

A colisão dos direitos fundamentais e a ponderação de valores: concordância prática, postulado da proporcionalidade e o princípio da dignidade como *locus hermenêutico da nova interpretação constitucional*

Tatiana Wagner Lauand de Paula

Professora Titular de Direito Constitucional da Uniradial – Grupo Estácio de Sá e do Curso Preparatório para Concursos Públicos Solução. Autora do Livro “Adoção à Brasileira: Registro de Filho Alheio em Nome Próprio”. Prêmio Milton Vianna 2007 – Faculdade de Direito de Curitiba - Unicuritiba.

Felipe Lorenci W.

Professor Titular de Direito das Faculdades Opet. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Alcalá de Henares (Espanha). Mestrando em Engenharia Civil pela UFPR. Advogado e Engenheiro Civil.

RESUMO: Sob a perspectiva contemporânea, a norma jurídica, em múltiplas situações, fornece apenas um indício de solução, não contendo ou contendo de maneira insuficiente, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação de seu sentido. O intérprete pós-positivista precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática e a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Para tanto, o postulado da proporcionalidade é princípio instrumental e a dignidade da pessoa humana é vetor orientador e determinante de todo ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: Under the contemporary perspective, the rule of law, in many situations, provides an indication of the solution, but does not contain or contain insufficiently, in its abstract report, all the elements to determine its meaning's. The post-positivist interpreter must make an assessment of objective and subjective factors, presented in the reality and a balance of interests involved in the case, in order to define the meaning and scope of the standard. Therefore, the postulate of proportionality is an instrumental principle and the human

dignity is the vector of all guiding that may determine the role Brazilian legal system.

Alcançado o século XXI, na era da pós-modernidade (Estado neoliberal), a temática no Direito já não é a liberdade individual ou a intervenção estatal. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas ou as trazem distantes do senso atual de justiça. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, singular ao problema a ser resolvido e às pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas.

A atual dogmática jurídica superou a ideia de que as leis possam ter, sempre, sentido unívoco, produzindo solução adequada para todos os casos. Constatou-se que a objetividade possível do Direito reside no conjunto de interpretações que as normas e princípios oferecem.

E neste ponto, em que pesem algumas críticas formuladas pela teoria geral do direito contemporâneo, tem-se por consolidada, em sede doutrinária, a distinção entre duas espécies de normas jurídicas: regras e princípios¹.

Essa tendência – conquanto esboçada por Josef ESSER, na década de 1950, e trabalhada por diversos outros autores – remonta, nos moldes em que se encontra atualmente enunciada, à construção científica de Ronald DWORKIN, direcionada como uma crítica ao positivismo jurídico na formulação de Herbert HART². Tal teoria pode se enunciar, *grosso modo e sem, em nada, esgotar o tema*, pelas características a seguir expostas.

Em primeiro lugar, as regras jurídicas são aplicáveis segundo uma lógica de *tudo* ou *nada*. Verificados os critérios previstos no antecedente normativo – hipótese de incidência – a regra incide e, sendo válida, deve ser aplicada.

¹ Para tais críticas, cf., dentre outros, Humberto Ávila, Klaus Günter, Juan Cianciardo, A. Marmor.

² Nesse sentido, ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. vol. 13, n. 3, Ratio Juris, 2000, p. 294.

Já os princípios não são automaticamente aplicáveis, ainda que presentes as condições normativas para sua aplicação - mesmo porque sequer são suficientemente indicadas quais sejam essas condições - apenas fornecem uma direção de argumentação, mas não indicam a solução para um determinado caso³.

Outra distinção importante, formulada por DWORKIN, toma em consideração a *dimensão de peso ou importância* dos princípios. Esses, justamente por não conterem em sua formulação um mandamento imediato de aplicabilidade, quando confrontados com outros princípios que, *a priori*, indiquem uma solução diversa, dependem de um juízo concreto de valoração, que lhes atribua pesos relativos, optando pela aplicação de algum (ou alguns) deles em detrimento, ainda que parcial, do(s) outro(s).

