técnica ao corporativismo.

A cada novo caso, o juiz que for incumbido de decidir deverá ser considerado como parte de uma cadeia histórica das decisões, direcionando seus olhos para o futuro, sem distanciar do que foi feito até então, por ele e pelos demais, ou seja, o magistrado deverá interpretar o que aconteceu no passado e não partir em uma nova direção, isso porque, nesta teoria, o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra escrita e não criar uma nova história melhor, ou seja, deve obediência as decisões anteriores.

Portanto, sua tarefa consiste em desenvolver a melhor e mais coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda as exigências que derivam do sistema constitucional.

¹⁷ DWORIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 176.

Confia que a solução justa está assentada na estrutura peculiar do raciocínio jurídico sobre as normas e decisões já existentes, ou seja, as questões levadas pelas partes à apreciação jurisdicional são mutuamente excludentes, deixando ao julgador apenas a tarefa de reconhecer ou não o direito de uma das partes, tornando impossível uma resposta intermediária. Todas as pretensões levadas ao juiz devem ser devidamente justificadas com os argumentos indicativos da existência do direito à parte, impossibilitando-o de exercer a atividade argumentativa para legitimar a sua decisão. Crê que desta forma, está oferecendo uma única resposta correta para situações conflitivas.

4. PONDERAÇÃO NA BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A esta altura, temos que o juízo de ponderação permite que o julgador possa encontrar solução para um conflito que ainda não recebeu tratamento pelo ordenamento jurídico e que neste trabalho está depositada a confiança de ser a melhor ferramenta para alcançar uma solução embasada na aferição dos valores com a finalidade de encontrar o equilíbrio na resposta esperada pelos personagens de uma situação conflitiva destes direitos.

Assim, busca-se, através do juízo de ponderação, dar maior racionalidade e legitimidade para a decisão, cuidando de dar mais segurança nas relações, e para alguns autores não é possível alcançar através da teoria de “uma única resposta correta” o máximo de certeza jurídica para as partes no processo.

Renovando a hermenêutica jurídica, surge o pensamento jurídico-filosófico cujo modelo de justificação está apoiado na ideia de razoabilidade, donde surge uma teoria social da justificação do Direito.

E assim Aulis Aarnio apresenta sua teoria, dando ênfase ao respeito pelo sistema de valores dominante na sociedade, possuindo como norte a expectativa de certeza jurídica.

Contrapõe-se à teoria da “única resposta correta”, defendendo a imprescindível distinção entre resposta final e resposta correta.

Para Aarnio, qualquer sistema jurídico racional, informado pela ideia de Estado de Direito, pressupõe a certeza de que, em algum momento do processo jurídico, o sistema apresentará uma decisão ao caso concreto. Essa decisão, portanto, pode não ser a única correta, que implica certos critérios de correção formais e substanciais¹⁸.

¹⁸ AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Fontamara, 1995, p. 51.

É nítido que esta tese sustenta a defesa da resposta melhor justificada. A fundamentação desta teoria está alicerçada na importância da justificação jurídica, baseando-se na garantia proporcionada pelo Estado de Direito de um máximo de certeza jurídica, sem permitir que os juízes usufruam da arbitrariedade e irracionalidade em suas decisões.

Atualmente, há um rígido controle exercido pela sociedade sobre seus direitos e ou deveres, cobrando do Estado uma justificativa de suas decisões, seja ela pela determinação de um dever ou pela atribuição de um direito.

A justificativa não significa que será alcançada a resposta absolutamente correta, mas sim que precedeu um discurso jurídico através de uma argumentação racional que buscou o convencimento da plateia, ou seja, esta argumentação faz com que haja uma justificação ideal, capaz de demonstrar os motivos pelos quais chegou a uma determinada conclusão.

Decerto que esta afirmativa nos remete à existência de uma pluralidade de respostas corretas para casos difíceis, e para a solução deste problema Aarnio sustenta que uma resposta ao caso concreto pode ser dada a partir do princípio da maioria, pois, segundo a tese deste autor, a decisão justificada por razões apropriadas, em última análise, é aquela que tem o apoio da maioria.

Pode-se afirmar, portanto, que Aarnio não crê na única resposta correta em caso de conflito de interesses, de outro lado, aceita a ideia da racionalidade das decisões jurídicas, estabelecendo o princípio da maioria como critério essencial para a estabilização das decisões do judiciário.

Alexy também refuta a teoria de uma “única resposta correta” para os casos em que for exercido o juízo de ponderação, pois, a seu ver, a aceitação de uma única resposta correta independe de procedimento, e para cada pergunta prática é atribuída uma tese ontológica, contra a qual há poucos pontos a favor e muitos pontos contra¹⁹.

O exercício do juízo de ponderação buscará o resultado da prioridade estabelecida para o encontro do princípio preponderante, alcançado através da aferição do peso exercido por cada princípio em uma situação de conflito, levando em consideração a qualidade dos princípios enquanto mandamentos de otimização, segundo as condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Como dito em outra oportunidade neste texto, para Alexy, a noção de unidade de solução correta reside na defesa de seu discurso de forma bem fundamentada de que ele seja a única solução correta.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 310-311.

Como se vê, restou evidente que a fundamentação da decisão quando exercido o juízo de ponderação ganha relevância impar na efetividade e legitimação das decisões.

Entretanto, há de se traçar um paralelo entre fundamentação e invocação de preceitos normativos, diferenciando-os de modo que aquela é tarefa árdua na qual se busca encontrar pesos específicos e valorações da importância de cada direito em conflito, enquanto esta concentra na já aplaudida, hoje em desuso, subsunção do caso concreto a uma norma pré-existente.

