

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

*André Luiz Rocha Pinheiro**

Sumário: 1 Introdução. 2 As normas de direitos fundamentais. 3 Regras e princípios como espécies normativas. 3.1 Distinção entre regras e princípios. 4 Princípios como mandamentos de otimização. 5 Antinomias entre regras e princípios. 5.1 Conflito de regras. 5.2 Colisão de princípios. 6 Princípio da proporcionalidade. 7 A proporcionalidade e o campo de tensão entre direitos fundamentais. 7.1 Elementos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação prática. 8. Conclusão. Referências.

Resumo: Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Constituição brasileira foi organizada segundo um sistema harmônico de normas, todavia, em determinadas circunstâncias, poderão ocorrer aparentes antinomias entre os direitos fundamentais nela previstos. Dessa forma, faz-se necessária a utilização do Princípio da Proporcionalidade para a ponderação entre os direitos formadores da antinomia, que deve ser solucionada de acordo com os limites impostos pelo caso concreto sem restrições desnecessárias a qualquer dos bens jurídicos envolvidos. É nesse cenário que se mostra relevante o objeto de estudo, pois este se presta a apontar a eficácia do Princípio da Proporcionalidade como instrumento de preservação dos Direitos Fundamentais em caso de conflitos entre esses.

* Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Argentina – “Santa Maria de Los Buenos Aires”. Ex-membro da Comissão de Direito Digital e Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Amazonas.

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Conflitos. Princípio da proporcionalidade. Ponderação.

1 Introdução

Os direitos fundamentais se apresentam no âmbito da normativa constitucional como conjunto de valores e objetivos básicos e, ao mesmo tempo, marco da proteção de situações jurídicas subjetivas (LUÑO, 2004, p. 20-21). Em um plano objetivo, os Direitos Fundamentais são verdadeiros legitimadores das formas constitucionais do Estado de Direito, pois são produtos do acordo firmado entre as variadas forças sociais. Trata-se de dar ao homem condição de pessoa, cidadão, trabalhador, administrado (BONAVIDES, 1996, p. 248). Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais normatizam a interação entre os indivíduos e o Estado, bem como entre si mesmos, significando proteção da autonomia e segurança da pessoa frente ao Poder Público e quanto aos demais integrantes da estrutura social.

Componentes de um sistema unitário, os direitos fundamentais configuram partes constitutivas de todo o conjunto constitucional e estão relacionados (de maneira condicionada) com outros bens jurídico-constitucionais, deduzindo-se que eles terão seu conteúdo e limites delimitados em homenagem a outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos conjuntamente (HÄBERLE, 2003, p. 33). Sob uma ótica tipicamente formal, podemos assinalar que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem a todos os seres humanos dotados de personalidade e capacidade de realização (FERRAJOLI, 2003, p. 37).

Ao serem inseridas normas *iusfundamentais* na CF/88, o legislador brasileiro decerto pretendeu dispô-las de maneira a construir um sistema eficaz e harmônico de normas

(concordância prática). Todavia, em determinadas situações, as normas de direitos fundamentais poderão protagonizar um aparente cenário de conflito entre elas, ou seja, no plano concreto, uma determinada norma de tal natureza poderá ensejar a permissão de determinado ato enquanto outra norma de mesma identidade poderá negar o exercício do mesmo ato, por exemplo, e uma vez configurado esse painel, alguma solução haverá de ser dada ao conflito instalado, mas como fazê-lo? De que forma deverá o intérprete aplicar a norma?

Deve-se levar em consideração que tais normas não são absolutas ou ilimitadas, contudo, considerar-se-á, também, o fato de estas não poderem ser suprimidas. Portanto, é concebendo tal situação que emerge a relevância do Princípio da Proporcionalidade, pois é a partir de sua operacionalização que poderá ser dada a correta resolução às aparentes antinomias existentes, de forma a garantir a efetividade das normas de direitos fundamentais, não sendo possível ao operador do direito abster-se da utilização de tal princípio, já que somente por sua utilização será possível garantir a coexistência das aludidas normas.

2 As normas de direitos fundamentais

É necessário estabelecer parâmetros para identificar as normas de direitos fundamentais, seja considerando um ordenamento jurídico específico (hipótese abstrata) ou levando em conta um ordenamento específico, com normas conhecidas (hipótese concreta).

Robert Alexy, na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, adota como ponto de partida sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos, assim como noções de metodologia jurídica que possam ser aceitas por positivistas e não positivistas. Por esta razão, o referido autor não adentra em questões empíricas (VIGO, 2006, p. 327), o que não impede, porém, referências

a exemplos práticos de problemas relacionados às antinomias entre normas de direitos fundamentais.

