

ALESSANDRA FERREIRA MARTINS

**EXAME DE PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2003

ALESSANDRA FERREIRA MARTINS

**EXAME DE PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do grau de
bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin
Clève**

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

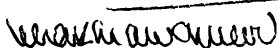
ALESSANDRA FERREIRA MARTINS

EXAME DE PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:


Prof. Clemerson Merlin Clève
Departamento de Direito Público, UFPR


Profª Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público, UFPR


Prof. Elizeu de Moraes Correa
Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 16 outubro de 2003

SÚMÁRIO

RESUMO	iii
1 INTRODUÇÃO	1
2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	5
2.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	5
2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS	9
2.3 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL	11
2.3.1 Proposta de ALEXY	12
2.3.2 Proposta de MÜLLER	15
2.3.3 Proposta de ÁVILA	16
2.3.4 Características gerais das normas de direitos fundamentais	17
2.4 ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.4.1 Proposta de DWORKIN	19
2.4.2 Proposta de ALEXY	22
2.4.3 Proposta de ÁVILA	24
2.4.4 Características específicas das normas de direitos fundamentais	27
2.5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	29
2.5.1 Formas de argumentos da interpretação tradicional	29
2.5.2 Formas de argumentos da interpretação concretizadora	30
2.6 CONCRETIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
2.7 LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E NÚCLEO ESSENCIAL	37
3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - EXAME DE PROPORCIONALIDADE ...	39
3.1 CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
3.2 EXAME DE PROPORCIONALIDADE - NORMATIVIDADE	44
3.3 APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE - ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E ORDENAÇÃO LÓGICA	49
3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL - EXAME DE PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
4 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	66

RESUMO

Investiga-se a aplicação do exame de proporcionalidade nos casos de colisão de direitos fundamentais partindo-se da premissa de que as normas constitucionais são a sede positiva por excelência de tais direitos, garantindo-lhes, neste passo, superioridade hierárquica e força normativa exigentes de medidas concretizadoras de seus conteúdos de dever ser. O marco inicial é o sistema constitucional abrangente de normas de direitos fundamentais de diferentes estruturas, tais como regras e princípios, além de outros elementos normativos a elas conectados para sua devida interpretação e aplicação. Os direitos fundamentais se auto-limitam mutuamente na convivência harmônica no sistema constitucional, mas, por identificarem diferentes interesses e valores sociais, comportam uma certa tensão dialética que reclama medidas harmonizantes de interpretação e aplicação de suas normas, especialmente daquelas com estrutura de princípios constitucionais. As formas de argumentos de interpretação concretizadora são exemplos destes tipos de medidas. Ainda assim, há casos de colisão de direitos fundamentais em que o entrecruzamento de seus âmbitos de proteção vai exigir medidas que estabeleçam, de modo comprometido com a realização da Constituição, uma precedência circunstancial e proporcional. São estes casos chamados "difíceis" e ensejam uma ponderação entre os direitos fundamentais relacionados. A ponderação, realizada através da aplicação do exame de proporcionalidade, não substitui as exigências de interpretação constitucional, mas sim, a ela agrega-se como um mecanismo racionalmente fundamentado de atribuição de pesos relativos aos direitos fundamentais em colisão de modo condicionado. Tal procedimento prescinde de um fundamentado exame de adequação e necessidade da medida restritiva, ou seja, da aplicação concatenada e subsequente dos exames parciais que compõem a proporcionalidade em sentido amplo. Tendo em vista o instrumental técnico que caracteriza a devida aplicação do exame de proporcionalidade, pode-se afirmar ser ele um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais que estrutura a aplicação das normas que os consagram de modo a respeitar o fomento necessário à concordância prática entre eles, respeitante da unidade constitucional. O exame da proporcionalidade, operacionalizado pela aplicação ordenada de seus três elementos parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - pode ter sua devida aplicação aferida, em geral, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando analisadas a fundamentação de certas decisões de casos de leis excessivamente restritivas ou casos de colisão de direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é resultado de uma pesquisa sobre os aspectos mais relevantes de casos de colisão de direitos fundamentais decididos com auxílio do instrumental técnico do exame de proporcionalidade. Este tema, muito noticiado na doutrina e jurisprudência contemporâneas ocidentais, diz respeito aos casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário para que se julgue sobre a prevalência criteriosa e racionalmente fundamentada de um direito fundamental sobre outro, de igual proteção constitucional, que será circunstancialmente afastado quando não possível sua otimização.

O tema, ainda que desta forma delimitado, é vasto e complexo, de modo que, longe de pretender esgotá-lo, vai-se aqui relatar as posições doutrinárias tidas como mais significativas contemporaneamente, e apontar as questões aparentemente mais coerentes de forma crítica e sincera.

Primeiramente é preciso bem delimitar o campo de investigação. Para tanto, adentrou-se o âmbito do direito constitucional brasileiro e fez-se um recorte a fim de analisar a relação das normas de direitos fundamentais nos casos de colisão, e estruturar o exame de proporcionalidade nas decisões judiciais que os envolvem.

Não é objetivo deste estudo ultrapassar o campo formalmente constitucional, motivo pelo qual as normas infra-constitucionais ligadas às normas constitucionais de direitos fundamentais, ainda que disciplinem conformação ou restrição constitucionalmente autorizadas ou exigidas para o devido exercício destes direitos, não serão investigadas. Em que pese a fácil constatação de que doutrina e jurisprudência utilizam-se grandemente da proporcionalidade no controle da atividade do legislador de limitar direitos fundamentais, por uma questão de concisão, optou-se por não aprofundar estudos sobre esta questão, deixando clara a intenção de privilegiar a investigação do exame de proporcionalidade no campo jurisdicional.

A fim de tratar o tema proposto de forma coerente e delimitada, deixou-se de detalhar os desenvolvimentos históricos dos elementos principais do estudo, para privilegiar a análise de sua relação dinâmica no contexto contemporâneo.

Parte-se do contexto de regulação jurídica de um Estado Democrático de Direito pelas normas de hierarquia constitucional, dentre as quais, selecionou-se, as

normas de direitos fundamentais. Tais normas encontram-se num sistema aberto e dinâmico que comporta diferentes estruturas reveladas pela interpretação constitucional.

Neste trabalho objetivou-se privilegiar o plano normativo para a análise da interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais nos casos de colisão. Por isso, embora reconheça-se a dimensão axiológica de importância da Constituição e de suas normas principiológicas, optou-se por não adentrar neste campo de investigação. Disto decorre que questões como conteúdo valorativo, função e eficácia das normas constitucionais serão abordadas apenas tangencialmente quando for necessário à análise de suas (das normas) estruturas.

Em atenção à identificação dos casos de real colisão de direitos fundamentais, buscou-se traçar características importantes das normas constitucionais que reclamam uma desvinculação entre texto e norma e um papel constitutivo da interpretação para produção da norma. Para isso analisa-se o respeito do intérprete à elementos mínimos, como o uso comunitário dos dados lingüísticos do texto, considerações dos dados reais do âmbito de proteção do direito e formas de argumentos da interpretação tradicional e concretizadora.

Para a investigação das estruturas diferenciadas de normas de direitos fundamentais, pretendeu-se buscar os ensinamentos sobre os critérios distintivos de regras e princípios constitucionais de doutrinadores consagrados, como DWORKIN, ALEXY e ÁVILA.

Uma atenção especial aos princípios constitucionais afigura-se indispensável em qualquer estudo que envolva direitos fundamentais, de modo que, também aqui, estas normas terão seu destaque. Ressalte-se, porém, que o enfoque privilegiado é o de sua estrutura e justificação, e não de sua importância e conteúdo.

Objetiva-se demonstrar que interpretação e aplicação de normas de direitos fundamentais relacionadas a interesses sociais diversos, compreendidos em sociedades plurais, exigem medidas harmonizantes em razão da unidade do sistema constitucional. Neste campo, a ocorrência de casos de colisão entre direitos fundamentais de igual hierarquia vai demonstrar a insuficiência de métodos tradicionais de aplicação do direito e, conseqüentemente, a necessidade de métodos condizentes com esta exigência de harmonização. É a proposta deste trabalho demonstrar que o exame da proporcionalidade atende esta exigência.

Não é demais salientar que o tema deste trabalho é mais facilmente reconhecido em trabalhos doutrinários e na jurisprudência de diversos órgãos jurisdicionais por "princípio da proporcionalidade", já que esta terminologia é largamente mais utilizada. A investigação aqui relatada tem por objetivo demonstrar que não há unanimidade neste aspecto conceitual, e, apesar disso, ainda assim é possível dar um tratamento coerente e científico a este fenômeno. Por uma ingênua prudência acadêmica, optou-se por analisar este elemento normativo - que é ora chamado princípio, ora regra, ora postulado e ora máxima - sem advogar uma rigidez terminológica que pretenda classificar práticas ou teorias em corretas ou erradas.

Vai-se analisar o exame da proporcionalidade tendo em vista também o plano normativo ao qual se pretendeu filiar. Neste ponto vai-se investigar o contexto de aplicação do postulado, sua natureza jurídica e sua fundamentação normativa. Cumpre deixar claro que as divergências terminológicas que campeiam nesta área não serão dirimidas por este estudo, mesmo porque não se pretende dar respostas definitivas para as dúvidas que este desconcerto gera, mas sim, dar um tratamento coerente que possibilite uma sistematização da matéria.

Controverte-se na doutrina também acerca da correspondência ou radical diferença entre o exame da proporcionalidade e outros princípios ou postulados, tais como o da razoabilidade, da proibição do excesso, do devido processo legal substantivo. Este campo, ainda algo obscuro, não será analisado neste trabalho. Ainda que se atribua certa relevância a esta questão, tem-se que não é a intenção deste trabalho advogar uma teoria muito rígida e distante da prática jurídica atual.

Após as análises teóricas pertinentes, vai-se analisar a aplicabilidade e efetiva realização do exame da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste campo, a maioria dos autores que dele trataram reconhece que tal órgão vem procedendo, em geral, à aplicação instrumental da proporcionalidade nos casos de colisão de direitos fundamentais. Para uma sintética demonstração da validade deste entendimento, ao invés de reproduzir os julgados históricos que são amplamente citados como descoberta de existência de longa data do exame de proporcionalidade nas decisões do Supremo, optou-se por selecionar entre seus julgados mais atuais apenas dois casos que permitam identificar, do modo mais

claro possível, a consideração dos três elementos parciais que compõem o exame de proporcionalidade em sentido amplo.

Dos argumentos expostos durante o desenvolvimento do trabalho, poder-se-á chegar à sistematização de alguns resultados obtidos, que serão condensados em tópicos explicitados no capítulo final.

2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

2.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Parte-se da idéia de que nosso ordenamento jurídico é um sistema hierarquizado de normas dotadas de imperatividade e dirigidas aos órgãos públicos e cidadãos. Se considerado o sistema jurídico um modelo piramidal, tem-se a Constituição em seu ápice; se considerado um modelo orbital, tem-se a Constituição em seu centro. Em qualquer caso a Constituição é lei suprema e fundamento de validade e legitimidade para todas as demais leis.

À Constituição, na qualidade de fundamento da ordem jurídica, são indissociáveis os atributos de, através de suas normas, garantir as liberdades fundamentais dos cidadãos; delimitar e também limitar o poder estatal; além de promover a harmonização dos interesses diversos de uma sociedade plural nos contornos do anseio democrático. É, portanto, necessário que se configure num sistema aberto de normas a fim de captar as mudanças relevantes da realidade e estar aberta às concepções cambiantes da justiça.

A força normativa da Constituição não pode ser refutada, mas isso não significa que ela seja dada. É, sim, um processo de constante reconstrução de significados que tem como fontes as decisões políticas e, nos ensinamentos de HESSE, a "vontade de constituição"¹. O reflexo da força normativa das normas constitucionais na realidade é sua efetiva aplicação com geração de efeitos de maneira legítima, ou seja, pautada em critérios isonômicos de um contexto igualitário que permita a participação da sociedade de forma livre e consensual.

Não se pretende neste espaço descer à minúcias sobre democracia, mas tão somente formular um breve entendimento do que seja um tal contexto. Para os fins deste trabalho, entende-se ser um contexto democrático aquele em que se permite o livre desenvolvimento das pessoas e uma ampla manifestação de diferenças culturais, religiosas e políticas, desde que condizentes com a pacificação e melhoria das condições gerais de vida de uma nação. Um contexto democrático não significa

¹ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 21-22.

inexistência de conflitos, pois estes são inerentes à condição humana em coletividade. Antes, significa tolerância e busca de soluções justas.

Democracia é ao mesmo tempo condição e objetivo da efetividade da Constituição. E como a Constituição vai regular uma determinada sociedade e organização estatal, o contexto democrático em que se insere é inseparável dos métodos de sua concretização.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.²

HESSE trouxe inestimável contribuição à defesa da imperatividade das normas jurídicas de *status* constitucional ao, criticamente, argumentar contra a visão de LASSALE³ e de todos aqueles que denigrem a Constituição jurídica por crer estar ela totalmente submissa às forças políticas. De outro lado, não se pode negar totalmente seu caráter político sob pena de incorrer no mesmo extremismo. Nesse sentido, preceitua BONAVIDES:

O caráter político da Constituição avulta também quando se trata de fixar o caráter normativo dos princípios constitucionais. Estes não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição. Adquiriram, graças a esta, uma juridicidade que, se por uma parte os limita, por outra, não quebranta de modo algum o elo axiológico necessário que os prendem às matrizes sociais donde brotaram e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida.

Mas do mesmo passo não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional. Fazer isto seria cair no extremo oposto, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma. Esta - deve ficar bem assinalado - não é apenas o receptáculo formal onde cabem, todas as variações de conteúdo ou substância da vontade que nela vem expressa, porquanto, se assim fora, incorreríamos no grave risco de anular as vantagens estabilizadoras contidas no formalismo da rigidez constitucional.⁴

² HESSE, *A força ...*, p. 14-15.

³ Afirma LASSALE que "... problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social." (LASSALE, 1988, p. 67)

⁴ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 379.

A professora gaúcha RAQUEL DENIZE STUMM sintetiza bem a razão da atualidade das normas constitucionais ao afirmar:

A Constituição é um texto normativo-positivo, contendo normas que possuem densidade e abertura variadas pela natureza dos conteúdos que veiculam. A necessária abertura da Constituição se deve ao fato de ser pressuposto da sua eficácia um processo de concretização que assimile as questões político-jurídicas. A fim de tornar possível a resolução das múltiplas situações críticas historicamente cambiantes, o seu conteúdo deverá permanecer necessariamente aberto aos acontecimentos.⁵

Esta concepção de Constituição nem sempre foi assim, configurando-se, em especial, uma conquista de um movimento constitucionalista crítico. Nos dizeres de BARROSO:

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade - soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder - repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores - incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁶

A juridicidade e vinculatividade da Constituição podem ser considerados para a dogmática jurídica atual indiscutíveis. Estando superada a idéia de Constituição como simples conjunto de normas políticas e programas a serem realizados com maior ou menor discricionariedade pelo poder público, tornou-se questão de honra dos constitucionalistas a concretização das normas constitucionais.

A Constituição não é uma lei fechada e acabada, mas sim uma Lei Fundamental e, como tal, um sistema normativo aberto e especial. Aberto porque necessariamente deve estar indissociavelmente ligado à realidade que normaliza, ou seja, deve ser atual e guardar identidade com seu tempo. E especial porque esta abertura não permite que se altere a Constituição livremente a qualquer pretexto⁷,

⁵ STUMM, R. D. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 37.

⁶ BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, 2001, p. 24-25.

⁷ "Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. (...) A freqüência das reformas

mas sim que ela seja interpretada de acordo com o significado atualizado de seus termos e contemporaneidade dos valores que resguarda. Tudo isso pode ser entendido como requisitos de validade da Constituição, mas exige compromisso político constante para efetivação.

A realização da Constituição é imperativo do Estado Democrático de Direito, e depende basicamente de três fatores⁸: a) da validade de suas normas, sendo que esta depende da força normativa da Constituição, que por sua vez depende de uma sintonia com o estágio de desenvolvimento de seu tempo, para que gere uma vontade atual em cada participante da vida constitucional de realizar os conteúdos da Constituição; b) da abertura da Constituição para a mutação constitucional (mudança do âmbito da norma e dos resultados de sua concretização sem alteração do texto da norma); e c) de que se faça o necessário para que se impeça o nascimento da realidade inconstitucional e o necessário para que se coloque a realidade em concordância com a Constituição.

Além de dar os fundamentos da gerência política do Estado, a Constituição é carta principal dos fundamentos do desenvolvimento social do mesmo. Isto significa que na Constituição estão inscritos, com força normativa, fundamentos para organização política, como a divisão de funções e competências para órgãos públicos, e também para organização social, como os objetivos e metas pautados em importantes valores que devem ser observados não só pela Administração Pública, como também pela sociedade civil.

