

**UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ – UVA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ – ESMEC
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL (TURMA I)**

Luiz Roberto Oliveira Duarte

**A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA – 2008

Luiz Roberto Oliveira Duarte

**A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Especialização em Direito Constitucional (Turma I) outorgado pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA em convênio com a Escola da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC e o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Orientador: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

Fortaleza – 2008

Luiz Roberto Oliveira Duarte

**A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Especialização em Direito Constitucional (Turma I) outorgado pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA em convênio com a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC e o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Monografia aprovada em: ____/____/____

Orientador: _____
Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

1º Examinador: _____
Prof. Ms. Juraci Mourão Lopes Filho

2º Examinador: _____
Prof. Ms. Ivo César Barreto de Carvalho

Coordenação do Curso

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves
Coordenador Acadêmico do Curso

AGRADECIMENTOS

Ao Deus, Senhor e Protetor da vida, quero agradecer, por sua infinita bondade ao proporcionar o dom da inteligência e da humanidade, colocando-me à disposição para a busca do saber.

A minha esposa Isabel e filhas, Débora, Soraya e Sarah, pelo amor e incentivo à minha formação.

A todos os meus colegas do curso e amigos que tanto me deram força.

Ao meu orientador desta monografia, Prof. Flávio, pelas sugestões e ajuda.

Que Deus ilumine a todos nós.

Obrigado, Senhor.

O temor a Deus é o princípio da sabedoria; os loucos desprezam a sabedoria e a instrução. (Provérbios 1:7)

RESUMO

Trata da forma como a nova interpretação constitucional concebe a Colisão de Direitos Fundamentais e o papel desempenhado pelo Princípio da Proporcionalidade na busca de soluções satisfatórias. Apresenta o começo da história da Nova Interpretação Constitucional, a técnica da ponderação, a teoria da argumentação, princípios instrumentais de interpretação, Princípio da Proporcionalidade: origem, conceito, elementos parciais do princípio da proporcionalidade – Adequação de meios, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito, conceito de colisão, hipóteses de colisão, colisão (conflito) de direitos fundamentais e bens jurídicos, discute a razão pela qual um novo método de interpretação diferentemente do método tradicional impõe-se na interpretação constitucional, de modo que servirá de fundamento para julgamentos justos e imparciais na solução de conflitos de direitos fundamentais regidos por nossa Constituição Federal. O problema básico investigado nesta monografia foi o de como interpretar uma norma de direito fundamental, à luz dos princípios e aplicá-los ao caso concreto, mais especificamente aos “*hard cases*”, visando à tutela jurisdicional eficaz e de segurança jurídica ao jurisdicionado. E o método utilizado foi o indutivo (do particular para o geral) e o analógico. Ou seja, analisamos um caso concreto e depois aplicamos a norma de direito fundamental, dirimindo a colisão (conflito) de direitos fundamentais, utilizando o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, ponderação, adequação e necessidade/exigibilidade. A interpretação constitucional tradicional baseia-se em um modelo de regras aplicáveis pelo método subsuntivo, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazendo-as incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato e não de valor. Por isto, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Este método tradicional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, especificamente a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, a ponderação de valores e a teoria da argumentação, para solução da colisão (conflito) entre os direitos fundamentais, impondo-se uma nova interpretação constitucional e aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Colisão. Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. Interpretação Constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PRÉ-HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	10
3 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL	12
4 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	13
5 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....	16
6 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	19
7 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	24
7.1 Princípio da supremacia da Constituição	24
7.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público.....	24
7.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição	25
7.4 Princípio da unidade da Constituição	25
7.5 Princípio da efetividade	26
7.6 Princípio da proporcionalidade	26
7.6.1 Origem do princípio da proporcionalidade.....	27
7.6.2 Conceito de princípio da proporcionalidade	28
7.6.3 Elementos parciais do princípio da proporcionalidade	29
7.6.3.1 Adequação de meios.....	30
7.6.3.2 Necessidade ou exigibilidade	30
7.6.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito	31
8 Colisões de direitos fundamentais.....	32
8.1 Conceito de colisões	32
8.2 Hipóteses de colisões.....	33
8.2.1 Concorrência de direitos fundamentais	33
8.2.2 Conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais.....	33
9 CONCLUSÕES	35
10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37
ANEXO.....	39

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho não poderia ser diferente, pois, trata especificamente de matéria constitucional palpitante entre os operadores do direito, qual seja, “A nova interpretação constitucional e aplicação do princípio da proporcionalidade nas colisões de direitos fundamentais”.