As regras não possuem essa dimensão: não é possível sustentar que, no caso de conflito de regras, uma delas possa ser tida por mais importante que a outra. Nessa hipótese – conflito de regras – uma delas será inválida, tomando por base critérios distintos daqueles utilizados na resolução de conflitos entre princípios – como os critérios cronológico, hierárquico, da especialidade. Vale dizer, não há valoração, conforme o caso posto, sobre qual regra deva ser aplicada, escolhendo-se, somente para aquela situação concreta, uma delas. Havendo conflito, uma delas será, invariavelmente e para todos os casos que se apresentarem, inválida e não somente afastada.

Em sentido próximo, Robert ALEXY sustenta que os princípios são normas jurídicas que consistem em *mandamentos ou comandos de otimização*, que devem ser sempre buscados pelo aplicador da lei, mas admitem constrição no caso concreto quando em confronto com outros princípios.

Já as regras, se válidas, sustenta ALEXY, no mesmo sentido que DWORKIN, são *mandamentos ou comandos definitivos*, ou seja, terão de ser aplicadas: as conseqüências normativas nelas previstas devem

³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

inexoravelmente ser produzidas, uma vez satisfeitos os critérios da respectiva hipótese de incidência.

Os conflitos entre regras são resolvidos em nível de validade (salvo se houver uma cláusula de exceção numa das regras em confronto): uma delas haverá de ser considerada inválida; os conflitos entre princípios, em contrapartida, são solucionados numa dimensão de peso – de modo que a colisão entre eles se resolve por meio de um sopesamento de cada um deles no caso concreto.

Gomes CANOTILHO possui uma didática sùmula das diferenças essenciais consolidadas entre as normas-regras e as normas-princípios: *a)* os princípios são compatíveis com vários graus de concretização, ao passo que as regras são aplicáveis sob uma lógica de tudo ou nada; *b)* os princípios contrários coexistem, as regras antinômicas excluem-se; *c)* por conseqüência, os princípios estão sujeitos à ponderação de valores e interesses, enquanto as regras não deixam espaço para solução diversa daquela em si prevista.

Por tudo isso, no ideário pós-positivista, é nítido o desprestígio da aplicação automática da lei (embora, por óbvio, não deixe de existir para reger a vida em sociedade) e o reconhecimento da face principiológica do Direito.

Não se está falando do reconhecimento da existência de princípios e, sim, do reconhecimento de sua normatividade e de sua dimensão, como orientadores ao intérprete, em renúncia à pretensão de disciplinar, através de regras específicas e positivadas, a vida em sociedade. Como ensina Luís Roberto Barroso:

“De parte isto, servem de guia ao intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos

princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do interprete.”⁴

Considerando que o novo século se inicia fundado nessa percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, a Constituição, por sua vez, passa a ser vista como um conjunto não somente de regras, mas também de princípios, destinado a realizá-los.

Nessa esteira de raciocínio, tem-se que os direitos fundamentais são normatizados por princípios: amoldam-se às várias situações, concebidos por vários prismas para se alcançar os valores da sociedade.

Porém, a complexidade e o pluralismo da pós-modernidade, em especial sob o prisma da sociologia, levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Em verdade, pode haver conflitos entre os respectivos exercícios (*gunrechtskollision*), cujas soluções são casuísticas, somente como reflexão do caso concreto. Destacam-se *soluções* e não apenas uma solução.

Partindo-se da premissa essencial que os direitos fundamentais não são absolutos, o exercício de um deles pode invadir o espaço de algum outro e, por isso mesmo, está sujeito a limites impostos pela ponderação dos princípios nos quais são estruturados estes direitos.

Logo, qualquer fenômeno de tensão, envolvendo direitos fundamentais, será meramente aparente, vez que princípios podem, perfeitamente, ser objeto de ponderação e de harmonização, através de balanceamento de valores e interesses.

Este juízo permite resolver situações conflitantes, todavia, não deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio. Ao revés, deve esforçar-se para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

Neste sistema de harmonização, o operador do direito terá que respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e procurar identificar os bens jurídicos tutelados, associá-los a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduzem, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma.

Porém, sendo os princípios mandamentos de otimização, que devem ser buscados até o limite do possível, mas cuja concretização depende de compatibilização com outros princípios, existe uma vinculação indispensável entre tal processo de conciliação e o postulado da proporcionalidade – tão próxima quanto possível. A teoria dos princípios implica o postulado da proporcionalidade e vice-versa⁵.