A Constituição é, como se sabe e não se pode deixar de dizer, a lei suprema, o vértice do ordenamento jurídico nacional. Portanto é natural que o estudo de suas normas requeira uma atenção especial, já que são o fundamento de validade de todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico (normas infra-constitucionais).

constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição." (HESSE, 1991, p. 22)

⁸ HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 47-52.

2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contém um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, sua observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.⁹

A Constituição vale. Se vale, vale como um todo e não em partes. Portanto, normas constitucionais de uma Constituição que, por opção política, vale, têm eficácia. Este entendimento rejeita a existência de normas constitucionais sem eficácia e, por conseqüência, qualquer classificação normativa que tome isso como critério. Importa a existência de um consenso acerca da vinculatividade¹⁰ das normas constitucionais e a existência de mecanismos que possibilitem torná-las efetivas quando interesses diversos propugnem o contrário.

Neste contexto, as posições jurídicas do cidadão frente ao Estado e do cidadão frente a outros cidadãos que dizem respeito a direitos fundamentais garantidos constitucionalmente assumem inegável relevância para a regulamentação de Estados assumidamente pluralistas, como os democráticos. A proteção dos direitos fundamentais por normas superiores revela um *plus* normativo destes direitos: são os direitos fundamentais direitos subjetivos, e, pelo fato de fazerem especial referência aos valores mais importantes para a coletividade, são também direitos de caráter objetivo¹¹. Neste outro aspecto - que não é cindível do aspecto subjetivo - pode-se sintetizar três características principais dos direitos

⁹ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 72.

¹⁰ "Em uma ordem jurídico-constitucional que reconhece o Poder Judiciário como terceiro poder, a vinculatividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, está em poderem ser apresentados no plano jurídico quando violados." (HECK, 2000, p. 73)

¹¹ HESSE trata essa questão como sendo camadas de significado dos direitos fundamentais. "Por um lado, eles [direitos fundamentais] são *direitos subjetivos*, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (...), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida (...). Por outro, eles são *elementos fundamentais da ordem objetiva* da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (...). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos.[grifos no original]" (HESSE, 1998, p. 228-229)

fundamentais, quais sejam, o efeito de irradiação sobre todas as outras normas constitucionais ou infra-constitucionais conferindo-lhes legitimidade; o estabelecimento de organizações e procedimentos estatais em que o Poder Público participa da consecução dos direitos fundamentais com prestações ou abstenções; e o dever de sua proteção através da tutela jurisdicional.¹²

É preciso notar que nem todos os valores cultivados por certos membros da coletividade configurarão direitos fundamentais e que todos os valores que configurem direitos fundamentais, ainda que não sejam compartilhados por alguns membros da coletividade, deverão ser efetivados. O que vai definir se são ou não direitos fundamentais é a positividade*, ou seja, a recepção destes valores instituidores de comportamentos e fins pelo sistema constitucional.

Direitos fundamentais não são valores, mas sim direitos constitucionais de conteúdo material. Não se pode fazer confusão uma vez que valores têm caráter axiológico (opinativo - o que é melhor) e direitos fundamentais têm caráter deontológico (imperativo - o que é devido). Então, muito embora conectados a

¹² A propósito, conferir: GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. ver. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 37-39; HESSE, **Elementos de ...**, p. 228-246; MENDES, G. F. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 198-210; ROTHEMBURG, W. C. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. [São Paulo], n. 30, 2000, p. 152-153; SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141-156; STUMM, R. D., op. cit., p. 124-131.

Positividade quer aqui significar a consagração histórica em um determinado ordenamento jurídico, permitido e exigido pela abertura do sistema constitucional já referida; é o reconhecimento de uma garantia enquanto direito e não mera decoração. Não há uma qualquer remissão à transcendência ou à dimensão "espiritual" de direitos. A questão da positividade confunde-se propositadamente neste trabalho com a institucionalização dos direitos humanos, já que foi delimitado que se trataria de uma teoria constitucional - e, portanto, não universal - de direitos. Um rápido comentário a esse respeito ajuda na compreensão terminológica adotada. Diz-se direitos do homem aqueles valores mais importantes para as nações, que configuram verdadeira meta ou ideal universal. Nesta dimensão dificilmente pode-se atribuir a eles mais que eficácia declaratória, devendo haver sua institucionalização no âmbito de cada Estado para que lhes sejam atribuídos caráter vinculante. Neste sentido: "... para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, 'direitos morais' (...). situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas - especialmente aquelas de Direito interno". (GUERRA FILHO, 2001, p. 37) E ainda: "Como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido. O preâmbulo [da Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948] manifesta isto claramente quando ele diz que 'é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito.' (...) Sem a concretização dos direitos do homem por meio dos Estados particulares, o ideal do qual fala o preâmbulo [os direitos do homem são o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações], todavia, jamais pode tornar-se realidade." (ALEXY, **Direitos fundamentais ...**, Tradução de: Luís Afonso Heck, 1999, p. 57-58)

valores, direitos fundamentais são efetivados com a concretização das normas que os positivam. A posição jurídica referente a um direito fundamental existe quando vale uma norma que lhe corresponda, ou seja, quando presente uma norma de direito fundamental.

Os sempre brilhantes ensinamentos de BONAVIDES nos servem para fundamentar um alerta. Conforme preocupou-se o autor:

... abusando da pauta normativa dos valores, o juiz-intérprete se inclina, com freqüência, impalpavelmente, ao subjetivismo de sua 'pré-compreensão', dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz, por sua vez, a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.¹³

Em que pese a importância das observações traçadas até aqui, estas não são suficientes para se proceder à identificação das normas de direitos fundamentais. Esta é uma tarefa não muito fácil, que vai depender do conceito de norma que se adote. A partir disso será possível tratar de modo coerente as decisões de casos que envolvem colisões de direitos fundamentais.

Cumpra-nos, então, analisar algumas das mais importantes teorias sobre o conceito de norma de direito fundamental, ou seja, suas características comuns, bem como sobre a estrutura, ou seja, a existência de características especiais em algumas normas de direitos fundamentais, que fundamentarão uma proposta de distinção qualitativa entre elas.

2.3 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

As teorias normativas contemporâneas têm se preocupado com um conceito de norma que privilegie a interpretação face à constatação dos diferentes significados lingüísticos de um mesmo texto e à superação da idéia de neutralidade do operador jurídico.

Os diferentes conceitos de normas na dogmática contemporânea têm, em verdade, algumas semelhanças, tais como a dissociação, em maior ou menor grau, entre texto e norma e a importância da interpretação na criação, descoberta ou reconstrução da norma. As semelhanças parecem ser resultado de uma origem

¹³ BONAVIDES, op. cit., p. 581.

comum destas teorias - a crítica ao positivismo jurídico. Quanto a isso não se pode deixar de dizer ser uma infelicidade a falta de estudos mais aprofundados sobre o que realmente foi o positivismo jurídico (e suas diversas fases de desenvolvimento teórico) a fim de aferir a veracidade de tantas críticas - mais reproduzidas que realmente produzidas - deste que foi e ainda é uma das propostas de conhecimento do fenômeno jurídico mais fomentadoras do debate jurídico.¹⁴ Não obstante, o estudo do positivismo jurídico não faz parte do tema deste trabalho.

Optou-se por relatar os conceitos normativos propostos por dois dos mais renomados constitucionalistas da atual doutrina estrangeira - ALEXY e MÜLLER - e por um importante doutrinador nacional - ÁVILA.

2.3.1 Proposta de ALEXY

ALEXY propõe um conceito semântico de norma, que parte da distinção entre enunciado normativo e norma, sendo esta o significado daquele, e aquele a expressão, através de uma formulação lingüística, desta¹⁵. Afirma que a norma pode ser expressada através de diferentes enunciados normativos (formulações de um dever ser) e por isso propõe critérios de identificação da norma no nível do enunciado normativo e não da norma propriamente¹⁶.

¹⁴ Uma análise crítica do positivismo (da versão de HART) bem fundamentada é dada por DWORKIN. Não se pretende relatar todas as questões postas pelo referido autor, mas tão somente fazer uma breve síntese das principais características da teoria positivista sujeitas à crítica e que contribuirão diretamente com o estudo da estrutura das normas constitucionais. São elas: a) regras de direito são assim consideradas pelo modo como foram criadas ou desenvolvidas, com o propósito de o poder público punir certos comportamentos; b) só há obrigação legal se fundada em regra jurídica válida; c) se um caso não pode ser decidido pelas regras jurídicas que existem, a ele não se aplicará o direito. O maior argumento de DWORKIN contra o império de regras do positivismo jurídico é a existência de outros *standarts*, como os princípios e as políticas públicas. Os princípios são os requisitos de justiça, cujo conteúdo admite exclusivamente uma dimensão de peso ou importância. Para o autor, como atesta a existência de outros *standarts* além das regras, não há como se falar em discricionariedade do juiz para resolver um caso difícil (ao menos não no sentido que os positivistas dão à discricionariedade), pois as argumentações e decisões neste caso apelam para princípios jurídicos. Assim, indigna-se com teorias da decisão judicial que afirmam que em hipótese alguma juizes devem "criar direito". Isso não teria cabimento principalmente pela atividade de interpretação e pela necessidade de decidir os casos difíceis. Afirma que não há tensão entre originalidade judicial e história institucional pois os direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Assim estaria justificando a conciliação entre história e justiça na decisão dos casos difíceis que demandam aplicação de princípios jurídicos. Cf. DWORKIN, R. **Levando os direitos a serio**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-203.

¹⁵ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 47.

¹⁶ *Ibid.*, p. 52.

Para saber se um enunciado expressa uma norma, tem que ser analisados basicamente dois fatores. Um deles é a verificação de uma reprodução adequada da estrutura da linguagem do Direito, ao que ALEXY atribui, dentre os enunciados normativos, maior utilidade aos enunciados deônticos (formulados com ajuda das modalidades deônticas básicas de mandamento, proibição e permissão). O outro fator é o contexto do enunciado normativo, formado pelos enunciados a ele conexos e pelo uso que dele se faz, como as circunstâncias e regras de utilização. A identificação da norma passará, então, também por critérios pragmáticos, mas ainda assim será uma entidade semântica - conteúdo de significado que inclui uma modalidade deôntica¹⁷.

Ainda que o enunciado normativo não expresse diretamente um dos enunciados deônticos básicos, ele pode ser transformado, já que nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico.¹⁸

Especificamente tratando dos direitos fundamentais, ALEXY identifica terminologicamente o *enunciado normativo* como sendo *disposição de direito fundamental* e a *norma* como *norma de direito fundamental*¹⁹.

Para diferenciar as normas de direito fundamental de outras normas jurídicas constitucionais, opta por um critério formal, qual seja, o da positivação. Diante disso, tem que serão normas de direito fundamental aquelas direta ou indiretamente estatuídas por disposições de direito fundamental, sendo que estas últimas são os enunciados normativos intitulados como direitos fundamentais no texto da Lei Fundamental (independente do conteúdo ou estrutura).²⁰

As normas de direito fundamental diretamente estatuídas são interpretações de disposições de direitos fundamentais do catálogo da Constituição ou de disposições satélites a elas correspondentes²¹. Em geral, as disposições de direito fundamental são imprecisas levando à formulação de uma norma com maior determinação quando necessário para se decidir um caso concreto Tem-se aí uma norma adscrita na norma diretamente estatuída pela disposição de direito

¹⁷ ALEXY, *Teoría de los ...*, p. 52.

¹⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹⁹ *Ibid.*, p. 63.

²⁰ *Ibid.*, p. 65.

²¹ *Id.*

fundamental. Neste caso é preciso haver relação de precisão²² (conexão da norma adscrita com a norma diretamente estatuída que deve ser aplicada ao caso concreto) e relação de fundamentação iusfundamental correta²³ (argumentação de validade levando-se em conta o texto da disposição de direito fundamental, os precedentes jurisprudenciais e os argumentos práticos gerais).*

O autor admite não ser o conceito semântico de norma igualmente adequado para todos os fins, ressalva, porém, que quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito, é mais adequado que qualquer outro conceito de norma.^{24 25}

²² ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 69.

²³ *Ibid.*, p. 71-73.

* No direito constitucional positivo brasileiro, a adoção do conceito semântico de ALEXY equivaleria a afirmar que são normas de direitos fundamentais aquelas que outorgam direitos que recebem este título expressamente na Constituição de 1988, ou seja, as normas interpretadas das disposições do catálogo do título II. Estas normas e outras que não sejam interpretação de disposições do catálogo, mas de disposições que estejam materialmente relacionadas a elas - disposições satélites -, seja por serem detalhamento de conteúdo ou especializações para determinadas áreas de atuação estatal, seriam as normas de direito fundamental diretamente estatuídas. Destas normas decorreriam outras cujo significado, ainda que não previstos especificamente em suas respectivas disposições de direito fundamental, são nelas argumentativamente fundamentados, e, da necessidade de solucionar casos concretos, são argumentativamente exigidos. Estas últimas seriam as normas de direito fundamental adscritas. Para melhor exemplificar, pode-se citar as normas construídas a partir dos enunciados a seguir como sendo normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;" (art. 5.º, inciso IX da Constituição). "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio." (art. 220, inciso II, § 5.º da Constituição). Supondo um caso em que uma faculdade qualquer, que tenha um repasse de verba do governo destinado à remuneração de estudantes que se dediquem à iniciação científica, adote como critério para concessão de bolsa a lucratividade com os resultados das pesquisas escolhidas. Certamente isso desviaria a atividade científica de grande parte dos candidatos, já que só conseguiriam obter recursos para o desenvolvimento de suas pesquisas se, *a priori*, lucro objetivassem. Alunos desta faculdade que quisessem realizar suas pesquisas sem fins lucrativos e que precisassem de recursos supostamente questionam que esse critério da faculdade fere seu direito de livre expressão intelectual e científica. A disposição do art. 5.º, inciso IX da Constituição - pelo conceito de ALEXY - não estatuiria uma norma de direito fundamental que diretamente solucionasse o caso, pelo que, dever-se-ia, para solucionar o caso, admitir uma norma de direito fundamental adscrita que poderia ser enunciada da seguinte maneira: "Todos aqueles que desenvolvam atividade intelectual e/ou científica tem o direito de fazê-lo sem influência determinante de interesses externos prejudiciais ao livre estabelecimento dos rumos da pesquisa." Assim, a faculdade estaria desrespeitando um direito fundamental consagrado em norma de direito fundamental adscrita (no caso adscrita ao enunciado da disposição do art. 5.º, inciso IX da Constituição).

²⁴ ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 57.

²⁵ CANOTILHO e VITAL MOREIRA criticam uma formulação de conceito deôntico de norma em sentido restrito, ou seja, aquele conceito que só identifique norma quando o texto é formulado com estrutura deôntica. Afirmam: "no âmbito constitucional, o conceito de norma não se limita a designar o significado de um enunciado semântico que se configure como enunciado deôntico (enunciados que exprimem um dever de ação ou omissão ou uma permissão de fazer ou omitir). Normas são também o significado de disposições desprovidas de enunciado deôntico, como as de

2.3.2 Proposta de MÜLLER

MÜLLER propõe que as normas jurídicas são o resultado da união, diante de um processo interpretativo de construção a partir do texto, entre programa e área da norma. Explica o autor:

O texto da norma é interpretado com todos os recursos hermenêuticos, com todos os *dados de linguagem*. Quer dizer: em termos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos; mas também com procedimentos modernos de interpretação da constituição, como por exemplo, "interpretação conforme a constituição", "correção funcional", "proporcionalidade", "concordância prática", "conexão entre direitos fundamentais e competências". O resultado dessa interpretação é chamado aqui de *programa da norma*. Com ele se elabora a primeira parte integrante da norma. Mas ao mesmo tempo os dados materiais (v.g. econômicos, políticos, sociais, técnicos) do caso, os *dados reais*, são, como sempre, coletados e formulados pelo juiz enquanto "área material" do direito fundamental. À medida que esses fatos são (a) *relevantes* para a questão de direito em epígrafe e (b) *compatíveis* com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a *área da norma*. Ela contém, por conseguinte, os fatos, que podem embasar legitimamente a decisão. Assim a *norma jurídica* acabada, construída pelo juiz - ou por outro jurista, que tomar a decisão - consiste do programa da norma e da área da norma. [grifos do tradutor]²⁶

BORNHOLDT explicita um importante aspecto do conceito normativo para a metódica estruturante de MÜLLER, qual seja, de que só se tem norma de direito diante de um caso concreto.²⁷

A maior diferença entre as duas posições está na vinculação (MÜLLER) ou dissociação (ALEXY) da teoria da norma e da teoria da aplicação. No conceito normativo de ALEXY há como elementos o texto, que ele chamou de disposição de direito fundamental, e o programa normativo, que ele chamou de norma de direito fundamental. Não há o terceiro elemento proposto por MÜLLER, que é o âmbito normativo.

caracterização ou qualificação. (...) Normas são ainda as normas-fim e as normas-tarefa." (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 48)

²⁶ MÜLLER, F. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*. Tradução de: Peter Naumann. CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XV, 1994, Foz do Iguaçu. **ANAIS ...**, São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 541.