O início deste trabalho aborda sobre a história constitucional brasileira, falando desde a Independência até 1988, sobre a experiência política e constitucional do Brasil. Trata sobre a ilegitimidade ancestral que se materializou na época de dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda gente. A falta de efetividade das Constituições Brasileiras anteriores a de 1988, o desrespeito à legalidade constitucional e finalmente, veio a Constituição de 1988, um recomeço e uma nova história, onde vemos uma constituição democrática, que apesar de percorrer por caminhos tortuosos, vêm conquistando o seu espaço no âmbito da legalidade, pois, as normas constitucionais conquistaram status de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, segundo o grande mestre Luís Roberto Barroso, em sua obra “A nova interpretação constitucional”, o mesmo preleciona afirmando que:

Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram um novo sentido e alcance ao direito civil, direito processual, direito penal, enfim, a todos os demais ramos do direito.

Abordaremos sobre a nova interpretação constitucional, traçando um breve relato sobre o método tradicional – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras, sem o menoscabo ou abandono desse método clássico, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, pois, ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Tal método é importante, mas nem sempre suficiente quando nos deparamos com casos difíceis (*hard cases*).

Com o advento do pós-positivismo veio a ascensão dos princípios, pois, ao longo do século XIX, com o início do Estado Liberal, consolidaram-se os ideais

constitucionais através de textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. E uma vez considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pelo positivismo do final século XIX.

O positivismo filosófico desencadeou no direito, resultando no positivismo jurídico, na intenção de criar-se uma ciência jurídica, com características semelhantes às ciências exatas e naturais. Daí surgiu uma nova ordem jurídica, porque se buscou a objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartando o direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.

A superação histórica do jusnaturalismo no período pós-guerra e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Abordaremos sobre a distinção entre princípios e regras, a qual teve grande discussão na doutrina brasileira, porque normalmente as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, Enquanto que os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Nada impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

Falaremos sobre ponderação de interesses, bens, valores e normas, pois, há muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como conseqüência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Essa espécie de raciocínio, como já dissemos anteriormente, continua sendo importante para a dinâmica do direito. Todavia, não é suficiente para lidar por si só com situações, porquanto a subsunção tem limites.

O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através da argumentação desenvolvida. A teoria da argumentação jurídica consiste em que o intérprete percorre um caminho mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro. Na verdade, nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada “motivação concisa”, autorizada pela jurisprudência das Cortes superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas.

Abordaremos, também em nosso trabalho acerca dos princípios instrumentais de interpretação, quais sejam, princípio da supremacia da constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis, princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade, princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, sua origem, conceito e elementos parciais do princípio da proporcionalidade: adequação dos meios, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, trataremos sobre as colisões de direitos fundamentais, dando o conceito de colisões, hipóteses de colisões, concorrência de direitos fundamentais, conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos, colisão de direitos fundamentais e as conclusões.

2 A PRÉ-HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A história política e constitucional do Brasil é triste, desde a independência até o ano de 1988, pois, o povo brasileiro sofreu quase dois séculos com a ilegitimidade renitente do poder, a falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional.

A ilegitimidade ancestral concretizou-se entre uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto para o nosso país e para todo o povo brasileiro, porque se achava viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produzindo uma sociedade com **déficit** de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Ou seja, um imenso número de pessoas sem ter direito a uma alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, com uma das maiores economias do mundo.

A falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Tal como na tradição européia da primeira metade do século, que via a Carta Magna ou a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Constituições Brasileiras se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Foi, na verdade, uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição.

A Constituição de 1988 foi o início de um recomeço de uma nova história, sem as velhas utopias, sem ambições, mas seria o caminho a ser percorrido com

esperança e com lastro de legitimidade sem precedentes. Embora tardiamente, o povo brasileiro entrou no processo político brasileiro, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e burguesia emergente.