É possível avaliar se todas as normas presentes em uma Constituição exprimem direitos fundamentais; se somente uma parte das normas constantes em uma Constituição apresentam direitos fundamentais, dizendo ainda a razão de tais normas terem sido eleitas como veiculadoras de tais direitos, ou mesmo se direitos fundamentais podem ser enunciados por meio de normas infraconstitucionais.

Uma das formas para a identificação de normas de direitos fundamentais reúne critérios substanciais e estruturais, segundo os quais os direitos fundamentais somente são aqueles que constituem o fundamento do próprio Estado, e que, por esta razão, são reconhecidos na própria Constituição. “Dizer que um direito constitui fundamento do próprio Estado é expressar uma definição substancial”, todavia, tal conceituação (limitadora e fechada) incorre em determinados problemas. Um deles está ligado ao fato de vincular o conceito de direito fundamental a uma certa noção de Estado. O direito à garantia de um mínimo existencial, portanto, não poderia ser classificado como direito fundamental, uma vez que este não se enquadraria na estrutura de um direito de liberdade do Estado de Direito liberal.

Um conceito puramente estrutural aponta que só as normas que expressassem direitos subjetivos seriam consideradas de direito fundamental. Todavia, esta alternativa é vacilante, mormente porque assim procedendo, as normas que eventualmente se encontrassem em íntima relação com aquelas tidas como de direitos fundamentais não poderiam ser abarcadas pelo conceito que melhor utiliza essa conexão (ALEXY, 2008, p. 66-68).

Uma maneira exitosa para a identificação de normas de direitos fundamentais, a qual se encontra relacionada à forma

de positivação, onde são considerados direitos fundamentais, independente de seu conteúdo, aqueles inseridos entre os artigos 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as chamadas “disposições periféricas associadas”, que muito embora não estejam dentro dos artigos mencionados, autorizam o recurso à reclamação constitucional, ou seja, disposições de direitos fundamentais são as normas expressadas diretamente por estes dispositivos (ALEXY, 2008, p. 68-69).

A referida linha de entendimento não carrega as desvantagens de associação dos critérios substanciais e estruturais, tampouco desconsidera assertivas mais generalizadas. A Constituição brasileira de 1988 possui dispositivos específicos sobre o que são considerados direitos fundamentais, isto é, são tidos como direitos fundamentais aqueles regulamentados por estes dispositivos determinados, bem como por disposições esparsas encontradas ao longo do texto constitucional (estas últimas se assemelhando às disposições periféricas associadas, da Constituição alemã).

3 Regras e princípios como espécies normativas

As normas jurídicas, de um modo geral, expressam comandos positivos ou negativos (autorizadoras ou proibitivas). Tais normas podem ser enunciadas por espécies normativas denominadas regras ou princípios, sendo de extrema importância que se tenha uma clara distinção entre ambas, já que é a partir daí que se compreenderá a estrutura dos direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico.

Sem a correta distinção entre regras e princípios não se tem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais e tampouco doutrina satisfatória acerca das colisões (ALEXY, 2008, p. 85).

3.1 Distinção entre regras e princípios

As regras são espécies normativas que exigem o pleno cumprimento dos comandos nelas delineados, somente existindo dois caminhos ao intérprete que com ela se depara: ou ela é cumprida nos exatos termos de seu enunciado (nem para mais e nem para menos), ou não é cumprida, não havendo espaço para que a satisfação de uma regra seja realizada em distintos graus, porquanto, se determinada regra existe, é válida, eficaz e aplicável ao caso concreto a que se destina, pressupondo-se total viabilidade fática e jurídica em relação às mesmas, ou seja, possuem caráter definitivo.

A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada, porque deverá ser feito exatamente o que ela determina, já que elas necessitam de subsunção e não de ponderação (VIGO, 2006, p. 306).

Os princípios, pelo contrário, são tidos como normas de caráter *prima facie*, ou seja, são espécies normativas cujos comandos devem ser realizados de acordo com as limitações apresentadas no caso concreto. Noutras palavras, o caráter *prima facie* dos princípios indica que os enunciados trazidos por eles serão cumpridos a depender das possibilidades fáticas e jurídicas encontradas no campo prático, sendo, tais limitações, representadas pelas próprias colisões entre espécies normativas.

O critério mais conhecido para a diferenciação entre regras e princípios é o que se baseia no grau de generalidade, segundo o qual uma norma com baixo grau de generalidade seria uma regra, enquanto que uma norma com elevado grau de generalidade seria um princípio (ALEXY, 2008, p. 87), o que, faz com que o referido método possua impropriedades sérias, capazes de incorrer em contradições.