²⁷ BORNHOLDT, R. M. **Colisão entre direitos fundamentais: metódica estruturante e ponderação**. Curitiba, 2001. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 7.

2.3.3 Proposta de ÁVILA

A terceira proposta de conceito normativo a ser relatada neste trabalho é a formulada por ÁVILA, que, em breves linhas, ensina:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico.

*Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.*

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. (...)

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. (...)

Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma - isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver outro. [grifos do autor]²⁸

Esse entendimento parte de uma complexa concepção da linguagem, que desvincula palavras e significados enquanto algo pré-dado, remetendo sua construção ao uso que deles se faz. Significado não seria algo incorporado às palavras, mas sim algo que dependeria precisamente de seu (da palavra) uso e interpretação. Isso seria comprovado pelas modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e pelas controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto.²⁹

Para ÁVILA não há que se falar em texto normativo como sendo ponto de partida determinante do intérprete³⁰, mas isso não significa que defenda que o intérprete seja livre para fazer as conexões entre normas e fins a que elas servem. Entende que as palavras não são vazias de significado antes da interpretação individual, já que seu uso ordinário lhes conformam traços de significados mínimos,

²⁸ ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

²⁹ *Ibid.*, p. 23.

³⁰ Adota um ponto de partida distinto, que é a realização dos fins, preservação de valores, manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização desses fins e preservação desses valores, tudo estabelecido no ordenamento jurídico. Estes pontos de partida são construídos pelo intérprete a partir dos dispositivos e reconstruídos com a manipulação da linguagem, limitada pela existência de "núcleos de sentidos" - que são significados incorporados ao uso lingüístico na comunidade do discurso (ÁVILA, 2003, p. 25)

ou seja, um conteúdo de significado preexistente (núcleos de sentido) a partir do qual o intérprete *reconstrói* significados.³¹

ÁVILA não está nesta questão contradizendo MÜLLER nem ALEXY, pois o que está criticando é a concepção de que a partir do texto o intérprete somente se prestaria a descrever o significado e chegaria à norma. Todos eles refutam uma estagnante função descritiva da interpretação em favor a um caráter constitutivo, construtivo ou reconstrutivo da interpretação.

2.3.4 Características gerais das normas de direitos fundamentais

Os argumentos analisados nos levam a considerar mais adequado um conceito de norma jurídica que privilegie um procedimento racional de construção de sentido que leve em consideração a criatividade do intérprete pautada na consideração de fatores reais e ideológicos pertinentes ao caso que se vai regular, limitado, porém, pelo uso lingüístico comunitário do texto normativo e, principalmente, por uma argumentação que permita claramente identificar a idéia regulativa de justiça em que deve pautar-se para decidir.

A norma jurídica é o produto da interpretação das disposições constitucionais (no sistema constitucional e não isoladas) problematizada (para solução de casos, ainda que imaginários), orientada pelo uso lingüístico do texto normativo, pelos dados pertinentes do problema e pelo objetivo de promoção de justiça.

A tomada de decisão num caso envolve desconcertantes e dinâmicos aspectos que não comportam uma valoração estanque e determinada *a priori*, motivo pelo qual idéias como certeza e verdade acabam sendo relativizadas. Isso se deve à constatação da falibilidade humana. A própria estrutura jurisdicional, com as possibilidades recursais e órgãos colegiados de decisão, espelha isso.

Forçoso é admitir que o substrato psicológico do intérprete seja também um dos fatores condicionantes da norma. Despindo-se de uma ilusão contrária, exsurge a compreensão de que podem existir tantas normas quanto forem os intérpretes, e

³¹ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 24-25.

que, portanto, devem existir padrões mínimos que sejam considerados e que permitam controlar a produção normativa, evitando-se, assim, subversões gritantes.*

Diante deste conceito de norma torna-se possível uma mutação constitucional (atualização de significado) sem necessidade de constantes revisionismos, além do desmascaramento de certas "interpretações" constatadas na prática jurídica que são claramente *contra legem*.

Pode-se ter a impressão de que o conceito de norma adotado ensejaria uma imprevisibilidade normativa, mas isso não é plausível, já que o texto ou dispositivo (que é tarefa do legislador), por mais impreciso³² que seja formulado, redundará em algum limite criativo para o intérprete (v. g.: "sim" não pode ser interpretado como "não"; "inviolável" não pode ser interpretado como "violável"; "trinta dias" não significa "mais de trinta dias"; etc.). Além disso, a justificação de uma norma deve ser no mínimo coerente, senão é facilmente refutável. Pretende-se no entanto que a justificação de uma norma seja mais que coerente; que seja fruto de um amplo exercício argumentativo que demonstre exaustivamente os elementos - fáticos e lingüísticos - levados em consideração na construção da norma.

2.4 ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para uma elaboração mais cuidadosa dos elementos mínimos exigidos na aplicação das normas de direitos fundamentais é preciso analisar as características específicas que fundamentam uma distinção estrutural entre elas. Ainda que sejam estas características específicas rotuladas de tipos, espécies, alcance ou estrutura das normas, inequívoco é que se está no campo das regras e princípios jurídicos.

Parece-nos que o pioneiro na distinção das normas constitucionais em espécies diferentes foi DWORKIN ao criticar o legalismo positivista de HART que só admitia regras jurídicas a vincular os juízes (o que significa dizer que se um caso

* Além da consideração dos dados lingüísticos e dos dados reais do caso, propõe-se algumas formas de argumentos de interpretação concretizadora como elementos mínimos que devem ser considerados para a construção da norma comprometida com o conteúdo da Constituição. As formas de argumento são infra analisadas em capítulo próprio.

³² BORNHODT considera (com esteio na teoria de MÜLLER) que não há conceitos indeterminados ou indeterminação de termos, já que toda e qualquer palavra precisa ser interpretada. Dessa forma, texto de norma algum oferece certeza nem precisão em si mesmos. Afirma que texto tem apenas determinabilidade que, para o Direito, se pauta em três parâmetros: cultura de

não estivesse coberto por uma regra jurídica reconhecidamente válida por um teste de reconhecimento, o juiz poderia decidir discricionariamente).³³

2.4.1 Proposta de DWORKIN

DWORKIN constata que, além das regras jurídicas, há outros padrões levados em consideração pelos juristas, tais como princípios e políticas, e que são menosprezados pelo positivismo jurídico. Denomina "... 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade"³⁴. O princípio é "... um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."³⁵

O que mais interessa na concepção do autor é a análise acerca da diferença entre regras e princípios. Afirma que:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em, nada contribui para a decisão.³⁶

(...)

A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Mas não é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.³⁷

argumentação transparente; procedimento próprio do Estado de Direito; e vinculação do juiz. Cf. BORNHOLDT, op. cit., p. 16.

³³ "A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria." (BARROSO, 2001, p. 44)

³⁴ DWORKIN, op. cit., p. 36.

³⁵ Id.

³⁶ Ibid., p. 39.

³⁷ Ibid., p. 40.

DWORKIN afirma que com os princípios não há pretensão de estabelecer as condições que tornem sua aplicação necessária, mas sim, ao contrário, enunciar uma razão que conduza o argumento de sua aplicação em uma certa direção que, de qualquer maneira, necessitará de uma decisão particular.³⁸ Ao se tomar em consideração princípios que nem mesmo se assemelhem a regras a distinção lógica entre eles fica mais clara, demonstrando ainda uma outra, a de que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância."³⁹ Assim, num conflito entre princípios, a solução vai levar em conta a força relativa de cada um, ainda que esta não seja uma mensuração exata e incontroversa. Já num conflito entre regras, uma delas não pode ser válida, sendo a solução dada por outras regras do sistema jurídico (hierarquia, especialidade, cronologia).

É importante relatar uma ressalva para não se fazer críticas infundadas à essas colocações de DWORKIN. Sobre o modo de interação de princípios e regras, afirma o autor que conflitos entre regras sem que uma seja declarada inválida (nos moldes que propôs para conflito entre princípios) podem existir, porém, "...ocorreriam em situações emergenciais, ocasiões que exigem uma decisão que altera o conjunto de padrões de uma maneira dramática."⁴⁰ Isso é devido ao entendimento de que uma regra e outra regra que expresse sua exceção não conflitam (caso que mais comumente gera confusão), mas sim, "em conjunto, as duas normas determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa."⁴¹ Isso leva à outra ressalva importante, que diz respeito à enunciação de todas as exceções de uma regra. Afirma o autor que não quis dizer que a enunciação de todas as exceções deve ser feita na própria regra, mas sim que pode também ser feita na forma de uma regra distinta. Independente do modo de formulação das exceções, se não forem todas elas referidas, a regra será incompleta. Esta incompletude seria fruto do engano do legislador ou da mudança do direito, ensejando a correção ou atualização das regras. Com os princípios não se passaria assim, já que as características de um

³⁸ DWORKIN, op. cit., p. 41.

³⁹ Ibid., p. 42.

⁴⁰ Ibid., p. 116.

⁴¹ Ibid., p. 117.

caso poderiam invocar outros princípios recentemente reconhecidos ou uma mudança na consideração da importância do princípio.⁴²

DWORKIN admite que não é fácil, pela forma de um padrão, distinguir se é uma regra ou um princípio e coloca que vai depender do conceito de princípio que se adota (como norma, ou como padrão extralegal ao arbítrio do juiz - como entende ser a posição da doutrina positivista). Esta escolha teórica vai trazer enormes conseqüências para a identificação de uma obrigação legal e, portanto, para a conceituação também de regra jurídica. Quem entender que regras jurídicas diferem de regras sociais devido somente a uma expressa institucionalização por um órgão estatal competente, dificilmente admitirá existência de princípios jurídicos, já que estes não são identificáveis por um "teste de *pedigree*"⁴³.

A distinção entre regras e princípios proposta por DWORKIN leva mais em consideração a forma e a função diversa destes padrões, mas nem por isso deve ser considerada uma individuação absoluta entre eles; não se pode ignorar a interação destes padrões. A idéia do autor é que não há no direito um conjunto fixo de padrões e que, portanto, as argumentações sobre direitos e deveres jurídicos podem e devem levar em consideração proposições com força e forma distinta de regras e ainda assim não ser pautadas em discricionariedade, já que estas outras proposições têm *status* jurídico. São, então, os princípios, normas jurídicas que garantem um direito de um indivíduo ou de um grupo e, portanto, justificam uma decisão política que o argumente.

Subentende-se das colocações de DWORKIN que a aceitação dos princípios jurídicos é um imperativo do Estado Democrático de Direito, já que, assim, as decisões sobre casos que não sejam diretamente resolvidos por regras jurídicas são, em qualquer caso, decisões sobre direitos, e, por isso, oportunizam controle e responsabilização do Poder Público.

⁴² DWORKIN, op. cit., p. 120.

⁴³ "A origem destes princípios [que aparecem nas decisões de casos difíceis] enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo [eis o caráter histórico e cultural dos princípios]. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado [daí o autor argumentar que não se fala em validade de princípio, já que sua aceitação confunde-se com sua validade]." (DWORKIN, 2002, p. 64.)

2.4.2 Proposta de ALEXY

Uma releitura das considerações de DWORKIN é oferecida por ALEXY, um dos autores mais citados nas obras que investigam o fenômeno da colisão de direitos fundamentais. O que diferencia a distinção entre regras e princípios formulada pelos dois autores é, nos dizeres de ALEXY, sua caracterização dos princípios como mandados de otimização, já que DWORKIN não trata deste aspecto nos mesmos moldes.⁴⁴

Classificando a distinção de qualitativa, ALEXY dá especial relevância para a forma como se soluciona um conflito entre regras ou entre princípios. Para tanto conceitua as normas, que por sua estrutura, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, como princípios. Portanto, princípios são mandados* de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que, a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas.⁴⁵ Desta forma a colisão entre princípios é solucionada com a precedência de um sobre o outro sem declaração de invalidade deste que foi afastado na decisão do caso concreto.⁴⁶ Nesta linha, bem sintetizou STEINMETZ:

... uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validez. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao se proceder dessa forma, no caso concreto, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico.⁴⁷

As normas, que por sua estrutura, só podem ser cumpridas ou não, ou seja, sendo válida é uma determinação para que se faça exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos, são conceituadas por ALEXY como regras.⁴⁸ Uma colisão entre normas deste tipo é solucionada com a introdução de uma cláusula de

⁴⁴ ALEXY, *Teoria de los ...*, nota de rodapé 27 na p. 87.

* Na tradução da obra alemã para o espanhol usou-se o termo "mandato" que, em português é melhor referido por mandado ou por mandamento, ainda que vários autores usem o termo mandato, talvez pela confusão na tradução de uma língua para outra.

⁴⁵ ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 86.

⁴⁶ Ibid., p. 89.

⁴⁷ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 126.

exceção que elimine o conflito, ou, quando não possível, com a declaração de invalidade de uma das regras por outras regras do tipo "lei posterior derroga lei anterior" e "lei especial derroga lei geral".⁴⁹ Estas considerações levam o autor à conclusão de que o mais adequado para a dogmática jurídico-constitucional geral dos direitos fundamentais é o entendimento de que estes (direitos fundamentais) têm um caráter principiológico e, portanto as colisões de direitos fundamentais devem ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações seriam dois lados do mesmo objeto, sendo um do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico.⁵⁰ Adepto desta concepção, afirma STEINMETZ:

Que os direitos fundamentais têm natureza principal, [isto] decorre da sua dimensão objetiva. Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer "direito fundamental de igualdade" quanto "princípio de igualdade". A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que direitos fundamentais são mandatos [sic] de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos [sic] de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.

Por fim a natureza principal dos direitos fundamentais torna possível a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação.⁵¹

Esta vinculação entre direito fundamental e princípio como sendo sinônimos, em que pese facilitar didaticamente o estudo, simplifica demais a estrutura das normas de direitos fundamentais. Primeiro porque tanto regras quanto princípios são normas e não direitos^{*}; segundo porque as normas de direito fundamental podem apresentar estrutura tanto de regras quanto de princípios (ainda que o mais comum, devido à ligação mais próxima com fins do que com condutas de seus conteúdos materiais, seja apresentarem-se como princípios).

⁴⁸ ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 87.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁰ ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, 217, jul./set. 1999, p. 75.

⁵¹ STEINMETZ, *op. cit.*, p. 136.

* Muito embora não se pretenda adentrar a discussão sobre as diferenças ou coincidências entre normas e direitos, achou-se por bem apenas noticiar um entendimento possível de dissociação destes dois planos.

2.4.3 Proposta de ÁVILA

Os critérios propostos por DWORKIN e ALEXY são criticados por HUMBERTO ÁVILA. Afirma, este último, que os casos de aplicação analógica de regras (quando a mera semelhança do caso com a hipótese normativa da regra justifica sua aplicação) e de cancelamento da razão justificadora da regra (quando, por razões consideradas pelo aplicador como superiores, diante do caso, ainda que sejam satisfeitas as condições de aplicabilidade, a regra não é aplicada) não permitem sustentar que regras são normas de aplicação certa quando suas premissas são preenchidas. Quanto aos princípios serem aplicados de forma gradual, afirma que, em virtude da ausência da descrição da conduta devida, é o estado de coisas a ser realizado ou preservado - que é conteúdo do princípio - que vai ser atingido de forma mais ou menos aproximada com o comportamento adotado para sua promoção. Daí o princípio é ou não aplicado.⁵²

Ressalta ainda que o modo de solução de conflitos não é atributo exclusivo de uma norma, já que ponderação pode dizer respeito tanto aos princípios quanto às regras "na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto".⁵³ Neste sentido seria errado afirmar que princípios *possuem* uma dimensão de peso já que esta não estaria *incorporada* num tipo de norma. Assim, "... às razões e aos fins aos quais eles [princípios] fazem referência é que deve ser *atribuída* [grifo do autor] uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto."⁵⁴

Pelos motivos sinteticamente expostos, ÁVILA formula que todas as normas devem ser aplicadas de modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Conclui que, em última instância, o critério de distinção entre ambas as normas é o grau de determinação do fim (medida de ligação direta ou indireta dos efeitos do comportamento adotado com os fins prescritos pela norma) e da conduta

⁵² ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 42.

⁵³ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 51.

(previsão mais ou menos abstrata) interpretados do dispositivo. Com base nisso faz as seguintes definições:

... pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas mediadamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.⁵⁵

Ressalva o autor que este critério distintivo perde um pouco de importância quando se constata a interação das normas para sua aplicação, quer dizer, que a aplicação das regras depende, por um lado, de sua interpretação conjunta com os princípios que lhes digam respeito, assim como a aplicação dos princípios depende, em geral, de complementação de regras.⁵⁶

Explicita ainda ÁVILA, após distinguir as duas espécies de normas, a caracterização de outros elementos normativos ligados à interpretação e aplicação das normas, dentre os quais destaca-se os que chamou de postulados normativos*. Conceitua-os como "instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo."⁵⁷

A distinção proposta pelo autor visa superar um enfoque baseado em alternativas exclusivas de espécies normativas a fim de favorecer um caráter pluridimensional dos enunciados normativos.⁵⁸ Neste sentido:

... os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* [grifo do autor] para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. (...) Um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a construção de regras e de princípios, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas, pois um mesmo dispositivo não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser um princípio e uma regra.⁵⁹

⁵⁵ ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 167.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 162.