E nessa história que continua em curso, a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade da antiga plutocracia, pois, seus poderes foram diminuídos pela transformação política importante que ocorreu nos últimos anos, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, os movimentos sociais e, já agora a mudança do poder.

A legalidade constitucional, apesar da força com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: mais de quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes, pois, ao longo desse período foi destituído um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelos desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade nas Forças Armadas.

A efetividade das normas constitucionais passaram para o início da maturidade institucional brasileira, tornando-se uma idéia vitoriosa incontestada. As normas constitucionais conquistaram o **status** pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Como diz o ilustre Mestre Luís Roberto Barroso, “Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”¹.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 329.

3 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL

Um típico operador do direito brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará a seguinte linha de raciocínio. Depois de examinar a situação fática que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Seguidamente adotará um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, e os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo.

Esse método jurídico tradicional utiliza como premissa de seu desenvolvimento, um tipo de norma jurídica que se identifica como regra. Regras são normas que especificam a conduta a ser seguida por seus destinatários. O papel do intérprete, ao aplicá-las, envolve uma operação relativamente simples de verificação da ocorrência do fato constante do seu relato e de declaração da consequência jurídica correspondente. Por exemplo: a aposentadoria compulsória do servidor público se dá aos setenta anos (regra); José, serventuário da Justiça, completou setenta anos (fato); José passará automaticamente para a inatividade (conclusão). A interpretação jurídica tradicional, portanto, tem como principal instrumento de trabalho a figura normativa da regra.

Essa atividade de interpretação descrita acima se utiliza de um conjunto tradicional de elementos de interpretação, de longa data identificados como gramatical, histórico, sistemático e teleológico. São esses instrumentos que permitem ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. O Direito, a resposta do problema, já vêm contido no texto da lei. Nesse caso, o juiz desempenha uma função técnica de simples aplicador da lei e não um papel de criação do direito.

4 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A nova interpretação constitucional se desenvolveu no Brasil, tendo como base a efetividade da Constituição. Não significa dizer que foi abolido ou desprezado o método tradicional – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras, e nem importa em abandono ou desprezo os elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Muito pelo contrário, esse método clássico e seus elementos tradicionais continuam a desempenhar um papel importante na busca do sentido das normas e na solução de casos concretos, embora nem sempre seja suficiente.

Mesmo no quadro da sistemática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional que superavam o sistema de interpretação tradicional, principalmente em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil.

A grande mudança na interpretação constitucional se verificou a partir da constatação de que as normas jurídicas em geral e as normas constitucionais traziam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. Ou seja, caberia ao intérprete uma atividade de simples revelação do conteúdo preexistente na norma, sem que houvesse um desempenho criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional, diferentemente dessa proposição, se assenta exatamente no oposto desse método, pois, as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam à interpretação única e objetiva que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. Muitas vezes o que a norma relata, demarca apenas um quadro dentro do qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. Diante dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, visando à produção de uma solução constitucional adequada para o problema a ser resolvido.

É bem verdade que existem situações práticas que a interpretação constitucional se verificará de uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Por exemplo, existem algumas normas constitucionais

que cuidam do varejo da vida, que não dão margem a maiores interpretações, quais sejam: a) implementada a idade para a aposentadoria compulsória, o servidor público deverá passar para a inatividade (CF, art. 40, § 1º, II); b) o menor de trinta e cinco anos não é ilegível para o cargo de Senador da República (CF, art. 14, § 3º, VI, “a”); c) não é possível o divórcio antes de um ano da separação judicial (CF, art. 226, § 6º).

Como visto, em se tratando da nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação, não se está desprezando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora saibamos que existem movimentos revolucionários na história das ciências com vistas à ruptura do método convencional. Não estamos tratando disso neste trabalho. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais uma vez agregados as suas idéias, anunciam novos tempos e dão solução suficiente a novas demandas.

A técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se, de modo crescente, de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração.