Parece conveniente distinguir generalidade de abstração, sendo a primeira concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma (referindo-se ao âmbito pessoal e de sua

vigência) enquanto a segunda está ligada à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se do domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma.

Ainda, considerando que tanto regras como princípios são normas gerais e abstratas, faz-se necessário determinar o grau de generalidade e abstração, ou seja, quão ampla é a classe de pessoas que são destinatárias da norma (generalidade) e quão abrangentes são os fatos, ações e demais bens regulados por ela (abstração) (NEVES, 2013, p. 22).

A tese de diferenciação com base na generalidade não merece acolhimento, bastando atentar para o caso da legalidade penal para verificar que tal metodologia não possui sustentação (NEVES, 2013, p. 23). Tal preceito (legalidade) encontra-se presente na Constituição brasileira (art. 5.º, inciso XXXIX) e, embora se trate de uma regra, já que serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de determinado caso, possui um elevado grau de generalidade se comparado com certos princípios constitucionais (NEVES, 2013, p. 23). O contrário pode igualmente ocorrer, quando consideramos que alguns princípios são setoriais (aplicáveis ao sistema financeiro e tributário, por exemplo) e mesmo assim eles são menos gerais e menos abstratos que várias regras constitucionais não adstritas a um setor específico, razão pela qual se afasta a tese da diferenciação com fundamento na generalidade.

Outros critérios são também utilizados, a exemplo da “determinabilidade dos casos de aplicação”; à forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –; caráter explícito ao conteúdo axiológico; ideia do direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica (NEVES, 2013, p. 88).

Três teses diferentes seriam possíveis no que se refere à distinção entre espécies normativas. A primeira delas no sentido de que a tentativa de diferenciação, em razão da pluralidade existente, estaria “fadada ao fracasso”. A segunda defende que muito embora se possa dividir normas em regras e princípios, tal diferença se limita ao âmbito dos graus (tese sustentada principalmente por aqueles que acreditam no método da generalidade para realizar a distinção). A terceira, por derradeiro, sustenta que a diferença entre regras e princípios são diferentes espécies de normas e que sua principal diferença reside não apenas em relação à graduação, mas sim em uma diferença qualitativa, (NEVES, 2013, p. 89-90).

4 Princípios como mandamentos de otimização

Ao contrário do que se passa com as regras, que, em termos de cumprimento se aplica o “tudo ou nada”, os princípios dependem diretamente das oportunidades reais e jurídicas postas em cada situação concreta, e por isso a sua satisfação poderá ser realizada em distintos graus. Nessa linha de raciocínio, a característica *prima facie* dos princípios, ou seja, que eles “se distinguen em que son normas que sólo ordenan uma finalidade, pero no establecen la forma em que se deba cumplir em cada caso”¹ (ESCUELA LIBRE DE DERECHO, 2006, p. 237), traduz o real sentido da expressão “mandamento de otimização”. Isso demonstra que a diferença essencial entre regras e princípios é exatamente qualitativa ou conceitual e não simplesmente ligada ao grau de generalidade entre uma e outra espécie normativa.

As regras são normas que exigem pleno cumprimento,

¹ Distinguem-se em que são normas que só ordenam uma finalidade, mas não estabelecem a forma em que deva ser cumprido em a cada caso (tradução própria).

ou seja, é obrigatório fazer precisamente o que ordena (possibilidade fática e jurídica). A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção. Os princípios, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus (ATIENZA, 2000, p. 204).

5 Antinomias entre regras e princípios

5.1 Conflito de regras

No conflito entre regras, a resolução costuma se dar através de uma sistemática mais simples, já que a exclusão de uma das regras ou mesmo a inserção de uma cláusula de exceção em uma das duas é suficiente para sanar o problema.

Imagine-se que determinada regra enuncie um comportamento, enquanto que uma segunda regra assinale comportamento em sentido completamente antagônico. Em tal situação, a exclusão de uma das regras (através das formas de interpretação, ou mesmo legislativamente), solucionará o caso ou, sendo possível, a inserção de uma exceção no conteúdo de uma das regras afastará a necessidade de exclusão de uma delas, já que tal mecanismo estabilizará a incompatibilidade. Assim sendo, não se mostra dificultosa a resolução da problemática referente ao conflito entre regras, pois os métodos apresentados são eficazes no que diz respeito ao contorno de tais problemas.

5.2 Colisão de princípios

Se a resolução de conflito de regras é facilitada pelos métodos apresentados anteriormente, o mesmo não se dá quando se está diante de uma colisão entre princípios. A contar

pela nomenclatura diferenciada (prefere-se falar em colisão entre princípios, em vez de conflito entre princípios), é possível notar que o tratamento a ser dado às colisões entre tais espécies normativas é, realmente, distinto.