Traçando os princípios objetivos a serem atingidos, muitas vezes contraditórios entre si, todos eles previstos simultaneamente no ordenamento constitucional, devendo ser buscada sua eficácia máxima, o postulado da proporcionalidade se apresenta como uma “*conseqüência lógica da colisão de princípios*”⁶.

Por outro lado, não pode haver, também por imposição lógica, conflito entre o “princípio” da proporcionalidade e outros princípios. O postulado da proporcionalidade visa justamente a conciliar princípios em oposição. Conferindo-se maior ou menor intensidade a um deles, diante de situações concretas, estar-se-á justamente aplicando o postulado da proporcionalidade.

Em outras palavras, aplicado o postulado da proporcionalidade, conclui-se pela possibilidade ou não de subsistência da restrição parcial de um ou mais princípios por um ato normativo ou

⁵ “On the Structure...”, *op. cit.*, p. 297. Segundo o constitucionalista alemão, “*there is a connection between the theory of principles and the principle of proportionality. This connection is as close as it could possibly be. The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa.*”

⁶ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 526-527.

administrativo, fundamentado em outro(s) princípio(s) com vetor axiológico contrário, desde que preenchidos alguns requisitos.

Tais requisitos são a adequação dos meios aos fins, a necessidade (indispensabilidade ou exigibilidade) da medida adotada e a proporcionalidade em sentido estrito (equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da medida, ponderando-se o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se a medida é legítima).

É saber se há adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado, se a medida é mesmo exigível ou necessária, não havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso) e se o que se perde com a medida é de menor relevo do que aquilo que se ganha.

A restrição à plena operacionalidade de um princípio que se encontre em tensão com outro será legítima, então, desde que respeitados estes três requisitos do postulado da proporcionalidade⁷.

Em suma, é mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade, em um juízo de ponderação e equilíbrio, que alcança a eficácia justa dos princípios definidores dos direitos fundamentais, todos constitucionalmente assegurados e de densidade normativa abstrata equivalente, com um única exceção.

Existe um princípio que, não obstante ainda haja uma busca de maior densidade jurídica para que saia da dimensão meramente abstrata equivalente aos demais princípios, é protagonista da moderna hermenêutica constitucional, influenciada por essa perspectiva pós-positivista do Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana.

É consenso na doutrina atual e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, em sua decorrência direta, dos direitos fundamentais.

⁷ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 67.

Isso decore da leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos e do *status* de cláusula pétrea conferido a tais direitos.

A dignidade é posta como elemento central do sistema jurídico e tem reconhecida sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais.

Na realidade, o reconhecimento desta centralidade é fenômeno global e de utilidade indiscutível, vez que no momento em que o intérprete for posto diante de um caso concreto normativo, aparentemente insuperável, terá de fazer uma escolha e por força desta escolha algumas normas terão sua aplicação restringida (como exposto acima) em proveito da expansão da dignidade da pessoa humana.

Enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, a dignidade consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais. Sua observância é, pois, obrigatória para a hermenêutica atual de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui.

Assim, a dignidade da pessoa humana é o carrochefe dos direitos fundamentais e conferiu ao texto constitucional uma tônica especial, porque lhe impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.

Mais do que uma discussão teórica, a necessidade de se estabelecer a preferência argumentativa deste princípio decorre de uma imposição prática, da realização cotidiana do próprio direito constitucional pós-positivista, ou seja, da revalorização da razão prática.

O princípio da dignidade expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Representa, pois, o axioma do novo direito constitucional: a reaproximação entre o Direito e a ética, entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito.

A dignidade está no núcleo essencial dos direitos fundamentais e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na dimensão física como moral. A referência da dignidade

congloba em si todos os direitos fundamentais, quer sejam os individuais, clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.

Não se pode negar que, sendo uma meta geral de abrangência de toda a face do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio: é um fundamento do Estado Democrático de Direito. Está a indicar que um dos fins do Estado é propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas.

Por conseguinte, revestida desta função, a dignidade da pessoa humana está no centro do campo hermenêutico do ordenamento jurídico brasileiro, condicionando as maneiras de interpretação e aplicação das normas jurídicas, tanto os princípios como as regras.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. vol. 13. n. 3. Ratio Juris, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 526-527.

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

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno**. In: GRAU, Eros Roberto (org). **Direito Constitucional: estudo em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo, Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1999.