Na seqüência histórica, sobreveio a ascensão dos princípios, cuja carga axiológica e dimensão ética conquistaram finalmente, eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Princípios e regras passam a desfrutar do mesmo status de norma jurídica, sem embargo de serem distintos no conteúdo, na estrutura normativa e na aplicação. Regras, são normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade “tudo ou nada”: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

Princípios por sua vez, expressam valores a serem observados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, “estados ideais”, sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, porque a ele caberá definir a ação a tomar. E em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em colisão, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada princípio, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema “tudo ou nada”, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Como falamos anteriormente, princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes, como por exemplo: livre iniciativa e proteção do consumidor, direito de propriedade e função social da propriedade, segurança pública e liberdades individuais, direitos da personalidade e liberdade de expressão. O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis.

Com efeito, na aplicação dos princípios, o intérprete irá determinar, no caso concreto, quais são as condutas aptas a realizá-las adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Nesse caso, o intérprete não desempenha apenas uma função de conhecimento. Mas, com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce a sua discricionariedade, a fim de que não sejam arbitrárias suas decisões, pois, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas.

A moderna interpretação constitucional diferencia-se da tradicional em razão de alguns fatores: a norma, como relato puramente abstrato, já não desfruta de primazia; o problema, a questão tópica a ser resolvida passa a fornecer elementos para sua solução; o intérprete deixa de ser um simples aplicador da norma e passa ter uma parcela de criação do Direito do caso concreto. E como técnica de raciocínio e decisão, a ponderação passa a conviver com a subsunção. Para que sejam legitimadas suas escolhas, o intérprete terá de servir-se dos elementos da teoria da argumentação, para convencer os destinatários do seu trabalho de que produziu a solução constitucional adequada para a questão que lhe foi submetida.

5 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Como já foi falado anteriormente, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Mas como já demonstramos linhas atrás, a subsunção tem limites, de modo que não é suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes.

Imaginemos uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, para apenas uma premissa menor -, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se vê singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão.

Pela interpretação jurídica tradicional (premissa maior – premissa menor) a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula não seria adequada, em face do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que protege valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

Não seria a técnica tradicional capaz de solucionar o problema, porque depende de um raciocínio de estrutura diferente, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos, sopesando cada um desses elementos na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Isso é o que denominamos de técnica da ponderação.

A técnica da ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Descrevendo de forma simplificada a ponderação podemos apresentar um processo em três etapas, a seguir.

Na primeira etapa, compete ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como já se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Destaque-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais um dispositivo. Por sua vez, um dispositivo isoladamente pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma. Neste estágio, os diversos fundamentos normativos ou as diversas premissas maiores pertinentes, ou seja, aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. E o propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembra-se a importância assumida pelos fatos e pelas conseqüências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Não obstante os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Dessa maneira, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas indicadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui nenhuma solução foi dada ao caso concreto, porque identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na terceira etapa que a técnica da ponderação irá diferenciar da técnica de interpretação jurídica tradicional – a subsunção. Relembre-se, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade.

Pois bem. Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar-se no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

6 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A maior parte da doutrina brasileira tem sustentado que a teoria da argumentação possui um valor imprescindível na solução dos casos difíceis, onde o método tradicional não seria suficiente, não se desprezando essa metodologia que ainda hoje vem sendo utilizada na interpretação da lei pelos legisladores e intérpretes, levando-se em conta os argumentos semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico.

Segundo Robert Alexy²:

Há tipos totalmente diferentes de discussão jurídica. Podem-se distinguir assim as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos.

As diferenças entre as formas de discussão, que podem por sua vez se dividir em muitas subcategorias, são de muito tipos. Algumas, como os debates diante dos tribunais e as deliberações judiciais, estão institucionalizadas. Em outras, como na discussão de questões jurídicas entre advogados, não é o caso. Em algumas formas deve-se alcançar um resultado num tempo limitado; em outros, como nas discussões da Ciência do Direito (da dogmática), não há nenhum limite temporal. Algumas têm como consequência decisões vinculantes, enquanto outras tão-somente propõem, preparam ou criticam decisões. Em algumas formas, como na discussão pública de decisões judiciais, é permitido passar em qualquer momento da argumentação jurídica à argumentação prática em geral; em outras, como nas discussões da Ciência do Direito (da dogmática), isso não é possível, ao menos sem limitações.

As semelhanças e conexões são tão variadas como as diferenças. O aspecto comum mais importante consiste em que, em todas as formas (ao menos em parte), argumenta-se juridicamente.