* Sobre os postulados melhor se explicitará em capítulo infra, dedicado ao exame de proporcionalidade.

⁵⁷ ÁVILA, **Teoria dos ...**, p. 63.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 62.

Este aspecto da construção teórica do autor tem a qualidade de contornar um possível engessamento da interpretação constitucional na medida em que possibilita ao intérprete não ficar amarrado por textos extremamente mal elaborados ou à falta deles.

Didaticamente, ÁVILA sintetiza três critérios de dissociação das normas, os quais considera os mais coerente. São eles: o modo de prescrição de comportamento; justificação que o tipo normativo exige; e o modo de contribuição para a decisão.

De acordo com o modo como prescrevem comportamentos, as regras são normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, ou seja, têm uma proximidade maior com a distinção da conduta que quer referir sem fazer referência imediata ao fim que a justifica. Estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante certa conduta a ser adotada⁶⁰. Quanto à justificação que exigem do aplicador, regras impõem uma avaliação de correspondência da construção conceitual dos fatos à construção conceitual da norma e à finalidade que lhe dá suporte.⁶¹ E quanto ao modo como contribuem para a decisão, as regras possuem pretensão terminativa, no sentido de aspirar gerar solução específica para o conflito entre razões de decisão. São preliminarmente decisivas e abarcantes.⁶²

Quanto aos princípios, de acordo com o modo como prescrevem comportamento, são normas imediatamente finalísticas e mediatamente descritivas, ou seja, estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessário a adoção de determinados comportamentos.⁶³ Quanto à justificação que exigem, "a interpretação e aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto com o fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária."⁶⁴ Nestes casos há dependência mais intensa do exame de casos paradigmáticos. E quanto ao modo como os princípios contribuem para a decisão, devido à sua pretensão de complementaridade, ou seja, da pretensão de contribuição conjunta com outras razões e, portanto, de não gerar soluções

⁵⁹ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 61-62.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁶¹ *Ibid.*, p. 65.

⁶² *Ibid.*, p. 68.

⁶³ *Ibid.*, p. 63.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 65.

específicas, têm eles maior interdependência com atos dos aplicadores do Direito para adquirir normatividade.⁶⁵

2.4.4 Características específicas das normas de direitos fundamentais

Em cotejo ao caráter pluridimensional dos enunciados normativos pode-se afirmar que as normas de direito fundamental, ao dispor um direito fundamental prevendo imediatamente um comportamento, serão consideradas regras; de outro passo, prevendo imediatamente um fim, serão consideradas princípios. Vai depender da construção normativa que o intérprete privilegiar a partir do texto normativo.

Estas concepções desautorizam tratar inadvertidamente normas de direitos fundamentais e princípios como sinônimos. Prudente é observar que se pode tratar normas de direitos fundamentais como princípios, mas não *exclusivamente* desta forma. O fato de grande parte da doutrina tratar as normas de direitos fundamentais como princípios revela antes a grande importância que lhes é atribuída, que um equívoco.

Em consonância à valorização crescente dos princípios, tem-se falado em "principlização" das normas constitucionais, ou em "caráter principiológico" das normas de direitos fundamentais. Não é à toa que qualquer estudo contemporâneo que diga respeito às normas de direitos fundamentais exige uma atenção especial aos princípios constitucionais*.

Em que pese o crescente destaque dado aos princípios por grande parte da doutrina e jurisprudência⁶⁶, ressalva-se que este destaque não deve servir a uma equivocada atribuição de supremacia hierárquica normativa aos princípios em relação às regras. Em seu sentido técnico, hierarquia normativa refere-se à situação

⁶⁵ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 69.

* Optou-se por tratar os princípios constitucionais em função de sua estrutura e não por sua importância decorrente dos valores que protege. No entanto, isso não contradiz uma aceitação do rótulo "principlial" para normas de direito fundamental, já que parece haver uma preferência doutrinária e jurisprudencial de se interpretar as disposições de direitos fundamentais privilegiando a construção normativa de princípios.

⁶⁶ O crescente entusiasmo doutrinário e jurisprudencial pelos princípios constitucionais pode trazer armadilhas para a prática jurídica, tal como, bem anotado por GRAU, é exemplo a banalização do paradigma dos princípios, em que tudo passa a ser "principlializado" gerando imprecisão absoluta das pautas normativas. Cf. GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

específica de uma norma retirar seu fundamento de validade de uma outra norma hierarquicamente superior, motivo pelo qual não se pode conceber uma tal hierarquia entre estas normas constitucionais.⁶⁷ Sendo assim, não há que se falar em princípios hierarquicamente superiores às regras ou a outros princípios constitucionais.

Um outro motivo ainda mais relevante para defender a inexistência de hierarquia entre normas de direitos fundamentais é o entendimento de que o contrário equivaleria a admitir a existência de direitos fundamentais absolutos no sistema constitucional, já que uma norma de direito fundamental hierarquicamente superior às demais não poderia por estas ser limitada. Ora, sendo a Constituição um sistema de normas, ou seja, um conjunto de normas que se inter-relacionam e se auto-limitam, seria incongruente admitir normas que outorguem direitos absolutos, significa dizer, normas absolutas. Os direitos fundamentais se limitam mutuamente nessa convivência unitária no bojo constitucional, independentemente da estrutura das normas que os expressam.

Por mais que se admita terem os princípios, em caráter axiológico, maior importância que as regras, não se pode admitir que existam princípios absolutos, seja em relação às regras ou a outros princípios. Neste sentido ensina ALEXY que é fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Isso porque, podendo os princípios referirem-se tanto a bens coletivos quanto a direitos individuais, se um princípio que se refere a bens coletivos for considerado absoluto, as normas de direito fundamental não poderiam fixar-lhe nenhum limite jurídico. Então, onde houver princípio absoluto, não poderia haver direitos fundamentais⁶⁸. Se um princípio que se

⁶⁷ BARROSO já afirmou inexistir hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra, porque em Direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra que lhe é superior. No entanto, admite o destaque de algumas normas, quer pela expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. Por isso, dever-se-ia reconhecer tão só uma hierarquia axiológica, resultante de uma ordenação dos valores constitucionais sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, regra e princípio, ou dois princípios. Cf. BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 187.

⁶⁸ Diz o autor que pode haver a impressão de que a Constituição alemã estabeleça o princípio da dignidade da pessoa como absoluto, mas não passa de impressão. O que ocorre na verdade é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em parte como regra e em parte como princípio, e neste último caso existe um enorme grupo de condições diante das quais o princípio da dignidade da pessoa, com alto grau de certeza, precede a todos os demais. Isso significa que quase

refere a direitos individuais for considerado absoluto, sua falta de limitação jurídica conduziria à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio teriam que ceder frente ao direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, de acordo com este entendimento, princípios absolutos não são conciliáveis com direitos individuais nem com direitos relacionados a bens coletivos.⁶⁹

Pelo exposto, deve-se considerar o sistema constitucional como um conjunto de normas diversas e de outros elementos a elas interligadas que relacionam-se à sua interpretação e aplicação. Especificamente, em se tratando das normas de direitos fundamentais, propõe-se um modelo combinado de regras e princípios, que seja coerentemente fundamentado e orientado à conformação de uma práxis jurídica séria e comprometida com a concretização da Constituição.

2.5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.5.1 Formas de argumentos⁷⁰ da interpretação tradicional

É preciso relatar sinteticamente as formas de argumentos tradicionais de interpretação, já que, como visto, eles podem auxiliar na construção do programa normativo cunhado pela teoria metódica estruturante de MÜLLER.⁷¹

Dentre as principais está a *gramatical* (também chamada de filológica, literal ou semântica), através da qual se atribui o sentido básico ou literal ao texto constitucional, que servirá como uma primeira orientação à interpretação. Outra forma de argumento de interpretação tradicional é a *histórica*, pela qual "busca-se o sentido da disposição constitucional, investigando-se os precedentes normativos, os

não existem razões constitucionais para que tal princípio seja precedido por outro, mas não que haja um impedimento legal de que isso venha a ocorrer. Cf. ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 109.

⁶⁹ ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 106.

⁷⁰ Essas formas de argumentos têm recebido diversos rótulos na doutrina, tais como, cânones, princípios, regras, critérios, elementos, postulados ou esquemas de argumentos. O papel destas formas de argumentos de interpretação pode ser tido como de orientar, justificar, coordenar e valorar o raciocínio desenvolvido para a solução do problema, e não de, mediata ou imediatamente, prescrever o conteúdo de determinadas condutas. Tendo isso em mente, mais o exposto sobre a estrutura normativa de regras e princípios, optou-se por adotar a terminologia de formas de argumentos. A propósito deste termo ver STUMM, op. cit., p. 56.

⁷¹ "... embora insuficientes, esses métodos [tradicionais de interpretação] são necessários na interpretação das disposições constitucionais; de sua aplicação resulta o programa normativo, parte integrante da norma de decisão." (STEINMETZ, 2001, p. 93)

trabalhos preparatórios e a *occasio legis*⁷², ou seja, a circunstância histórica que gerou o nascimento da lei. Através da forma de argumento de interpretação tradicional *teleológica* procura-se determinar a finalidade da norma. E uma outra forma de argumentação de interpretação tradicional é a *sistemática*, "segundo a qual nenhuma disposição ou preceito pode ser interpretado isoladamente ou fora de seu contexto normativo. A interpretação sistemática tem a unidade do sistema ou ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, como pressuposto e como finalidade. Vale dizer: parte da idéia de unidade e, ao mesmo tempo, tem de preservá-la, fortalecê-la."⁷³

Estas formas de argumento de interpretação tradicional são considerados insuficientes para a dogmática dos direitos fundamentais⁷⁴, de modo que, passou-se a buscar novos pontos de vista melhor condizentes com a especialidade e importância destes direitos. Neste campo passou-se a tratar de *concretização* das normas constitucionais para referir a interpretação peculiarmente complexa que envolve a proteção dos direitos fundamentais, especialmente nos casos de colisão.

2.5.2 Formas de argumentos da interpretação concretizadora

Um dos maiores idealizadores da concretização das normas constitucionais é HESSE, que cunhou no seio de sua teoria as formas de argumento de interpretação concretizadora mais reproduzidas na doutrina, chamadas de "princípios da interpretação constitucional".

HESSE ensina que pode-se entender a interpretação constitucional em um sentido amplo e em sentido restrito. A interpretação constitucional é, em seu sentido restrito, a determinação do conteúdo da Constituição quando existe dúvida sobre este. Quando o conteúdo das normas constitucionais for realizado sem questionamento de constitucionalidade, a atividade é de atualização e não de interpretação; e quando a determinação constitucional for unívoca, o procedimento é de interpretação se entendida esta em um sentido mais amplo. Por ter em conta uma

⁷² STEINMETZ, op. cit., p. 92.

⁷³ Ibid., p. 93.

⁷⁴ "... a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny."(BONAVIDES, 2001, p. 545)

interpretação constitucional em sentido restrito, ou seja, conexas a um problema, considera que a tarefa da interpretação é encontrar e fundamentar o resultado constitucionalmente "exato" em um procedimento racional e controlável e, assim, criar certeza jurídica e previsibilidade. Para que esta tarefa seja realizada, considera que prática judicial e doutrina devem deixar de recorrer a um positivismo inconseqüente ou a uma hierarquização de "valores" acrítica.⁷⁵

A interpretação constitucional vinculada à pré-compreensão do intérprete sobre o conteúdo da norma e ao caso a ser resolvido é, sinteticamente, concretização das normas constitucionais. Neste procedimento devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que fundamentem a decisão tão evidente e convincentemente quanto possível.⁷⁶ Os elementos de concretização são fornecidos pela norma constitucional a ser concretizada, tais como (inspirado em MÜLLER) os elementos do programa da norma (texto e elementos de interpretação tradicional aliado a precedentes de casos análogos e dogmática do Direito Constitucional) e do âmbito da norma (fatos da vida conexos ao caso), e pela Constituição. Os elementos de concretização que a Constituição contém dão diretrizes para emprego, coordenação e valorização dos elementos da norma na resolução do problema. São eles os "princípios" da interpretação constitucional.⁷⁷

Ressalta-se três dos "princípios da interpretação constitucional" cunhados por HESSE. Um deles, tido como mais importante, é o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual "a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada, todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas sejam evitadas."⁷⁸ Disto pode-se retirar fundamento tanto para inexistência de hierarquia normativa entre normas constitucionais, quanto

⁷⁵ HESSE, *Elementos de ...*, p. 53-55.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 62.

* Utiliza-se o termo princípio neste caso por estar consagrado na doutrina e jurisprudência e assim constar nas traduções das obras do autor para o idioma português, mas ressalva-se não estar ele em consonância com a estrutura das normas de princípios na forma como entendida para os fins deste trabalho.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁸ HESSE, *Elementos de ...*, p. 65.

para limitação ou restrição a direitos fundamentais e para a necessidade de harmonização de divergências entre disposições de direitos fundamentais⁷⁹.

O princípio da força normativa da Constituição, segundo HESSE, indica que deve-se dar preferência aos pontos de vista que proporcionam força de efeito ótimo às normas da Constituição.⁸⁰ Sua inobservância no âmbito dos direitos fundamentais gera conseqüências graves, como afirma STEINMETZ: "A perda da força normativa significaria fazer dos direitos fundamentais, como no passado, meras declarações políticas, sem força vinculante. Seria voltar ao tempo em que esses direitos estavam à livre disposição do legislador, apenas ganhando força jurídica quando objeto de lei."⁸¹

O princípio da concordância prática é a harmonização, otimização dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Ensina HESSE:

O desenvolvimento da atualidade na resolução de problemas jurídico-constitucionais torna necessária geralmente e em medida crescente *comparação de direito* que, com razão, foi qualificada de parte integrante indispensável da interpretação constitucional moderna. Em conexão estreita com isso está o *princípio da concordância prática*: bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em "ponderação de bens" precipitada ou até "ponderação de valor" abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. "Proporcionalidade" expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma "finalidade" constante e um "meio" variável ou vários.⁸²

HESSE afirma que concordância prática é uma coordenação proporcional dos bens jurídicos protegidos por normas constitucionais e, assim, o princípio da concordância prática serve de diretiva para procedimentos de solução de problemas constitucionais, sem, no entanto, indicar o que é proporcional em cada caso particular.⁸³

BORNHOLDT dá um conteúdo formal ao princípio da concordância prática, ao afirmar que "não possui ele um conteúdo próprio, dependendo, ademais, da

⁷⁹ Cf. STEINMETZ, op. cit., p. 94-95; STUMM, op. cit., p. 56-58.

⁸⁰ HESSE, *Elementos de ...*, p. 68.

⁸¹ STEINMETZ, op. cit., p. 96.

⁸² HESSE, *Elementos de ...*, p. 66-67.

⁸³ Id.

dogmática particular de cada direito fundamental colidente. Simplesmente, imporá ele que nenhum direito seja sacrificado, devendo ser ao máximo otimizado.⁸⁴ Concordância prática e proporcionalidade são aproximados na busca da solução de casos de colisão de direitos fundamentais, sendo, porém, aspectos distintos na interpretação e da aplicação das normas constitucionais, conforme melhor se explicitará em capítulo infra, ao se tratar do exame da proporcionalidade.

As diferentes formas de argumentos de interpretação das disposições de direitos fundamentais têm importância inquestionável na construção da norma. Esta atividade é um procedimento complexo para o qual não basta saber ler. As formas de argumento que influenciam o intérprete não só demonstram seu compromisso com o conteúdo da Constituição, como também permitem aferir a legitimidade de uma restrição ou limitação no âmbito de proteção de um direito fundamental⁸⁵.

2.6 CONCRETIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O já mencionado caráter aberto e sistemático do conjunto de normas constitucionais - entre as quais encontram-se as normas de direitos fundamentais -, aliado aos intuitos democráticos que permeiam a realidade social que se quer conformar, resultam na consagração de uma pluralidade de interesses e bens jurídicos. A positivação destes complexos quadros sociais acaba gerando certa tensão entre as normas consagradoras dos respectivos direitos. Tal tensão, decorrente nada mais do reconhecimento constitucional das diferenças e contradições humanas, reclama medidas harmonizantes que acabam por conformar ou restringir os direitos fundamentais⁸⁶.

⁸⁴ BORNHOLDT, op. cit., p. 146.

⁸⁵ Âmbito de proteção de um direito fundamental é o alcance material do âmbito da norma: são os "... bens ou realidades (vida, liberdade, religião, etc.) protegidos pela disposição normativa que prevê o direito fundamental."(FARIAS, 2000, p. 68) "Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu 'âmbito da norma', isto é, daquela parte da - muitas vezes já juridicamente moldada - 'realidade', que é o objeto da garantia, por exemplo, 'fé' ... , 'arte' ..., 'profissão' ... (HESSE, **Elementos de ...**, p. 251.)