Os princípios se distinguem das regras essencialmente em razão de seu caráter qualitativo, ou seja, é possível que se atribua diferenciados valores (ou pesos) aos princípios, e tais pesos/valores dependerão de cada circunstância em que eles estejam inseridos. Nesse contexto, sempre que um princípio estiver se contrapondo a outro (num mesmo ordenamento jurídico) fala-se em colisão ou antinomia simplesmente aparente, já que o fato de tais espécies normativas serem constituídas em diferentes pesos de importância, podendo ser aplicados em diferentes graus, não é correto afirmar que haja uma contrariedade real instalada, mas tão só aparente.

Em determinada situação, um princípio poderá ter peso “X” e sobrepor-se a outro princípio de menor peso. Em outra situação, o mesmo princípio poderá ter peso “X-1”, cedendo espaço à prevalência de outro princípio, que no caso em concreto possui peso superior, valendo ressaltar que a atribuição de valores numéricos ou simbólicos aos princípios se dá somente para fins didáticos, negando-se que haja uma ordem rígida entre os princípios a ponto de estabelecer o peso dos mesmos e onde sua escala de realização possa se expressar em números (VIGO, 2006, p. 307).

Por serem os princípios mandados de otimização, ou seja, que eles devem ser cumpridos na maior medida possível reforça o caráter da antinomia aparente, pois o cumprimento de um princípio em detrimento de outro jamais poderá afastar a validade do princípio que foi mitigado. Em casos duvidosos ou problemáticos, necessário se faz ponderar os valores contrapostos para então decidir qual prevalecerá (VIGO, 2006, p. 327).

6 Princípio da proporcionalidade

No século XVIII, o princípio da proporcionalidade aparece como ponto de liberdade individual em face dos atos administrativos, servindo como limitação aos atos gravosos do Estado que tinham como alvo os cidadãos.

Partindo para o século XIX, o princípio da proporcionalidade passou a ser parâmetro para elidir os excessos cometidos pelo Poder Executivo. Corolário, as arbitrariedades cometidas pelo Estado por meio de seu poder de polícia mereceram grande aplicação desse princípio, que também foi denominado como princípio da proibição do excesso e tomou *status* de princípio constitucional.

Até se pode afirmar que a relevância jurídica do princípio da proporcionalidade tenha se dado nos séculos XVIII e XIX, contudo, no plano filosófico, principalmente na visão Aristotélica, o mencionado princípio já adentrava na seara da justiça, constituindo no Século IV a.C. o grande norte para a construção da visão autônoma de justiça do povo grego. Foi na obra *Ética a Nicômaco*, que Aristóteles pontuou a ocorrência do fator proporcionalidade aplicado na justiça distributiva e corretiva. A essência da proporcionalidade, portanto, traduz-se no conceito real de justiça, tendo influenciado também a Europa Ocidental Cristã, seguindo como filosofia essencial da Igreja Católica.

Segundo Aristóteles (2010, p. 105-106), o justo consistia, sobretudo, em uma espécie de termo proporcional e o injusto, o que viola a proporção, sendo exatamente por esta razão (a busca da justiça, ou do meio-termo) que na ocorrência de disputas as pessoas recorrem ao juiz.

O acolhimento generalizado do princípio da proporcionalidade nos ordenamentos jurídicos é resultado de um ambiente preparado pelas discussões jusfilosóficas após a 2ª Guerra na Alemanha. Os horrores praticados em obediência

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

a determinações da lei conduziram a um pensamento de que se pusesse em evidência uma dimensão valorativa do Direito, assim como a que se buscasse em outras fontes (não somente na legislativa) critérios para sua correta aplicação (GUERRA FILHO, 2005, 100-101).

7 A proporcionalidade e o campo de tensão entre Direitos Fundamentais

O caráter essencial dos princípios está diretamente relacionado com a proporcionalidade, e esta, com aqueles. Assim, dizer que o caráter dos princípios nos remete à proporcionalidade é dizer que esta também, por meio de seus três elementos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reveste-se logicamente de caráter principiológico.

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado, o que constitui principal objetivo do presente trabalho.

7.1 Elementos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação prática

A observância dos elementos que constituem o princípio da proporcionalidade se revela importante simplesmente porque a aplicação deste se dará em casos envolvendo conflito entre direitos fundamentais e, por consequência, importará em realização de um direito fundamental em maior grau que o outro. Assim sendo, é evidente que alguma restrição a direito fundamental ocorrerá na operação, porém isto jamais pode

significar supressão ou exclusão de tal direito que, no caso específico, teve aplicação preterita em nome de outro.