Os iniciantes no estudo do Direito, em um primeiro momento de perplexidade, encaram com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal

² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 209.

questão formulada pela teoria da argumentação pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (quais) delas é (são) capaz(zes) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?

Existem várias teorias acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida. Mas sem adentrar na complexidade desse estudo, é possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação que, a despeito de sua simplicidade, serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que apóiem e lhe dêem sustentação. Não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão. Não obstante óbvia essa exigência tem sido deixada de lado com mais freqüência do que se poder supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não é demais lembrar que, num Estado democrático de direito, o Judiciário apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter jurídico – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral.

É sabido que toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não outro.

Por outro lado, hoje nunca se motivou tão pouco e tão mal as decisões judiciais. Mas isso tem várias explicações, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, que passam pela chamada “motivação concisa”, autorizada pela jurisprudência das Cortes superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que atualmente admite com fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas.

Um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Ou seja, deve o intérprete verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que pretende adotar no caso concreto, projetando a argumentação desenvolvida para o caso concreto em conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

Finalmente, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos e interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

Vale salientar, que os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com um dos problemas invocados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto.

Diante da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em uma determinada situação, pois, não é incomum, frente a um caso, que alguns fatos sejam considerados relevantes e outros ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e ignorar outros? Também a seleção da norma ou normas aplicáveis, isto é, o estabelecimento da premissa normativa, nem sempre é um evento simples. Pergunta-se, então, que normas são pertinentes ou aplicáveis ao caso?

Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume muitas vezes um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. Desse modo, a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

A título de ilustração, apresentamos um exercício simples de ponderação e argumentação. Suponha-se o seguinte fato: “o ocupante de importante cargo político na República é visto na saída de um motel, acompanhado de uma senhora que não é sua esposa. Um jornalista que se encontrava na calçada em frente fotografa o casal, ainda sob a placa identificadora do estabelecimento. A foto irá ilustrar a capa de uma importante revista semanal, que circulará no sábado seguinte, trazendo ampla matéria intitulada “A infidelidade no poder”. Tomando conhecimento do fato, a autoridade propõe medida judicial de natureza cautelar com o fim de impedir a publicação de sua foto e de referências à sua pessoa, invocando seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X) e alegando que: estava em seu carro particular, fora do horário do expediente e que não há qualquer interesse legítimo em divulgar fatos de sua vida pessoal e sexual. Os direitos contrapostos, como intuitivo, são os de liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e o da informação (CF, arts. 5º, XIV, e 220).

“Não é um caso fácil, por envolver um conflito entre direitos fundamentais, sem que o ordenamento jurídico forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de fazer a ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se a demonstração argumentativa de uma delas. Apreciando a matéria, o juiz de primeiro grau nega a liminar, fundamentando sua decisão em um teste tríplice:

- a) O fato é verdadeiro. Argumento: somente em situações de rara excepcionalidade deve o Judiciário impedir, mediante interferência prévia, a divulgação de um fato que incontroversamente ocorreu;
- b) O conhecimento do fato foi obtido por meio lícito. Argumento: O Judiciário pode e deve interferir para impedir a divulgação de uma notícia se ela tiver sido produto, por exemplo, de um crime, como uma interceptação telefônica clandestina ou uma invasão de domicílio. Não sendo este o caso, não deve fazê-lo;

c) Há interesse público potencial no conhecimento do fato. Suponha-se que a autoridade em questão exercesse seu cargo no Ministério de Transportes, onde uma importante licitação estivesse por ser decidida. E que a senhora que o acompanhava estivesse a serviço de um dos licitantes, utilizando argumentos – como dizer – não previstos no edital.

Com efeito, o juiz, em sua fundamentação, levou em consideração as normas constitucionais relevantes, os elementos do caso concreto e a existência ou não de interesse público legitimador de uma determinada opção. Esta solução não era a única possível, pois o domínio dos conflitos de direitos fundamentais não é de verdades ou certezas absolutas. Mas a argumentação desenvolvida é suficientemente lógica e racional para pretender conquistar a adesão de um universo de pessoas bem intencionadas e esclarecidas.