⁸⁶ "A existência de uma certa *tensão dialética* entre alguns institutos, princípios e normas [regras] constitucionais, se é certo que exige adequados instrumentos hermenêuticos para a sua superação, não afecta a essencial *coerência, unidade e concordância* da Constituição.[grifos no original]" (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 44)

Conformação ou configuração⁸⁷ dos direitos fundamentais são detalhamentos ou regulamentações com mais precisão de seus âmbitos de proteção. Essas regulamentações são efetuadas mediante a elaboração de lei, de acordo com os ditames autorizativos previstos em dispositivos constitucionais. São intervenções do legislador para configuração do exercício de certos direitos fundamentais, especialmente observadas nos casos em que a capacidade de prognose do constituinte foi insuficiente a propiciar uma proteção a contento de determinado bem jurídico.*

A conformação de direitos fundamentais pode se dar quando a disposição de direito fundamental expressamente a prevê (v. g. art. 5.º, XXXII da Constituição: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"), ou quando a concretização da norma de direito fundamental assim exija (v. g. art. 5.º, XXII da Constituição: "é garantido o direito de propriedade") .

A unidade constitucional determina a existência de contornos na abrangência do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas não determina quais são precisamente estes contornos. Uma interpretação sistemática das disposições de direitos fundamentais pode traçar contornos mínimos para o âmbito de proteção destes direitos, mas é a interpretação concretizadora que vai precisar com a clareza possível a extensão da proteção da norma de direito fundamental. Esta conformação pode ser mais ou menos estabelecida na disposição do direito fundamental ou em disposições da ordem infra-constitucional. Se a norma de direito fundamental estabelecer barreiras ou empecilhos ao exercício do direito fundamental que modifiquem elementos do âmbito de proteção material da norma, limitando-o, passa-se do campo da simples conformação para o da restrição a direitos fundamentais.⁸⁸

⁸⁷ Configuração refere-se, geralmente, aos direitos fundamentais chamados de garantias institucionais, tais como o matrimônio, a propriedade e a herança. FARIAS, E. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência - Revista do Curso de Pós-graduação em direito da UFSC**, [s.l.], n. 41, dezembro 2000, p. 73.

* Muito embora não seja objeto específico deste trabalho, o exame de proporcionalidade no plano legislativo é um assunto bastante tratado na doutrina e jurisprudência como reforço na aferição de constitucionalidade de medidas infra-constitucionais que restringem direitos fundamentais. Nestes casos, defende-se que a atividade do legislador também deve estar vinculada à concretização do conteúdo da Constituição.

⁸⁸ "... a restrição é uma modificação normativa ou fatural, justificada na ou não-contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental. Tais elementos são: (a) os sujeitos dos direitos fundamentais (titular e destinatário); (b) o âmbito de proteção material, definido e delimitado com base no *objeto de proteção* (suposto de fato mais bem jurídico regulado) e os limites que tenha o direito fundamental; e (c) a justificação constitucional dos

"A restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse direito fundamental."⁸⁹ Este conceito pode dar a entender que restrição e conformação são duas medidas da coordenação dos direitos fundamentais para sua coexistência no sistema constitucional.

CANOTILHO esclarece que para se falar em restrição de direito fundamental é preciso antes conhecer o âmbito de proteção da norma constitucional consagradora do direito. Para tanto é preciso determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão desta proteção. Disso, que é pretensamente a determinação do âmbito de proteção da norma, parte-se para a verificação de limitações das possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora do direito fundamental. Assim, proibição de contrabando e prostituição não são, para o autor, verdadeiras restrições à liberdade de profissão já que atividades ilícitas não seriam abrangidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora deste direito. Também proibição de reunião com pessoas armadas não seria restrição à liberdade de reunião já que a natureza pacífica é elemento constitutivo deste direito fundamental.⁹⁰ Este entendimento não é unânime, pois há autores que entendem que nestes exemplos haveria não propriamente elementos configuradores do âmbito de proteção da norma, mas sim restrições imediatas ao exercício do direito fundamental. É o caso de EDILSOM FARIAS, que ao analisar a disposição do direito fundamental de livre manifestação do pensamento do art. 5.º, inciso IV da Constituição, explicita que:

A proibição do anonimato, na referida disposição de direito fundamental, constitui uma *restrição* [grifo do autor] porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade. Portanto, na aludida norma constitucional, pode-se vislumbrar duas coisas: (1) o direito fundamental em si (a liberdade de manifestação do pensamento) e (2) a sua restrição (proibição do anonimato).⁹¹

ALEXY distingue as duas posições chamando-as de teorias interna (não existe o direito e a sua restrição, mas sim o direito com um certo conteúdo) e externa (existe o direito e existe a restrição a ele quando uma necessidade externa ao

limites, que se funda, primeiro, na autorização de restrição (reserva de lei), portanto, no aspecto formal, e, segundo, nos limites materiais (princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial do direito fundamental)." (STEINMETZ, 2001, p. 28)

⁸⁹ FARIAS, op. cit., p. 67.

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 602-603.

⁹¹ FARIAS, op. cit., p. 69.

direito, de compatibilizar direitos de diferentes indivíduos ou direitos individuais e bens coletivos, assim exige).⁹²

A determinação do âmbito de proteção do direito fundamental vai depender do conceito de norma que se adotar e, em qualquer caso, vai exigir constante e renovado esforço e comprometimento do intérprete.⁹³

O conceito de limite que se adote perde parte de sua importância para a prática jurídica quando se estabelece o caráter constitutivo da interpretação constitucional, já que é através dela, permeada por formas de argumento coerentes e comprometidas com a concretização do conteúdo da Constituição, que se vai delimitar o exercício de direitos fundamentais e garantir sua adequada proteção normativa. Isso não significa - de forma alguma - que as disposições constitucionais ou que as formas de argumentos de interpretação concretizadora são auto-suficientes para resolver satisfatoriamente todo e qualquer caso. Lembre-se que a organização jurídica das condições de vida em sociedade é "tarefa da legislação" que se desenvolve na medida da constatação da necessidade de possibilitar aos cidadãos desenvolvimento e utilização de certas garantias e na medida do comprometimento político em concretizar estas garantias. Constituição está em estreita conexão com as demais partes da ordem jurídica, sendo indissociável sua concretização de comprometidas decisões políticas de execução, regulamentação pormenorizada e aplicação de seus preceitos. O que se está afirmando é tão somente que, pelo fato de cada direito fundamental ter um alcance material e que este vai ser determinado tendo-se em consideração a interpretação dos dispositivos que o prevêm e a consideração dos dados reais considerados pertinentes na análise de um caso, tanto mais relevante é a aferição do comprometimento do intérprete com a concretização da Constituição do que a determinação de que se está diante de uma conformação ou de uma restrição. O resultado final de uma medida conformadora ou de uma medida restritiva terá que ser qualitativamente o

⁹² ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 268-269.

⁹³ "Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito." (MENDES, 2000, p. 212)

mesmo se houve comprometimento do intérprete, qual seja, a vinculação aos ditames constitucionais.⁹⁴

Independente de se considerar os contornos do âmbito de proteção de um direito fundamental como conformação ou como restrição, importa que, devido às dificuldades interpretativas peculiares aos dados lingüísticos que os enunciam, bem como à complexidade dos fatos da vida que se quer regular, impõe-se formular alguns limites para a possibilidade de limitação de direitos pelo intérprete - especialmente o juiz -, para além dos limites traçados em capítulo anterior para as possibilidades de construção normativa. Neste campo há que se tratar do núcleo essencial do direito fundamental e do postulado da proporcionalidade.

2.7 LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E NÚCLEO ESSENCIAL

Em linhas bem sintéticas pode-se dizer que o núcleo essencial de um direito fundamental é a parcela mínima de sua identidade, aquilo que, uma vez violado, desnatura-o.⁹⁵ É uma barreira para limitação de direitos fundamentais já que desautoriza medidas que impeçam o desenvolvimento destes direitos com eficácia para a coletividade. O núcleo essencial de um direito fundamental começa onde as possibilidades de limitação constitucionalmente autorizadas terminam.⁹⁶ Tais

⁹⁴ Este resultado final pode ser considerado a realização do que HESSE propôs ser a tarefa das limitações de direitos fundamentais. As limitações se prestariam, segundo o autor, a coordenar mutuamente as condições de vida essenciais para a coletividade e, por isso, protegidas juridicamente. Essa coordenação dos direitos é efetuada em parte por disposições da Constituição e em parte confiada ao legislador, sem, com isso, deixar de se tratar de produção e conservação de uma conexão de ordem na qual os bens jurídicos fundamentais ganham realidade. Na medida em que as determinações dos alcances materiais de diferentes direitos se cruzam ou colidem, limitação de direitos fundamentais é produção de concordância prática, ou seja, interpretação para coordenação proporcional dos direitos fundamentais e medidas limitadoras sem privação desnecessária de eficácia de uma garantia jurídico-fundamental. Cf. HESSE, *Elementos de ...*, p. 255-256.

⁹⁵ O duplo caráter dos direitos fundamentais - direitos subjetivos e direitos objetivos - deu margem à formulação de uma teoria objetiva e uma subjetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo a primeira uma proteção da garantia geral e abstrata prevista na norma de direito fundamental, e a segunda uma proteção do direito de um particular. Ambas devem ser consideradas em conjunto, pois a proteção de um direito fundamental não pode abdicar de nenhuma destas dimensões. Cf. CANOTILHO, *Direito ...*, p. 619; FARIAS, *op. cit.*, p. 75; GILMAR, *op. cit.*, p. 241-246.

⁹⁶ HESSE, *Elementos de ...*, p. 267.

características não escondem a grande dificuldade de se determinar qual é precisamente o núcleo essencial de um direito fundamental.⁹⁷

A expressão núcleo essencial (ou também chamado conteúdo essencial) já demonstra a infrutífera conseqüência de sua utilização prática para proteção de um direito fundamental contra limitações excessivas. Primeiro porque estar-se-ia protegendo o mínimo e não o máximo, e, então, contrariando a otimização das normas de direitos fundamentais buscada na concretização da Constituição. Segundo porque a construção racional de uma norma de direito fundamental, por mais detalhada e pretensamente aprofundada que fosse, não chegaria à compreensão da essência de um direito fundamental devido à própria limitação dos dados lingüísticos para tanto, podendo-se, talvez, chegar a uma descrição do que o intérprete crê ser a essência do direito fundamental - o que é diferente da essência mesma. Parece-nos que recorrer a uma proteção do núcleo essencial de um direito fundamental não passaria de uma forma de argumento vazia de sentido.

As dificuldades que envolvem o recurso a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental revelam mais desvantagens que vantagens para a práxis jurídica. Ademais, uma qualquer medida limitativa de direitos fundamentais que tornasse patente a violação do núcleo essencial de um direito fundamental independente da concepção deste que se tenha, haveria de configurar-se de tal maneira absurda ou grotesca que poderia ser eliminada com recurso de outra forma de argumento constitucional muito mais eficazmente.

Sem mais ressalvas, passa-se então a tratar do postulado da proporcionalidade.

⁹⁷ Para tentar resolver esta questão há duas teorias, uma dita absoluta e outra dita relativa. Os adeptos da teoria absoluta do núcleo essencial de um direito fundamental consideram que este é um mínimo de valor inatacável, determinável em abstrato, portanto, independente de uma situação concreta, e constitui uma proibição absoluta de limitação. Nada se diz sobre como demonstrar qual é esse mínimo inatacável. Já os adeptos da teoria relativa consideram que o núcleo de um direito fundamental é aferível em cada caso mediante a ponderação entre meio e fim, e não algo preestabelecido. Confunde núcleo essencial com o resultado da própria medida limitadora. Ambas teorias levam a resultados práticos semelhantes e insatisfatórios. A propósito ver FARIAS, op. cit., p. 76-77.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - EXAME DE PROPORCIONALIDADE

3.1 CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os argumentos expostos até aqui demonstram que a regulação jurídica de sociedades democráticas complexas, como as contemporâneas, reclamam mecanismos de acomodação dos múltiplos interesses e bens jurídicos contemplados com proteção constitucional, a fim de se preservar a unidade política da comunidade sem excluir as diferenças e os conflitos à esse modo de vida inerentes.

A previsão normativa de direitos fundamentais respeitantes das diferenças e ao mesmo tempo fomentadores de equidade é um requisito de caráter democrático da força normativa da Constituição, ao mesmo tempo que esta é também requisito para efetivação destes mesmos direitos fundamentais. Sendo assim, o exercício dos direitos fundamentais garantidos por normas constitucionais deve ser conformado de tal maneira que não impeça o desenvolvimento histórico da comunidade, ao mesmo tempo que promova este desenvolvimento nos contornos da pacificação social.

A vida em coletividade coloca os direitos fundamentais em inter-relação. Ainda que se promova uma coordenação dos diferentes direitos fundamentais com sua organização jurídica, não se exclui a ocorrência de casos em que se verifica um entrecruzamento conflitual de seus âmbitos de proteção.⁹⁸

A concretização das normas de direitos fundamentais que revela uma acomodação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais não se confunde com uma colisão de direitos fundamentais, que é um entrecruzamento conflitual entre eles. No primeiro caso há uma aparência de conflito que demanda, para resolução, interpretação da norma e sua aplicação sem gerar margem para maiores dúvidas acerca da decisão final. Há casos, porém, que apresentam elementos semânticos e/ou pragmáticos mais complexos, que geram mais dúvidas e que dificultam a decisão. Dentre estes casos difíceis, que ocorrem mais frequentemente com princípios constitucionais porque estes não determinam com precisão a conduta

⁹⁸ "... os direitos [fundamentais] colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões.[grifos do autor]" (STEINMETZ, 2001, p. 63)

necessária à consecução dos fins que consagram, estão os casos de colisões de princípios ou colisão de direitos fundamentais. A terminologia utilizada reflete o conceito de norma de direito fundamental adotada. Neste sentido afirma HECK:

Os critérios de solução empregados na colisão de direitos fundamentais estão vinculados à concepção das normas de direitos fundamentais. Se se parte da concepção de que elas são regras, então os critérios de solução que se oferecem são aqueles contidos no modelo de regras, empregados para resolver o conflito de regras [introdução de uma cláusula de exceção ou declaração de invalidade]. Se, ao contrário, se parte da concepção de que as normas de direitos fundamentais são princípios, então o critério de solução disponível é aquele compreendido no modelo dos princípios, utilizado para a solução da colisão de princípios [ponderação].⁹⁹

Conforme já mencionado, adota-se neste trabalho um modelo de normas de direitos fundamentais que combina regras e princípios, mas isso não nega o caráter principal das normas de direitos fundamentais na medida que se entenda que a *maioria* das disposições de direitos fundamentais ensejam construção, via interpretação, de princípios, e não que ensejam *exclusivamente* princípios. Havendo esta compreensão, não traz maiores prejuízos à coerência terminológica usar o termo colisão de princípios ou colisão de direitos fundamentais.

Neste ponto é imprescindível lembrar que se está tratando de normas jurídicas e não de valores. Uma larga utilização do termo colisão de princípios impõe a clareza na distinção entre princípio e valor se se pretende trabalhar no plano normativo. Uma confusão, ainda que por distração, pode por a perder todo o esforço de fundamentação normativa do exame da proporcionalidade. Este medo justifica lembrar uma preciosa lição de ÁVILA:

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de *gosto (matter os taste)* [grifos do autor]. Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam supérfluo. (...) [Disso] não decorrem nem a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional destes.

(...) De um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação. Nessa hipótese privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico. Mais do que isso, pouco.

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação

⁹⁹ HECK, L. A. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 781, p. 71-78, nov. 2000, p. 76.

que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados, quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores.¹⁰⁰

É preciso ter em mente sempre que ao se falar em colisão de princípios está-se falando em colisão de normas de direitos fundamentais de determinada característica estrutural. Trata-se de casos em que a concretização de princípios constitucionais conduz a resultados incompatíveis, de modo que a realização do âmbito de proteção de um direito fundamental numa situação particular impede a plena realização do âmbito de proteção de outro - há mútua afetação negativa.

Como não há procedimentos constitucionalmente pré-determinados para decisão de casos de colisão de direitos fundamentais¹⁰¹ e os procedimentos que envolvam critérios de validade são incompatíveis com aplicação de princípios, demanda-se, para a decisão, uma ponderação¹⁰² entre os elementos do caso que vai estabelecer criteriosamente a prevalência condicionada de um dos princípios consagradores dos direitos fundamentais relacionados.

¹⁰⁰ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 55-56.