Atualmente, pode-se dizer que o rumo da moderna ciência do Direito que pretende a proteção dos direitos fundamentais, supera a velha hermenêutica do sistema da obediência à letra fria da lei, para concretizar a força da interpretação para encontrar a justiça e de forma equilibrada através de um debate qualificado, assegurando um discurso apto a propiciar uma melhor justificativa.

Espera-se uma decisão judicial legítima, alcançada com a participação ativa do julgador, sobretudo nos casos difíceis, de modo racional e transparente, de maneira que suas decisões obedeçam as regras procedimentais, devendo ser de forma fundamentada.

5. CONCLUSÃO

Desde a justiça salomônica, a busca pela solução justa persiste, e é possível afirmar que, ao longo do tempo, a curva do gráfico da exigência é cada vez mais acentuada e a tendência é que se intensifique no futuro.

Nesta senda, imprescindível a evolução da ciência jurídica de modo a possibilitar o aperfeiçoamento das teorias que servirão de fundamento para o alcance do resultado cada vez mais preciso, diminuindo a distância da esmerada perfeição para que seja cumprido o papel estampado no símbolo da deusa imparcial.

Evidentemente que a medida em que a curva da exigência se acentua, deve ser desvinculada a imagem de justiça à da deusa dos olhos vendados, vez que, diante deste cenário atual, os olhos da justiça necessariamente deverão estar cada vez mais abertos, pois, de acordo com o tema central deste trabalho, o elemento essencial para o estabelecimento de contornos para a racionalização das decisões reside nas minúcias da argumentação jurídica daqueles que possuem interesses envolvidos.

Assim, frente às situações conflitivas entre direitos fundamentais, algumas teorias foram criadas no intuito de proporcionar uma solução precisa nos julgamentos, e o método eleito pelos preceptores deste estudo foi o juízo de ponderação.

Através deste método, é exercida uma atividade de sopesamento entre princípios colidentes com a finalidade de eleger qual será adotado em restrição do outro, honrando o Princípio da Unidade Hierárquico-Normativa da Constituição.

Para cumprir este propósito, o esforço pela solução de casos difíceis observa o caráter de peso exercido pelo princípio na situação analisada a fim de revelar qual a carga de importância de cada um.

Flanqueando estas circunstâncias, perquire se todo o esforço orienta para o alcance de uma única resposta correta para os casos de colisão entre princípios constitucionais ou se é para almejar a fundamentação das decisões com a finalidade de efetivar a legitimidade.

Para decifrar esta indagação foram apresentados os argumentos de cada teoria.

Em defesa da única resposta correta, Dworkin sustenta que as decisões dos magistrados devem dar continuidade a uma história já existente, ou seja, não admite um novo desfecho, devendo obediência as decisões passadas, conferindo ao juiz a possibilidade de julgar segundo suas convicções morais que é o âmago dos princípios.

Embora concorde com Dworkin em sua abordagem sobre o positivismo, Alexy distancia-se do pensamento de que por meio dos princípios chegaria a uma resposta correta, uma vez que desta forma seria necessário atribuir uma hierarquia entre os princípios, opondo-se ao Princípio Hierárquico-Normativo da Constituição, e revela sua teoria da argumentação jurídica que tem por fim precípua racionalizar as decisões judiciais.

Como ponto crucial para promover a única resposta correta para situação que ocorra conflito de princípios, Dworkin escolhe o raciocínio jurídico como meio hábil para que o magistrado atribua a prevalência do princípio eleito, porém, obstrui o exercício da atividade argumentativa, evitando respostas intermediárias, ficando adstrito ao reconhecimento do direito da parte.

Criticando a tese da única resposta correta, sobressai a teoria renovadora de Aulis Aarnio, que espera na certeza jurídica atingir a expectativa de dar mais segurança jurídica nas relações, denominada de teoria social da justificação do Direito. Esta teoria consiste no reconhecimento da importância da resposta melhor justificada, assentado na garantia de um máximo de certeza jurídica, sem que o juiz desfrute da arbitrariedade e irracionalidade em suas decisões, o que não garante a resposta absolutamente correta, mas expõe os motivos do resultado de sua resposta.

A sensibilidade é de que a unidade de solução justa não é a melhor alternativa, mas sim alcançar decisões racionalmente adequadas, a fim de efetivar os princípios constitucionais e atender os anseios da Constituição.

Porém, independentemente da teoria empregada, revela-se imprescindível o alcance da melhor solução para o conflito posto em análise, de maneira muito bem fundada, para que ao final do juízo de ponderação seja encontrado um único princípio constitucional aplicável ao caso concreto, cuidando para que o escolhido seja o que melhor atenda as expectativas da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 1995.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo. n.217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso S. Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

DIMOULIS, Dimitri. In: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri e MINHOTO, Laurindo. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DWORKIN, Ronald. **El império de la Justicia**. Barcelona: Gedisa, 1992.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massadhusetts: Harvard University Press, 1978.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

IHERING, Rudolph von. “**Der Kampf Recht**”. cfr. trad. port de João Vasconcellos, **A Lucta pelo Direito**, Lisboa: Aillaud, Alves & Cª, 1909.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. **O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES Gilmar Ferreira e NASCIMENTO Carlos Valder. **Tratado de Direito Constitucional**. In TAVARES André Ramos. Princípios Constitucionais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito público**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 1 ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.