7 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Na verdade, nenhum deles se encontra expresso na Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e jurisprudência. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que se segue parece ter resistido ao teste do tempo.

7.1 Princípio da supremacia da Constituição

O princípio da supremacia da Constituição consiste em que sua posição hierárquica no ordenamento jurídico é superior às demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Consequentemente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

7.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

A Constituição Federal contém o código de conduta dos três poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário não é o único

intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso, deve respeitar a interpretação levada a efeito pelos outros dois poderes, em face da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

7.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição funciona como uma técnica de controle da constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorrer ele do encontro dos princípios da supremacia da Constituição e o da presunção da constitucionalidade. Com fundamento na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto.

7.4 Princípio da unidade da Constituição

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, e disso resulta que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, mesmo porque o círculo hermenêutico, significando que o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Para solucionar eventuais conflitos entre normas infraconstitucionais utilizam-se os critérios de hierarquia, da norma posterior e o da especialização. 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.

7.5 Princípio da efetividade

O princípio da efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Em suma, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

7.6 Princípio da proporcionalidade

Finalmente, chegamos ao ponto máximo de nosso trabalho. Falar sobre o princípio da proporcionalidade, sua origem, conceito, elementos parciais do princípio da proporcionalidade – adequação de meios, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade trata-se de um instrumento valioso de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida em que a norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional decorrente do sistema.

O princípio da proporcionalidade, na medida em que contribui para a orientação do hermeneuta na solução jurídica dos casos concretos que lhe são submetidos, é também considerado princípio de interpretação constitucional.

Cleve e Freire³ afirmam que o princípio da proporcionalidade, aliado aos demais princípios da interpretação da Constituição, exige uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, alcançando-se, assim, a aplicação das medidas corretas e justas à solução do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade tem sido um instrumento utilizado com frequência pelos Tribunais do País nas resoluções dos problemas resultantes de choques entre direitos fundamentais, bem como, permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode também operar, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça do caso concreto. Ver alguns casos Julgados pelo STF, abordando o princípio da proporcionalidade (em anexo).

7.6.1 Origem do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade teve sua origem na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, na época em que surgiram as teorias jusnaturalistas, as quais pegavam serem os homens possuidores de direitos imanentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, razão pela qual deveriam ser respeitados pelo soberano.

Nessa época, o regime vigente era o da monarquia absoluta, que, segundo a máxima *the king can do no wrong*, concentrava todos poderes nas mãos

³ CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva, p. 239, in, “**Ensaio Constitucionais de Direito Fundamentais**”, de Alexandre Sturion de Paula, p. 488.

do rei. Estabelecia-se, assim, uma concepção ilimitada de direito do Estado frente aos súditos, que apenas tinham deveres a cumprir.

A França, calcada nas idéias iluministas, foi o primeiro país a destituir do poder a monarquia absoluta, substituindo a concepção da vontade do rei como fonte de todo o direito pela concepção da lei como resultante da vontade geral.

A Constituição Francesa de 1791 previu expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º, firmando a superioridade dos atos dos Parlamentos sobre todos os demais e implantando um regime de legalidade absoluta.

No início, a idéia de proporção restringia-se somente às penas. Estabelecida na França, a superioridade da lei, os atos administrativos praticados pelos membros do poder público requereram a criação de mecanismos para impedir que os órgãos do Executivo se desviassem de sua atuação definida em lei, evitando o arbítrio e o abuso de poder.

Com a criação do instituto do *récourse pour excès de pouvoir*, tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, perquirindo a proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.

A Constituição alemã de Weimar, de 1919, além de ter positivado os direitos sociais (segunda fase dos direitos fundamentais), deu início à limitação dos Poderes do Estado e da garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, somente com o término da Segunda Grande Guerra e com a promulgação da Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, a chamada Constituição de Bonn, é que o princípio da proporcionalidade foi inserido de vez em âmbito constitucional, designando que o respeito aos direitos fundamentais é o núcleo de todo ordenamento jurídico.

7.6.2 Conceito de princípio da proporcionalidade

Não existe uniformidade na doutrina e jurisprudência, quanto à terminologia adotada, razão pela qual se torna difícil sua conceituação. Contudo, pode-se afirmar que as expressões mais utilizadas são: princípio da proporcionalidade, princípio da proibição do excesso, princípio da razoabilidade.