¹⁰¹ "... inexistente no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual deve ser desprezado. (...) O momento de atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele - desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir - pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição aos mais singelos atos normativos, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato - as circunstâncias peculiares do problema considerado - e jurídicas - lingüísticas, sistêmicas e funcionais -, são então descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica." (GRAU, 2002, P. 43-44)

¹⁰² Ponderação é considerada o terceiro elemento componente do postulado da proporcionalidade por alguns autores. Neste sentido "... alinhando-se à posição majoritária na literatura especializada, considera-se que a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens." (STEINMETZ, 2001, p. 145) "O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão." (ALEXY, *Colisão de direitos ...*, 1999, p.77) Outros autores entendem que a idéia de ponderação deu ensejo ao exame de proporcionalidade, a partir do qual se elaborou o princípio da proporcionalidade em sentido amplo com a estrutura tripartite e ordenada. Sobre esta última consideração ver STUMM, *op. cit.*, p. 89. BORNHOLDT afirma que o *quid* de subjetivismo da decisão de precedência de um dos direitos ou princípios deve se manifestar nomeadamente no princípio da proporcionalidade em sentido estrito - ponderação -, decorrendo daí que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo - adequação e necessidade - serve como instrumental teórico de proibição de arbítrio no momento da ponderação. Cf. BORNHOLDT, *op. cit.*, p. 130-131.

... há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido). Em outras palavras, o conflito poderá se manifestar como colisão horizontal (indivíduo *versus* indivíduo; exemplo: liberdade de comunicação *versus* direitos gerais de personalidade) ou como colisão vertical (indivíduo/particular *versus* segurança pública). (...)

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa expressa, ou se da Constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Contudo, embora indispensável, a interpretação constitucional não é suficiente.

Por causa de marcante influência, primeiro, da jurisprudência e, depois, da doutrina constitucionais alemãs, a partir do final da década de 50, a ponderação de bens desenvolveu-se como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais.¹⁰³

A ponderação não substitui as exigências da interpretação constitucional, e sim, agrega-se a ela como um mecanismo racionalmente fundamentado de atribuição de prevalência a algum dos direitos fundamentais nas ocasiões em que uma harmonização de suas normas consagradoras não logrou otimizar os fins normativos estabelecidos (porque contrapostos num caso específico).

Tendo em vista a inexistência de hierarquia normativa entre as normas de direitos fundamentais, uma decisão de colisão de direitos fundamentais mediante ponderação não invalida a norma afastada, de modo que esta permanece íntegra no sistema constitucional podendo prevalecer ou ser afastada na decisão de tantos outros casos que reclamem sua aplicação e aplicação de outras de juízo de dever ser jurídico contraditório. A norma de direito fundamental que teve sua integral aplicação recusada por ensejo da ponderação do intérprete na decisão de um caso conserva intacta a possibilidade de aplicação futura.¹⁰⁴

Não se trata de um procedimento estabelecido *em tese* para atribuição de peso ou importância dos princípios constitucionais, e, sim, de um procedimento delimitado por considerações sobre dados *conexos a um caso particular* para menor afetação destes mesmos princípios. Não se pode olvidar que a norma de decisão de

¹⁰³ STEINMETZ, op. cit., p. 139-140.

¹⁰⁴ "... a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar o afastamento do outro princípio, que com aquele entre em testilhas, não importa que seja

uma colisão de direitos fundamentais real deve resultar de uma ponderação concreta, ou seja, de uma decisão de sobreposição de um princípio por decisão circunstancial e não pré-definida no ordenamento jurídico. Conjuga-se a isso o entendimento de que princípios não devem, diante de um caso, sobrepor-se a outros a partir de uma consideração exclusiva de valor, mas sim, a partir da consideração da real necessidade de afastamento de um deles quando esgotadas as possibilidades de otimização de ambos. A ressalva é válida mas não esconde a dificuldade prática que se observa devido à complexidade dos fatos do caso e à riqueza dos âmbitos materiais de proteção dos direitos fundamentais

Os casos difíceis põem à prova a insuficiência do método da subsunção entre fato e norma, além de demonstrar, claramente, a necessidade de se buscar mecanismos de decisão condizentes com o conteúdo da Constituição de um Estado Democrático de Direito. Neste campo das colisões de direitos fundamentais fortaleceu-se a idéia de exigência de ponderação entre princípios estabelecendo-se, nos casos a se decidir, pesos relativos que resultam na precedência de um em relação ao outro. Esta idéia merece temperamentos a fim de que não se advogue uma excessiva relativização dos direitos fundamentais. Não se pode esquecer que a atribuição de peso a um direito fundamental é papel do intérprete na decisão de um caso e ele deve estar comprometido com a concretização do conteúdo das normas de direito fundamental. No entanto, como não se trata de um procedimento com critérios pré-estabelecidos que conduzam à previsibilidade da decisão, justifica-se o esforço teórico de formulação de elementos mínimos que devam ser levados em conta para aferição do comprometimento do intérprete ou não.

É indispensável garantir a preservação dos direitos fundamentais com mecanismos político-constitucionais que possibilitem uma acomodação dos diversos interesses em jogo numa sociedade. Nesta dimensão aparece o exame da proporcionalidade como proposta de conciliação da dimensão valorativa com a dimensão racional do juízo decisivo de casos de colisão, ou seja, como uma explicação do fenômeno jurídico "... sem abdicar de sua dimensão valorativa, nem

este eliminado do sistema, até porque *em outro caso* [grifo do autor], e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer." (GRAU, 2002, p. 175)

cair no subjetivismo irracionalista que se costuma apontar como consequência do desrespeito à neutralidade axiológica."¹⁰⁵

Há que se ter em mente que constituinte nem legislador são oniscientes e capazes de prever todas as circunstâncias em que se deverá aplicar uma norma. Sendo assim, não há como negar a importância e mesmo necessidade de se ponderar direitos fundamentais. O que se critica é um recurso não controlado da ponderação que oportunize privação de direitos baseada em considerações exclusivas de valores do legitimado a decidir as colisões de direitos fundamentais. O exame da proporcionalidade responde à exigência de ponderação unindo possibilidade de controle e valoração. Não se afasta subjetivismo ao mesmo tempo que se conjuga racionalidade e compromisso democrático. Ainda que se alegue insegurança nos juízos de ponderação, afigura-se preferível alguma insegurança num procedimento democratizado que a certeza num contexto de dominação e absolutismo.

3.2 EXAME DE PROPORCIONALIDADE - NORMATIVIDADE

Controverte-se na doutrina acerca da estrutura normativa do exame da proporcionalidade. Há autores que o entendem como um princípio de interpretação constitucional¹⁰⁶, outros como regra jurídica¹⁰⁷, outros ainda como máxima¹⁰⁸. A

¹⁰⁵ GUERRA FILHO, **Processo constitucional ...**, p. 74.

¹⁰⁶ STEINMETZ afirma que, em que pese autores conceituados como BONAVIDES e BARROSO entenderem que o "princípio da proporcionalidade" é um princípio de interpretação constitucional, melhor entendimento é o que diferencia ponderação de interpretação. Alega que "... ponderação não é um método de atribuição de sentido normativo a disposições normativas constitucionais; a rigor, é o método que estrutura um procedimento racional com a finalidade de dizer qual norma de direito fundamental deve prevalecer e em que medida, no caso concreto; portanto, a ponderação de bens pressupõe a interpretação de disposições constitucionais, ou seja, a constatação de que existem normas constitucionais, atribuidoras de direitos fundamentais, em colisão; (...) embora interdependentes, interpretação constitucional e ponderação de bens não se confundem." Admite o autor que tal distinção não tem muita utilidade prática. (STEINMETZ, 2001, nota de rodapé 442 na p. 142)

¹⁰⁷ LUÍS VIRGÍLIO afirma categoricamente que a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Fundamenta tal entendimento na distinção entre regras e princípios formulada por ALEXY e afirma ainda que este último autor enquadrava explicitamente a proporcionalidade na categoria de regra. Cf. SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista do Tribunais**, São Paulo, n. 798, abril de 2002, p. 24-26. É também o entendimento de FARIAS, que afirma "...no modelo do sistema jurídico composto de regras e princípios (modelo que vem sendo defendido pela doutrina contemporânea) 'o mandamento de proporcionalidade' possui as características mais de regra do que de princípio, conforme mostrado por Robert Alexy." (FARIAS, 2000, nota de rodapé 29 na p. 77)

terminologia usada parece não ter maiores conseqüências práticas para a estrutura normativa do exame de proporcionalidade, mas este desconcerto terminológico pode trazer incoerências conceituais que podem ser evitadas. Não se pretende afirmar qual termo é melhor ou pior, certo ou errado, mas sim e tão somente adotar um conceito que possa ser racionalmente fundamentado sem grandes contradições e incoerências lógicas, aspectos desabonadores de um trabalho científico.

Não é possível fechar os olhos para a prática jurídica brasileira. Quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.

Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é deixar claro que ele, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção de Robert Alexy.¹⁰⁹

Tendo isso em mente, não se pretende analisar a aplicabilidade do exame da proporcionalidade advogando uma ou outra terminologia, mas, tão somente, uma coerência conceitual. Uma tentativa de aprisionamento de um fenômeno em palavras é mais prejudicial que útil para a práxis jurídica constitucionalmente comprometida, com a qual se pretende contribuir.

ÁVILA trouxe enorme contribuição doutrinária sobre o enquadramento normativo da proporcionalidade e suas implicações na decisão de casos difíceis. Entende que o dever de proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo, pois impõe uma condição formal de aplicação de outras normas (regras e, especialmente,

¹⁰⁸ O termo "máxima da proporcionalidade" foi usado por Ernesto Garzón Valdés na tradução para o espanhol da obra *Theorie der Grundrechte* de ALEXY, aparentemente com a intenção de deixar claro que de um princípio - nos moldes propostos por ALEXY - não se tratava. Pelo fato de uma mesma palavra possuir diferentes significados, quem traduz acaba fazendo uma opção por aquela possibilidade que considera melhor. O termo "máxima" não diz muito da estrutura normativa da proporcionalidade, gerando um certo desconforto no seu emprego. Autores brasileiros que estudaram a obra de ALEXY na língua originalmente escrita usam terminologia diferente ao fazer remissão ao que a tradução para o espanhol chamou "máxima". É o caso de LUÍS VIRGÍLIO: "... Alexy enquadra-o ["princípio da proporcionalidade"], sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra." (SILVA, L. V. A. da, 2002, p. 25); MENDES: "Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade ..." (MENDES, 2000, p. 298); HECK: "... todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estruturas de princípios das normas de direitos fundamentais ..." (ALEXY, *Colisão de direitos ...*, tradução de: Luís Afonso Heck, 1999, p. 77).

¹⁰⁹ SILVA, L. V. A. da, op. cit., p. 26.

princípios). É um dever estruturante da aplicação de outras normas, com estas não se confundindo.

Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam o dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentos relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem.¹¹⁰

Como visto, sobre a *exata* natureza jurídica do dever de proporcionalidade não há um consenso, porém, pode-se notar que sobre a *existência* de uma natureza jurídica para o dever de proporcionalidade há um consenso. É este último aspecto, conjugado à uma fundamentação de normatividade coerente, que permite que se defenda a aplicabilidade e o controle da proporcionalidade.

Objetivando-se cumprir a promessa de coerência conceitual neste trabalho, optou-se por denominar este elemento normativo tradicionalmente conhecido por "princípio da proporcionalidade" de "postulado da proporcionalidade", ou, mais freqüentemente, a fim de evitar uma filiação acrítica à qualquer teoria, de "exame de proporcionalidade" (ressalvando-se obviamente os casos de citação direta ou indireta de autores que não comunguem este posicionamento).

Note-se que atribuir normatividade ao postulado da proporcionalidade não significa ter que enquadrá-lo necessariamente como regra ou como princípio jurídicos, pois, em que pese serem estas as espécies normativas por excelência consagradas na dogmática jurídica mais atual, não são os únicos elementos normativos compreendidos no fenômeno jurídico. GUERRA FILHO propõe um modelo de ordenamento jurídico com três níveis, sendo o primeiro o das normas com estrutura de regras, outro das normas com estrutura de princípios, e um terceiro onde postula estarem os procedimentos de aplicação e (auto-)produção do direito

¹¹⁰ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 81.

próprios da dinamicidade do sistema jurídico.¹¹¹ ÁVILA também adverte uma compreensão do Direito como sendo um conjunto composto por normas (princípios e regras) e elementos a elas conjugados para sua [das normas] interpretação e aplicação. Entre estes últimos estão os postulados normativos, dos quais destaca-se o da proporcionalidade.¹¹²

Ainda que se considere o postulado da proporcionalidade uma estrutura formal¹¹³ de aplicação de normas de direitos fundamentais em colisão e não uma norma, não se nega sua normatividade. Isso implica na desnecessidade de envidar esforços para fundamentar a positivação da proporcionalidade a partir de um texto normativo específico ou de algum conjunto deles, como se faz com as normas. A desvinculação entre texto e norma, analisado em capítulo infra nos serve também para justificar uma desvinculação entre texto e elemento normativo de interpretação e aplicação das normas. Por isso, o fato de que não há na Constituição pátria dispositivo expresso que o preveja não obsta sua aplicação.* "O dever de proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa."¹¹⁴

A respeito da fundamentação normativa do postulado da proporcionalidade, assevera ÁVILA que:

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade. O dever de proporcionalidade é o dever de atribuir uma proporção incita à idéia de relação. O direito tutela bens que se dirigem a finalidades muitas vezes antagônicas, cuja concretização exige, porque há correlação, uma ponderação dialética ou proporção. Inútil será buscar uma *sedes materiae* escrita - normativa sim - quando o fundamento de validade do dever de proporcionalidade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito.¹¹⁵

¹¹¹ GUERRA FILHO, W. S. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista do Tribunais*, São Paulo, n. 719, setembro de 1995, p. 59.

¹¹² "Essa ressalva é importante, já que a consideração do fenômeno jurídico apenas pela existência das normas jurídicas (princípios e regras) que compõem o ordenamento jurídico implicaria incluir o dever de proporcionalidade na categoria das regras e não (...) na categoria de postulados normativos." (ÁVILA, 1999, p. 164)

¹¹³ Formal porque não tem um conteúdo material, nem revela a medida de excesso sem aplicação conjunta com uma norma de conteúdo material. Cf. STEINMETZ, op. cit., p. 158; ÁVILA, **A distinção entre ...**, p. 169.

* Doutrinadores que reconhecem no "princípio da proporcionalidade" verdadeiro princípio invocam o dispositivo do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal pátria para sua fundamentação normativa.

¹¹⁴ ÁVILA, **A distinção entre ...**, p. 171.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 170.

ALEXY deduz a máxima da proporcionalidade das normas de direitos fundamentais na medida em que elas possuem estrutura de princípios. Isto porque, sendo estes de aplicação otimizada obrigatória nos casos em que se apresentam, quando colidem, devem ser ponderados atendendo à uma concordância prática. É, então, implicação do caráter principal das normas de direitos fundamentais. Afirma que outras fundamentações são possíveis, como as que se apóiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial, ou no conceito de justiça, funcionando todas como reforços bem-vindos e não alternativas excludentes.¹¹⁶ Outros autores fundamentam o "princípio da proporcionalidade" na cláusula do devido processo legal.¹¹⁷ As diversas possibilidades de fundamentação normativa do dever de proporcionalidade podem ser resumidas numa só premissa: a constatação da existência do dever de proporcionalidade para decisões de colisões de direitos fundamentais não depende de uma formulação textual específica na Constituição e pode ser caracterizada desde que nos princípios constitucionais possa ser coerentemente fundamentado.¹¹⁸ Neste sentido manifesta-se LUÍS VIRGÍLIO:

A despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera.

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. Essa fundamentação não se confunde, contudo, com (...) a exigência de aplicação da regra da proporcionalidade por decorrer 'do regime e dos princípios' adotados pela Constituição, [a qual] encontraria sustentação legal no § 2º do art. 5º. A fundamentação aqui seguida tem um caráter estritamente lógico e valeria ainda que esse § 2º não existisse.¹¹⁹

Pode-se sintetizar a relação de normatividade com o exame de proporcionalidade das colisões entre direitos fundamentais com a seguinte lição de ÁVILA: "A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja

¹¹⁶ ALEXY, *Teoria de los ...*, p.111-115; 166-169.

¹¹⁷ "Nesse sentido, posicionam-se alguns dos mais influentes constitucionalistas. entre os quais se destacam MENDES e BARROSO", RAQUEL STUMM, SUZANA BARROS, além de vários ministros do Supremo Tribunal Federal.(STEINMETZ, op. cit., p. 166)

¹¹⁸ "A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais."(BARROS, 1996, p. 87)

¹¹⁹ SILVA, L. V. A da, op. cit., p. 43.

aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável."¹²⁰

Para uma melhor caracterização do exame da proporcionalidade nos casos de colisão de direitos fundamentais, passa-se a tratar da operacionalização que é suscitada para sua devida aplicação e de suas implicações para a prática jurisprudencial. Tais considerações permitirão aferir se, mesmo sendo considerado aplicável, o postulado da proporcionalidade é efetivamente aplicado nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.3 APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE - ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E ORDENAÇÃO LÓGICA

Examinados os dados reais do caso e o âmbito de proteção de cada direito, deve-se utilizar as formas de argumento concretizadoras a fim de obter uma harmonização entre as normas pertinentes. Há casos em que não se logrará a concordância entre os direitos e que a prevalência de um deles importará numa decisão racional e bem fundamentada de adequação, necessidade e ponderação da medida restritiva. O exame de proporcionalidade vai, então, ter lugar quando não se puder otimizar os direitos fundamentais colidentes num caso particular.

Embora relacionados, concordância prática e proporcionalidade não se confundem. Neste sentido, BORNHODT relata a distinção de Ulli Rühi: "Enquanto a concordância prática, considerada estritamente, servirá para a otimização em abstrato dos direitos (ou dos bens jurídicos em jogo), permitindo sua inserção no caso concreto, o princípio da proporcionalidade representará a efetiva ponderação no caso concreto, com as necessárias compressões dos direitos."¹²¹ Significa dizer que o princípio da concordância prática orienta que em qualquer caso se evite o sacrifício de um direito fundamental e que se decida de modo tal a preservar e efetivar, na máxima medida, todos os direitos fundamentais pertinentes. Assim, uma decisão que leve em conta este princípio, mas que, diante das circunstâncias do caso, afaste totalmente um direito fundamental em favor de outro, pode ser considerada uma solução de compromisso se a prevalência foi estabelecida de

¹²⁰ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 105.

¹²¹ BORNHOLDT, *op. cit.*, p. 145.

modo adequado, necessário e proporcional. Neste sentido também se manifesta GUERRA FILHO:

... segundo [o princípio da concordância prática ou da harmonização] (...) se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. (...) Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um "princípio dos princípios", o princípio da proporcionalidade, que 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 o respeito.¹²²

BORNHOLDT coloca que proporcionalidade e concordância prática se relacionam de modo a parecer ser o primeiro ora complemento, ora refinamento do segundo, e que, o papel do princípio da proporcionalidade será de não pouca relevância, já que sua cuidadosa aplicação é que evitará uma decisão baseada em critérios verdadeiramente decisionistas.¹²³

STEINMETZ frisa que:

... o princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.¹²⁴

ÁVILA ensina que a aplicação do postulado da proporcionalidade depende da existência de uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos exames fundamentais de adequação (*o meio promove o fim?*), da necessidade (*dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promoção do fim não há um menos restritivo aos direitos fundamentais afetados?*) e da proporcionalidade em sentido estrito (*as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do fim?*). É preciso, então, determinar o fim que se pretende almejar com a decisão da colisão de direitos fundamentais para que se

¹²² GUERRA FILHO, *Processo constitucional ...*, p. 61.

¹²³ BORNHOLDT, *op. cit.*, p. 142.

possa aferir se uma medida é meio para atingí-lo, aplicando-se, então, o postulado da proporcionalidade. Fim é entendido aqui como a finalidade atribuída ao Estado, empiricamente dimensionada, que estabelece resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos.¹²⁵

Tem-se então que o exame da proporcionalidade prescinde da verificação de que se trata de uma efetiva colisão de direitos fundamentais, ou seja, de um caso em que se pretenda a realização, preservação ou otimização de um direito fundamental que afeta um outro direito fundamental relacionado. Apenas inicia-se o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional. Além disso, é preciso proceder à uma descrição da situação conflitiva a fim de se identificar todas as circunstâncias relevantes do caso que serão consideradas nos exames de adequação e de necessidade da medida normativa limitadora.

O exame da proporcionalidade é, então, efetivado pela aplicação ordenada e subsequente de seus três elementos componentes, que são o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Realizados os *tests* preliminares, procede-se sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se a inter-relação entre os princípios [elementos componentes do exame da proporcionalidade]. Isso significa que uma decisão normativa (o meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, primeiro, for adequada, depois, necessária e, por fim, proporcional em sentido estrito. A inadequação do meio já será suficiente para considerá-lo desproporcional. Apenas analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente. Há entre os princípios uma progressão de tipo lógico. Por último, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, na qual a decisão estabelecerá uma relação de precedência condicionada (Alexy) - dado o caráter principal dos direitos fundamentais -, tendo em conta as circunstâncias do caso, terá de se fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens (a relação de precedência condicionada).¹²⁶

O exame da adequação é em geral explicitado como sendo a investigação da aptidão de um ato do Poder Público para consecução do fim que motiva sua adoção; é verificar "se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida."¹²⁷ LUÍS VIRGÍLIO coloca que adequado "não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. (...) Dessa forma, uma medida somente

¹²⁴ STEINMETZ, op. cit., p. 149.

¹²⁵ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 104-107.

¹²⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 154.

pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.¹²⁸

O exame da adequação pode não ser tão simples. Afirma-se que o meio deve levar à realização do fim, mas, como bem problematizou ÁVILA, "meios" podem ser diferentes quantitativamente, qualitativamente ou probalisticamente. O juízo de adequação nada diz sobre qual, dentre os meios possíveis, deve ser adotado. Pondera o autor que uma resposta categórica sobre o que significa adotar uma medida adequada "é inviável, em face da multiplicidade de modos de atuação do Poder Público"¹²⁹. Pode-se, no entanto, afirmar uma inadequação sempre que for evidente a incompatibilidade entre o meio escolhido e o fim almejado.

O segundo exame subsequente ao da adequação é o da necessidade.

Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.¹³⁰

ÁVILA examina a questão diante de duas etapas¹³¹. Primeiro examina-se a igualdade de adequação dos meios para verificar se os outros meios possíveis promovem igualmente o fim. Quando o caso de colisão de direitos fundamentais envolve um ato administrativo ou um ato legislativo, este exame enfrenta dificuldades maiores, já que o meio adotado pelo órgão estatal pode, dependendo do ponto de vista, promover o fim mais rapidamente, ou com menos dispêndios, ou com maior probabilidade de concretização, ou com mais facilidade. Para o autor os princípios da legalidade e da separação dos Poderes exigem que o Poder Judiciário só afaste a escolha da autoridade competente se o meio for manifestamente menos adequado que outro. Procede-se aí à segunda etapa do exame da necessidade, qual seja, a investigação do meio menos restritivo. Se Poder Público optou por um meio, este só deve ser afastado, face à um outro meio alternativo considerado menos restritivo, se for manifestamente mais restritivo.

¹²⁷ Ibid., p. 149.

¹²⁸ SILVA, L. V. A. da, op. cit., p. 36.

¹²⁹ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 111.

¹³⁰ STEINMETZ, op. cit., p. 151.

¹³¹ ÁVILA, *Teoria dos ...*, p. 114.

O exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo. Isso porque, como foi mencionado, a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável.¹³²

O terceiro exame, então, exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Para que [uma medida] seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.¹³³

Diante da necessidade de sopesamento entre direitos fundamentais quando estes estejam diante de um caso de colisão, ALEXY formulou o que chamou de lei da ponderação, segundo a qual quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro. Aplica-se nos casos em que a decisão implicará na prevalência de um dos princípios em jogo através da atribuição de pesos relativos a cada qual diante das circunstância específicas do caso particular.¹³⁴

Lembre-se que a atribuição de pesos diferenciados aos direitos fundamentais diante de um caso de colisão não é de modo algum deixado ao livre arbítrio do julgador. É um procedimento racional vinculado à concretização do conteúdo da Constituição. Vencidas as etapas de exame de adequação e necessidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais, há que se prosseguir no exame da proporcionalidade em sentido estrito de modo igualmente comprometido através de fundamentações racionais circunstanciadas por dados do caso em exame.

BORNHOLDT explicita que:

¹³² Ibid., p. 116.

¹³³ SILVA, L. V. A. da, op. cit., p. 41.

¹³⁴ ALEXY, *Teoria de los ...*, p. 161.

Há dois sentidos possíveis para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: no primeiro, orienta-se o aplicador pela idéia de desproporção entre o fim que se busca atingir e o demasiado prejuízo causado a outro bem, após a utilização do meio reconhecido como necessário; no segundo, adequado ao tratamento da colisão entre direitos fundamentais, busca-se estabelecer uma relação com o princípio da concordância prática, deixando de lado um princípio fixo como referencial.

Para uma melhor compreensão deste segundo sentido do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se fazer uma analogia com situações cotidianas. A utilização de um meio que coloque em risco fins até então não considerados nos leva, na análise cotidiana, a imaginar "se algo realmente vale a pena ser perseguido". Relativizado o fim inicialmente proposto, deve-se proceder à ponderação com os fins colidentes, por força da análise das seqüências da utilização dos meios.

A unidade da Constituição será garantida não *a priori*, numa concepção estrita de norma e de sistema, mas *a posteriori*, a partir da correlação entre sistema e problema, a perpassar toda e qualquer concepção do direito que não se contente com soluções prontas e acabadas.

O princípio da concordância prática busca encontrar uma solução compromissória entre dispositivos constitucionais que, face a uma concreta situação, encontram-se contrapostos. Contudo, enquanto a concordância prática serve à otimização em abstrato dos direitos (ou dos bens jurídicos em jogo), o princípio da proporcionalidade representará sua aplicação face ao caso concreto.¹³⁵

O exame de proporcionalidade nos casos de colisão de direitos fundamentais exige exaustiva argumentação na fundamentação da decisão. Sem isso, o que significa dizer sem a devida aplicação, não passa de mera citação retórica. Isso não significa que deva haver necessariamente o emprego terminológico expresso dos três elementos componentes do postulado da proporcionalidade, mas sim que seja possível verificar na motivação da decisão a investigação criteriosa de cada qual.

Uma decisão construída com a devida aplicação do postulado da proporcionalidade tem a finalidade de proteção dos direitos fundamentais, garantindo-se uma otimização de seus conteúdos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas no caso. O procedimento metódico-racional de sua operacionalização não afasta a apreciação subjetiva do intérprete, ao mesmo tempo que impede um arbítrio valorativo na decisão do caso. O subjetivismo da decisão manifesta-se na precedência de um dos direitos em jogo, através, porém, de um instrumental teórico que permite algum controle racional¹³⁶.

¹³⁵ BORNHOLDT, op. cit., p. 165-166.

¹³⁶ "No entrecchoque de dois princípios que resguardem direitos fundamentais do homem o princípio da proporcionalidade assume um cunho de necessidade da expressão valorativa do julgador, sem necessidade de um recurso escuso de construção mental, fundada em técnicas ou métodos de interpretação que vêem o texto legal como um objeto a ser compreendido em sua essência."(APPIO, 2000, p. 79)

3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL - EXAME DE PROPORCIONALIDADE NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A maioria dos autores na doutrina pátria afirma que o exame de proporcionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal há algum tempo, não só nas decisões de casos de colisão de direitos fundamentais, mas também na aferição de (in)constitucionalidade de leis infra-constitucionais e atos administrativos. Cita-se, para tanto, julgados em que se entende ter havido, expressa ou implicitamente, a aplicação do postulado da proporcionalidade.

Não obstante, é possível perceber posicionamento contrário na doutrina. É o caso de LUÍS VIRGÍLIO, que afirma ter o Supremo Tribunal Federal se valido de uma aplicação da regra da proporcionalidade meramente retórica. Neste sentido, afirma que:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topós*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*, o ato deve ser considerado inconstitucional".

Na decisão da liminar do sempre citado HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

"O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular."

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal [Supremo Tribunal Federal] não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico.¹³⁷

Este entendimento merece temperamento, pois, ainda que se vislumbre várias decisões em que o recurso ao exame de proporcionalidade tenha sido um mero recurso argumentativo sem a devida aplicação dos exames parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (expressa ou implicitamente), não se pode expandir esta incoerência à todos os julgados do Supremo Tribunal Federal.

¹³⁷ SILVA, L., op. cit., p. 31.

A fim de demonstrar que vem sendo, de um modo geral, corretamente aplicado o postulado da proporcionalidade nas decisões de casos de colisões de direitos fundamentais (e também na aferição de inconstitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo), selecionou-se algumas jurisprudências esclarecedoras.

Ao invés de se analisar julgados antigos e pretender descobrir quando o Supremo Tribunal Federal começou a aplicar o exame de proporcionalidade, optou-se por analisar os julgados mais recentes deste Tribunal e, dentre eles, selecionar dois que melhor propiciem concluir se o recurso ao exame da proporcionalidade tem sido mais que um mero argumento retórico. Diante disso, e tendo em vista a clareza argumentativa do julgador nas decisões selecionadas, vai-se transcrever as partes mais explícitas da aplicação técnica dos três exames parciais da proporcionalidade, sem, contudo, adentrar o mérito de tais julgados.

O primeiro e mais interessante dos casos selecionados é um pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo para pagamento de precatórios de caráter alimentar. Diversos casos de intervenção federal semelhantes julgados nos últimos seis meses repetem este mesmo entendimento que se passa a citar. Trata-se do julgamento de Intervenção Federal de n.º 211-7, em 19 de março de 2003. A parte aqui citada é do voto do Ministro GILMAR MENDES da IF 2915-5, que foi juntada como parte integrante neste e nos demais casos semelhantes.

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.

Em nosso sistema federativo, o regime de intervenção representa excepcional e temporária relativização do princípio básico da autonomia dos Estados. A regra, entre nós, é a não-intervenção, tal como se extrai com facilidade do disposto no caput do art. 34 da Constituição, quando diz que "a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)". Com maior rigor, pode-se afirmar que o princípio da não-intervenção representa sub-princípio concretizador do princípio da autonomia, e este, por sua vez, constitui sub-princípio concretizador do princípio federativo. O princípio federativo, cabe lembrar, constitui não apenas princípio estruturante da organização política e territorial do Estado brasileiro, mas também cláusula pétrea da Carta de 1988. No processo de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, verifica-se, de imediato, um conflito entre a posição da União, no sentido de garantir a eficácia daqueles princípios constantes do art. 34 da Constituição, e a posição dos Estados e do Distrito Federal, no sentido de assegurar sua prerrogativa básica de autonomia. A primeira baliza para o eventual processo de intervenção destinado a superar tal

conflito encontra-se expressamente estampada na Constituição, quando esta consigna a excepcionalidade da medida interventiva. Diante desse conflito de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir da **proporcionalidade**.

O **princípio da proporcionalidade**, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o **princípio ou máxima da proporcionalidade** determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o **princípio da proporcionalidade** alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do **princípio da proporcionalidade** representa um método geral para solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o **princípio da proporcionalidade** para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do **princípio da proporcionalidade** se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três **as máximas parciais do princípio da proporcionalidade**: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", In *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2. ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do **princípio da proporcionalidade**, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se **adequado** (isto é, apto para reproduzir o resultado desejado), **necessário** (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o **princípio da proporcionalidade** aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2. ed., p. 264).

(...) O **exame da proporcionalidade**, no caso em apreço, exige algumas considerações sobre o contexto factual e normativo em que se insere a presente discussão. Desse modo, não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção. Nesse sentido, constam do memorial apresentado pelo Estado de São Paulo os seguintes dados (...). Como tenho afirmado, esse exame de dados concretos, ao invés de apenas argumentos jurídicos, não é novidade no Direito comparado. No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto.

(...) Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no Estado de São Paulo, o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinalados pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.

Já afirmei, em outras oportunidades, a real necessidade de que os órgãos judicantes, ao julgarem questões intrincadas, analisem com maior amplitude possível informações e dados

concretos para obterem uma interpretação precisa. Com este objetivo, vale destacar que, conforme informações apresentadas pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, este Estado vem atuando de maneira bastante positiva no tocante ao pagamento dos precatórios judiciais.

(...) É evidente a obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios, assim como o regime de exceção de tais créditos, conforme a disciplina do art. 78 do ADCT. Mas também é inegável, tal como demonstrado, que o Estado encontra-se sujeito a um quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia.

Nesse quadro de conflito, assegurar, de modo irrestrito e imediato, a eficácia da norma contida no art. 78 do ADCT, pode representar negativa de eficácia a outras normas constitucionais. Exemplo bastante ilustrativo é a obrigação dos Estados no que se refere à educação e à saúde. Nos termos do art. 212 da Constituição, os Estados estão obrigados a aplicar vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. A Constituição também prevê, no art. 198, § 2º, a aplicação de recursos mínimos pelos Estados na área de saúde. O descumprimento de tais obrigações, por óbvio, representaria negativa de eficácia a normas constitucionais, bem como implicaria a configuração de específica hipótese de intervenção federal. De fato, o art. 34, VI alínea "e", prevê expressamente, como hipótese de intervenção, a garantia de observância da "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde".

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a medida extrema da intervenção atende, no caso, às **três máximas parciais da proporcionalidade**.

É duvidoso, de imediato, a **adequação** da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidentemente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais. Enfim, resta evidente que a intervenção, no caso, sequer consegue ultrapassar o **exame de adequação**, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade. Também é duvidoso que o regime de intervenção seja **necessário**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração de um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado. A intervenção não atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade. Não se contesta, por certo, a especial relevância conferida pelo constituinte aos créditos de natureza alimentícia. Todavia, é inegável que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de uma intervenção pautada por um objetivo de aplicação literal e irrestrita das normas que determinam o pagamento imediato daqueles créditos.

Por fim, considerando as peculiaridades do caso em exame, diante dos princípios constitucionais que supostamente encontram-se em conflito, afigura-se recomendável a adoção daquilo que a doutrina define como uma "relação de precedência condicionada" entre os princípios concorrentes.