Bonavides descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo⁴.

Carvalho afirma que:

O princípio da proporcionalidade seria uma verdadeira garantia constitucional que tem dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de classificação ou concretização das normas constitucionais.⁵

Dentre outras, cabe também ao princípio da proporcionalidade a missão de funcionar como critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade, segundo Guerra Filho, “determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com respeito, isto é, ferindo-lhe o seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana”⁶

7.6.3 Elementos parciais do princípio da proporcionalidade

Considerando as imprecisões conceituais e a sua complexidade, o princípio da proporcionalidade, como já dito anteriormente, é de difícil definição e entendimento.

Na intenção de melhor se compreender o referido princípio, a jurisprudência e a doutrina alemã decompueram a proporcionalidade em sentido amplo em três diferentes e complementares subprincípios (princípios parciais ou elementos estruturais do princípio da proporcionalidade em sentido amplo), a

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵ Apud BUECHELE, Paulo Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 120.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 17 set. 2004.

saber: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

7.6.3.1 Adequação de meios

Zimmerli define a adequação como sendo “a pertinência ou aptidão que nos deve dizer se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”.⁷

O princípio da adequação, portanto, ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida, ou melhor, por esse princípio, investiga-se a medida adotada, a fim de saber se é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.⁸

7.6.3.2 Necessidade ou exigibilidade

O princípio da necessidade, também conhecido de princípio da indispensabilidade, da menor ingerência possível ou da intervenção mínima, dispõe que, dentre as medidas consideradas disponíveis pelo princípio da adequação, deve-se escolher a menos onerosa, aquela que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos.

Durig, a respeito deste princípio, ainda faz o seguinte comentário:

De todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade ser também chamado da escolha do meio mais suave.⁹

⁷ Apud BUCHELE, Paulo A. Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**, p. 125.

⁸ Id. Ibid. p. 131

⁹ Ibid.

Ressalte-se que o princípio da necessidade traduz-se por um juízo positivo, ou seja, não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador, aplicador ou intérprete das normas jurídicas não é o que menor lesividade causa; é preciso indicar e justificar qual o meio mais idôneo, entre os vários meios adequados ao fim colimado.

7.6.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Complementando os princípios de adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é de suma importância para determinar se o meio utilizado é razoável ao fim perseguido. Nesse subprincípio se realiza a relação de procedência condicionada ou ponderação de bens, para fins de solução da colisão de direitos fundamentais.

Segundo Canotilho, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se do princípio da justa medida”.¹⁰

Conforme adverte Rolim,

[...] o princípio da proporcionalidade, como um todo – princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, a despeito de ter sido concebido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, deve ser sempre analisado e fundamentado à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional de cada Estado, evitando-se a aplicação de medidas desproporcionais à solução do caso concreto.¹¹

Em suma, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. É uma relação de custo-benefício, onde é ponderada a relação entre os danos causados pela medida e os resultados obtidos.

¹⁰ Apud STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**, p. 152.

¹¹ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade**.

8 COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são dotados de conteúdos abertos e passíveis de variações, revelados apenas perante os casos concretos ou nas interações entre si. Justamente pelo fato de possuírem considerável grau de abertura e dinamicidade, é que, por vezes, ocorre, em determinadas situações, a chamada colisão ou conflito de direitos fundamentais.

Steinmetz assevera que “os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, sendo perfeitamente possível demonstrar e provar tal afirmação mediante diversos enfoques”.¹²

Como exemplo de conflito de direitos fundamentais, podemos citar, a garantia fundamental da intimidade e da privacidade, ambas previstas no art. 5º, X e XII da nossa Constituição. Ao se analisar o texto constitucional, observe-se que, em momento algum, o constituinte determina qual é o limite material, ou seja, onde e quando começam ou terminam a intimidade e a privacidade do ser humano, competindo ao legislador infraconstitucional e, principalmente ao julgador do caso concreto, examinarem e decidirem quais são os limites desses direitos.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, o estudo das formas de resolução da colisão entre esses direitos fundamentais necessita de maiores discussões, tendo em vista que o método de interpretação tradicional não é suficiente para dar uma solução às situações em que colidem dois ou mais direitos fundamentais.

8.1 Conceito de colisões

Segundo Wilson Antonio Steinmetz, “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”.¹³

¹² STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**, p. 17.

¹³ Id. Ibid., p. 62.

Cléve leciona que:

[...] o conflito de direitos fundamentais surge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito essencial por parte de outro titular, sendo indiferente a coincidência entre os direitos envolvidos.¹⁴

As situações de conflito são de três espécies: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional.

8.2 Hipóteses de colisões

8.2.1 Concorrência de direitos fundamentais

A concorrência de direitos fundamentais se manifesta quando um comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fatos de vários direitos fundamentais.

Segundo Canotilho, referindo-se a essa espécie de colisão,

[...] afirma que ela pode se manifestar sob duas formas. A primeira surge do cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de vários direitos, garantias e liberdades. A segunda, por sua vez, decorre da acumulação de direitos, ocasião em que determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos fundamentais em único sujeito.¹⁵

Como exemplo podemos citar as garantias fundamentais da liberdade de imprensa e de informação, que estão em sintonia um com o outro.

8.2.2 Conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais

Podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais, ou seja, a colisão entre direitos individuais do titular e bens jurídicos

¹⁴ CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva, p. 232.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, 2001.

da comunidade. Por exemplo, a colisão entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X), e a solução desse conflito, segundo a doutrina, se verifica pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais.

Segundo Alexy,

[...] o conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais (colisão de direitos fundamentais em sentido amplo) ocorre quando há um choque entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos. Nessa hipótese, não se trata de qualquer valor, interesse, necessidade da comunidade, mas de um bem jurídico relevante, ou seja, aquele que a Constituição elegeu como digno de especial reconhecimento e proteção.¹⁶

Na prática pode ocorrer a colisão (conflito) entre os direitos fundamentais com outros bens jurídicos constitucionais que somente podem ser solucionados com a aplicação do princípio da proporcionalidade que é uma verdadeira garantia constitucional, pois, protege os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de apoio para o juiz quando este precisa julgar os casos difíceis (*hard cases*) que lhes são apresentados.

¹⁶ ALEXY, Robert. "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no estado de Direito Democrático". **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 217, jul./set.1999, p. 67-79.

9 CONCLUSÕES

Concluimos, portanto, para afirmar que a presente monografia será de grande valia para o exercício de nossa judicatura, principalmente quando nos depararmos com os casos difíceis (*hard cases*), oportunidade em que haveremos de aplicar o princípio da proporcionalidade nas colisões de direitos fundamentais.

Para melhor compreender o princípio da proporcionalidade e a colisão de direitos fundamentais, foi necessário fazermos um estudo aprofundado sobre o tema escolhido.

Iniciamos o nosso trabalho dissertando sobre a interpretação constitucional tradicional que se assenta em um modelo de regras, aplicáveis mediante a subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-la incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por essa razão, não lhe toca a função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, principalmente na colisão de direitos fundamentais.

Em seguida, discorreremos sobre a nova interpretação constitucional que se assenta num modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

O princípio da proporcionalidade, como um dos princípios da hermenêutica constitucional, é um excelente instrumento na solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Por ele o intérprete, o julgador do caso concreto, limitará o raio de abrangência de um determinado direito, visando dar maior efetividade a um outro também fundamental.

Finalmente, as colisões de direitos fundamentais, portanto, devem ser resolvidas por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, alcançando-se

uma solução justa e adequada ao caso concreto. Para que isto ocorra, porém, esta solução deve ser analisada e fundamentada à luz das normas que compõem o sistema constitucional de cada Estado.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set.1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUECHELE, Paulo Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, 2001.

CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva, p. 239, in, “**Ensaios constitucionais de direito fundamentais**”, de Alexandre Sturion de Paula, p. 488.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado**. Disponível em: <<http://www.mundojurídico.com.br>>. Acesso em: 17 set. 2004.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias. **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAULA, Alexandre Sturion de (Coord.). **Ensaios constitucionais de direitos fundamentais**. São Paulo: Servanda, 2006.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 12 dez. 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 223 p.

ANEXO