(...) Estão claros, no caso, os princípios constitucionais em situação de conflito. De um lado, em favor da intervenção, a proteção constitucional às decisões judiciais, e de modo indireto, a posição subjetiva de particularidades calcada no direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia. De outro lado a posição do Estado, no sentido de ver preservada sua prerrogativa constitucional mais elementar, qual seja, a sua autonomia, e, de modo indireto, o interesse, não limitado ao ente federativo, de não se ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como educação e saúde.

Assim, a par de evidente **ausência de proporcionalidade** da intervenção para o caso em exame, o que bastaria para afastar aquela medida extrema, o caráter excepcional da intervenção, somado às circunstâncias já expostas recomendam a **precedência condicionada do princípio da autonomia** dos Estados.
(...)

O segundo julgado selecionado é uma decisão do Ministro GILMAR MENDES que segue a mesma linha de raciocínio do julgado infra citado, tendo, porém, fundamentação mais sucinta, mas ainda assim de grande proveito para os fins deste trabalho. Trata-se de uma medida cautelar na Reclamação de n.º 2234, julgada em 20 de maio de 2003 que pretendia a suspensão de uma ordem de seqüestro de verbas de um município que tinha por fim destiná-las ao pagamento de precatórios de pequeno valor que, apesar do direito de precedência, não haviam sido no prazo pagas nem incluídas no orçamento.

(...) Nos autos da ADI 1.662 esta Corte já se pronunciou no sentido de que a previsão de seqüestro contida no § 2º do art. 100 da Constituição deve ser interpretada necessariamente de modo restritivo. Decidiu-se, especificamente, "a equiparação da não inclusão no orçamento das verbas relativas a precatórios, ao preterimento do direito de precedência, cria, na verdade, nova modalidade de seqüestro, além da única prevista na Constituição". Adotada a idéia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado pela Corte na ADI 1.662. No caso em tela, verifica-se a existência de controvérsia quanto à possibilidade de o juiz direta e imediatamente determinar o seqüestro de valor suficiente à quitação de precatório de valor inferior a sessenta salários mínimos, desde que já escoado o prazo para quitação do valor requisitado, inclusive por sua não introdução no orçamento, tal como disciplinado pela Resolução Normativa do Tribunal Regional da 3ª Região. Questiona-se, também, a utilização indiscriminada dos recursos depositados à conta do Município, com seqüestro de valores referentes a verbas vinculadas e destinadas ao atendimento de necessidades básicas da coletividade, tais como saúde, educação e segurança. Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a medida extrema do seqüestro atende, no caso, aos requisitos do **princípio constitucional da proporcionalidade**, como procedi no exame da medida cautelar na Reclamação nº 2.126. Se, por um lado, pode-se afirmar que a medida do seqüestro é **adequada** (atende aos fins pretendidos), por outro, em exame preliminar, afigura-se duvidoso que aquela medida tenha sido **necessária** (sob o pressuposto de que não havia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (existência de proporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Município, mas também a própria sociedade euzebiense). Nesse ponto, cabe registrar a lição de Pieroth e Schlink, no sentido de que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final (cf. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Gilmar Mendes, Inocêncio M. Coelho, e Paulo G. Branco, Brasília, IDP/Brasília Jurídica, 2002, p. 250). Por fim, consideradas as peculiaridades do caso em exame, e observada a presente fase processual, diante dos princípios constitucionais que supostamente encontram-se em conflito, afigura-se recomendável a adoção daquilo que a doutrina define como uma "relação de precedência condicionada" entre os princípios concorrentes. Nesse sentido, ensina Inocêncio Mártires Coelho: *"Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio,*

*com exclusão de outros que, prima facie, repete igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os standards concorrentes - obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão - optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa." (Coelho, Inocência Mártires, Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos, in: As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Coord. Ives Gandra S. Martins, São Paulo, América Jurídica, 2002, p. 363). Estão claros, no caso, os **princípios constitucionais em situação de confronto**. De um lado, a posição subjetiva de particulares, calcada no direito de precedência por crédito de pequeno valor, contido no art. 100, § 3º, da Constituição. De outro, a posição do Município e dos municípios de Dona Euzébia, no sentido de não ser prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos elementares como educação e saúde. Assim, sem prejuízo de melhor exame quando do julgamento do mérito, considerando-se: (1) que a previsão constitucional de seqüestro deve ser interpretada restritivamente, nos termos do precedente firmado na ADI 1.662; (2) que há discussão sobre a constitucionalidade da Resolução Normativa do Tribunal Regional da 3ª Região; (3) o eventual comprometimento da execução do orçamento municipal; (4) **os múltiplos bens jurídicos em conflito, com ênfase no papel do Município no oferecimento de serviços públicos essenciais**; (5) e, ainda, o fato de que a execução da medida impugnada repercutirá na situação financeira do Município de Dona Euzébia, com inevitáveis, e em alguma medida irreparáveis, conseqüências para a prestação de serviços públicos; (6) **a possível ausência de proporcionalidade da ordem de seqüestro**; **CONCEDO A CAUTELAR** para determinar a suspensão do seqüestro e a imediata devolução aos cofres públicos municipais dos valores dele objeto, até decisão final sobre a matéria.*

A primeira jurisprudência citada revela em detalhes as considerações dos fatos trazidos ao caso em exame e a determinação dos princípios colidentes que deveriam ser aplicados. Desta forma, clarifica tratar-se de uma real colisão entre princípios constitucionais e identifica a necessidade de realização de um direito fundamental que afeta um outro bem jurídico constitucionalmente protegido. Para decidir qual princípio iria prevalecer, traz a fundamentação do referido voto a investigação da adequação da medida pretendida, qual seja, a intervenção no Estado de São Paulo, através da análise de vários dados factuais, concluindo pela desproporcionalidade já neste primeiro exame. Ainda assim, segue com a investigação da necessidade, também considerando o contexto factual, pelo que argumenta-se haver meio menos gravoso e igualmente eficaz. A consideração do terceiro exame parcial da proporcionalidade, realizada com a ponderação do contexto normativo do caso, enterrou de vez a medida interventiva pretendida, uma vez que serviu à decisão de precedência condicionada do princípio da autonomia dos Estados.

A segunda decisão citada, em que pese trazer uma motivação menos detalhada, também demonstra expressamente a realização da aplicação do exame de proporcionalidade com seu devido instrumental técnico. Identificados os contextos fático e normativo do caso, procedeu-se aos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tendo sido resultado do primeiro favorável à medida de seqüestro pretendida, o segundo duvidoso e o terceiro desfavorável pela configuração da precedência do princípio da continuidade de prestação pelo Município de serviços públicos elementares. Há que se ressaltar que a fundamentação da decisão poderia e deveria ter sido mais exaustivamente investigada e conseqüentemente exposta a fim de se evitar dúvidas maiores sobre a realização da devida operacionalização do exame da proporcionalidade, porém, não se pode olvidar de que se trata de uma medida cautelar, portanto, não exigente de cognição exauriente para concessão.

Tem-se, então, que a melhor orientação é de que há julgados em que o Supremo Tribunal Federal realizou o exame da proporcionalidade em sua estrutura técnica, reconhecendo sua normatividade, ainda que não o tenha feito com unidade conceitual.¹³⁸

Tendo em conta a grande utilidade do postulado da proporcionalidade como instrumento para a práxis jurídica comprometida com a concretização dos direitos fundamentais, o melhor é reconhecer sua normatividade para assim excluir parâmetros de decisão alheios à força vinculante da Constituição para interpretação e aplicação das disposições normativas. Diante disso, nada mais condizente com a realização do conteúdo da Constituição do que admitir que o órgão máximo responsável por sua proteção prestigia o controle de proporcionalidade utilizando-se dele nas decisões de casos de colisão de direitos fundamentais.

¹³⁸ Quanto às imprecisões conceituais, o caso brasileiro é bastante elucidativo. (...) No Brasil não está resolvido se princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade se referem a uma mesma coisa ou se, ao contrário, não se identificam; ora o princípio da proporcionalidade é entendido como princípio, ora como postulado normativo aplicativo; inúmeros e diferentes são os fundamentos normativos apresentados; e, para coroar essa falta de unidade conceitual, diversos são os significados atribuídos pela jurisprudência do STF ao princípio da proporcionalidade." (STEINMETZ, 2001, p. 148)

4 CONCLUSÃO

1) A Constituição, fundamento da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, é um sistema aberto de normas que garantem as liberdades individuais dos cidadãos, delimitam o poder estatal e promovem a unidade dos interesses diversos da sociedade pluralista que regula.

2) A realização da Constituição é imperativo do Estado Democrático de Direito.

3) O contexto democrático de realização do conteúdo da Constituição não significa inexistência de conflitos, uma vez que estes são inerentes à condição humana em coletividade. Antes, quer significar tolerância e busca de soluções justas.

4) Normas constitucionais têm vinculatividade tanto para o Poder Público quanto para os cidadãos.

5) Dentre as normas constitucionais destacam-se as normas de direitos fundamentais, que são aquelas que, ao lado dos princípios fundamentais, permitem aferir a positividade dos valores e bens jurídicos mais importantes para a organização social.

6) Norma de direito fundamental é uma espécie de norma jurídica e, portanto, comunga do conceito que, para as teorias contemporâneas, privilegia a atividade interpretativa em sua construção.

7) Refuta-se uma estagnante função meramente descritiva do intérprete em favor de uma atividade racional de reconstrução de significados resultante na norma de direito fundamental.

8) Norma jurídica é o resultado de um procedimento racional de construção de sentido que leva em consideração a criatividade do intérprete pautada na consideração de fatores reais e ideológicos pertinentes ao caso que se vai decidir, limitado, porém, pelo uso lingüístico comunitário do texto normativo e, principalmente, por uma argumentação que permita claramente identificar a idéia regulativa de justiça.

9) Norma e texto normativo não são a mesma coisa, sendo os textos um ponto de partida para o intérprete e a norma um produto da sua atividade.

10) Os textos normativos de direitos fundamentais têm caráter pluridimensional, podendo ensejar através da interpretação normas de diferentes estruturas.

11) Normas de direito fundamental podem apresentar estrutura de regras ou de princípios.

12) Os enunciados normativos de direitos fundamentais que, após interpretados, prescrevam de modo imediato um fim são considerados princípios; de outro lado, aqueles que prescrevam de modo imediato uma conduta ou um comportamento são considerados regras.

13) Não há hierarquia normativa entre normas de direitos fundamentais, sejam regras ou princípios constitucionais.

14) As normas de direitos fundamentais encontram-se num modelo combinado de regras e princípios.

15) A concretização da Constituição exige elementos normativos que permitam interpretar e aplicar as normas de direitos fundamentais de modo a manter sua unidade, força normativa e concordância.

16) As normas de direitos fundamentais têm um alcance material limitado na convivência harmônica dos diferentes interesses e bens jurídicos que consagram. Diante disso, tem-se que a real extensão de seus contornos na vida em relação enseja nalguns casos uma acomodação entre os diferentes direitos, mas noutros enseja um entrecruzamento conflitual entre eles.

17) Deve-se examinar os dados reais do caso e o âmbito de proteção de cada direito fundamental pertinente à situação em análise e, através das formas de argumento concretizadoras, fomentar uma harmonização e uma otimização entre as normas com a aplicação do "princípio da concordância prática".

18) A concordância prática orienta que em qualquer caso se evite o sacrifício de um direito fundamental e que se decida de modo a preservar e efetivar, na máxima medida, todos os direitos fundamentais em relação.

19) Há casos que apresentam elementos lingüísticos e/ou fatuais mais complexos que ocorrem mais freqüentemente com princípios constitucionais e são chamados de casos difíceis.

20) Entre os casos difíceis, destaca-se os casos de colisão de direitos fundamentais ou colisão de princípios, nos quais a concretização das normas

envolvidas conduz a resultados incompatíveis que demandam um juízo de ponderação através do exame de proporcionalidade.

21) Uma decisão que leve em conta o princípio da concordância prática mas, em virtude das especificidades do caso, não logre uma otimização entre os princípios e afaste totalmente um em favor do outro pode ser considerada uma solução de compromisso se a prevalência foi estabelecida de modo racionalmente ponderado.

22) A decisão de colisão de direitos fundamentais mediante ponderação não invalida a norma afastada, de modo que esta permanece íntegra no sistema constitucional podendo prevalecer ou ser afastada na decisão de tantos outros casos que reclamem sua aplicação e aplicação de outras de juízo de dever ser contrário.

23) A ponderação entre princípios através do exame de proporcionalidade deve resultar de uma decisão circunstancial de preferência de um deles a partir da consideração da real necessidade de afastamento do outro, e não a partir da consideração exclusiva do valor dos direitos ou dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

24) A ponderação realizada através da aplicação do exame da proporcionalidade não substitui as exigências de interpretação constitucional, mas sim, a ela agrega-se como um mecanismo racionalmente fundamentado de atribuição de prevalência condicionada a algum dos direitos fundamentais em casos de colisão.

25) É indispensável garantir a preservação dos direitos fundamentais através de mecanismos político-constitucionais que possibilitem uma acomodação dos diversos interesses em jogo numa sociedade plural. Nesta dimensão aparece o exame de proporcionalidade como proposta de conciliação das dimensões valorativa e racional do juízo decisivo em casos de colisão.

26) Não obstante a atribuição de natureza jurídica ao exame de proporcionalidade, bem como a tripartição de sua estrutura normativa em elementos parciais sejam consensuais na doutrina e jurisprudência, é ainda controvertido qual seja sua exata natureza jurídica e sua sede normativa ou positiva na ordem constitucional.

27) Atribuir normatividade ao exame da proporcionalidade não implica na obrigatoriedade de enquadrá-lo como regra ou princípio se se considera não serem as normas os únicos elementos normativos compreendidos no fenômeno jurídico. Neste sentido, pode-se afirmar existir outros elementos normativos para interpretação e aplicação de normas - sem com elas confundir-se -, dentre os quais situa-se a proporcionalidade.

28) A constatação da existência do dever de proporcionalidade para decisões de colisões entre direitos fundamentais não depende de uma formulação textual específica na Constituição e pode ser caracterizada desde que nos princípios constitucionais possa ser coerentemente fundamentado.

29) O exame da proporcionalidade é devidamente operacionalizado através aplicação ordenada e subseqüente de seus três elementos componentes, que são os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

30) O exame de adequação diz respeito à verificação da idoneidade da medida restritiva de um direito fundamental para o fomento da finalidade buscada para o caso.

31) O exame de necessidade trata da verificação da existência de outras medidas restritivas diferentes da usada ou da pretendida que sejam igualmente adequadas e menos prejudiciais ao direito fundamental a ser precedido.

32) O exame da proporcionalidade em sentido estrito é a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição ao direito fundamental, ou seja, é a efetivação de um juízo valorativo sobre o sopesamento entre os princípios em colisão. Diante deste terceiro elemento, se a importância da realização do direito fundamental no qual a limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

33) Uma decisão elaborada com a devida consideração do exame de proporcionalidade exige exaustiva argumentação na fundamentação de cada um dos elementos parciais, ainda que não haja o emprego terminológico expresso de cada qual.

34) Pode-se afirmar que há julgados em que o Supremo Tribunal Federal tem realizado o exame de proporcionalidade com a devida observância de seu instrumental técnico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. ***Teoría de los derechos fundamentales***. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

APPIO, E. Freud e o princípio da proporcionalidade. **Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau**, n. 7/8, jan./dez. 2000, p. 63-83.

ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, L. R. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, p. 16-59, 2001.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, J. S. M. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 140-146, 1993.

BORNHOLDT, R. M. **Colisão entre direitos fundamentais**: metódica estruturante e ponderação. Curitiba, 2001. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. A "principlização" da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, p. 83-89, abr./jun. 2000.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

CARVALHO NETTO, M de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 6, p. 233-250, [199-].

DWORKIN, R. **Levando os direitos a serio**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, E. Restrição de Direitos Fundamentais. **Seqüência - Revista do Curso de pós-graduação em Direito da UFSC**, [s. l.], n. 41, p. 67-82, dezembro 2000.

GRAU, E. R. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed., rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

_____. Os princípios da isonomia e da proporcionalidade como direitos fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, Fortaleza, n. 13, p. 27-36, 1997.

_____. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 719, p. 57-63, set. 1995.

_____. A interpretação especificamente constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, Fortaleza, n. 10, p. 105-110, 1993.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HECK, L. A. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 781, p. 71-78, nov. 2000.

_____. Os direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade e o recurso Constitucional Alemão. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, [s. l.], n. 15, p. 155-180, 1998.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LASSALE, F. **A Essência da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes, 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MENDES, G. F. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. in MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-322.

MÜLLER, F. **Direito-linguagem-violência**. Tradução de: Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Tradução de: Peter Naumann. CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XV, 1994, Foz do Iguaçu. **Anais ...**, São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 535-545.

ROTHEMBURG, W. C. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [São Paulo], n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. A da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.º ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da sociedade democrática. CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XV, 1994, Foz do Iguaçu. **Anais ...**, São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 546-550.

SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-49, abr. 2002.

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

STUMM, R. D. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.