Tratando-se do elemento *adequação* ou conformidade (*Geeignetheit*), qualquer medida adotada com o propósito de restringir direitos fundamentais terá que possuir idoneidade, de maneira que haja correspondência entre o fim almejado e os meios adotados para tal finalidade, ou seja, “o subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 366).

A este respeito, cabe atentar à seguinte explicação:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a *medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução do fim ou fins a eles subjacentes.* (CANOTILHO, 2003). (grifos nossos)

No que se refere ao elemento da necessidade, também chamado de exigibilidade (*Erforderlichkeit*), caso haja adoção de medida que venha restringir direitos, esta deverá ser estritamente necessária, de modo a ser eficaz no salvaguardar direito fundamental. Isso quer dizer que tal medida não poderá ser preterida por outra, ainda que menos gravosa.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 366).

Pelo *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* o meio escolhido para a persecução de determinada finalidade deverá ser orientado pelo senso do razoável (o qual corresponde ao senso de um homem médio). A partir desse entendimento, faz-se necessário que, após as análises sobre a adequação e a necessidade, o operador da ponderação verifique se os benefícios obtidos através da operação são maiores que

a limitação imposta. Caso positivo, ter-se-á obedecido a proporcionalidade em sentido estrito e, caso contrário, não.

Nessa esteira, os benefícios de um determinado fim deverão ser superiores ao ônus imposto pela norma.

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da “justa medida”. (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Ambos os princípios componentes do “campo de tensão” são postos em uma “balança”, ou seja, são medidos e valorados a fim de concluir, de acordo com o caso específico, qual o de maior relevância. Assim, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Sobre o procedimento de ponderação, devemos conceituá-lo como técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas de hermenêuticas tradicionais. Trata-se da ideia de ponderação e equacionalização de um determinado contexto, de modo a estabelecer um equilíbrio entre os meios adotados e os propósitos almejados, o que atribui ao intérprete da norma papel extremamente importante no que se refere à correta aplicação do princípio, pois há grande discricionariedade conferida a este e, caso não haja cautela, poderá interferir de forma profunda na esfera do titular do direito em questão.

Devem coexistir, de forma harmônica, os três elementos parciais do princípio da proporcionalidade para que se torne

possível sua aplicabilidade. Havendo a inocorrência, ainda que de somente um dos elementos parciais, o aplicador da norma verificará, após submissão minuciosa do caso concreto à análise, que naquela situação específica o ato não é cabível ou proporcional, devendo abster-se de seu cometimento.

Dois casos brasileiros envolvendo colisão entre direitos fundamentais podem ser mencionados, sendo o primeiro deles julgado em 2012, em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs no Supremo Tribunal Federal Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (STF, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012), objetivando afastar os efeitos da legislação nacional (art. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal), que proibia a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, pois a referida disposição só assim permitia agir em casos que a gestante fosse vítima de estupro ou que a gestação pudesse colocar a vida da mãe em risco. A lei, por não distinguir outras situações específicas, criminalizava a conduta da mãe e de terceiro que interrompesse a gestação dos fetos, ainda que anencefálicos², os quais, segundo comprovação científica, não possuem chances de vida extrauterina.

Transcreve-se um trecho da questão de ordem analisada pelo Tribunal, em que se apontou o envolvimento de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira (dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde) com o objetivo de sustentar o afastamento da sanção à gestante que desejasse interromper a gravidez de feto anencefálico:

(...) Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial, apontou, como envolvidos, os preceitos

² O anencéfalo significa, do grego an—privação; enkephalos—cérebro, aquele feto que com ausência parcial de encéfalo. Anencefalia e sua amplitude. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2316/1811>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

dos artigos 1º, IV – *dignidade da pessoa humana* –, 5º, II – *princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade* –, 6º, cabeça, e 196 – *direito à saúde* –, todos da Carta da República (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 2).

Os propositores da referida ação alegavam que o fato de obrigar uma mãe a gerar uma criança a qual não reuniria condições mínimas de vida extrauterina configuraria condição muito prejudicial à sua saúde e tal obrigação violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo-se excluir do ordenamento jurídico brasileiro a norma proibitiva da interrupção da gravidez em tais casos, deixando a decisão final sobre o prosseguimento da gestação a cargo exclusivo da gestante.

A “tensão” encontrada na predita situação reside no fato de que as normas vigentes – proibitivas da prática de aborto mesmo em casos de feto anencefálico – se prestaram à proteção do bem mais valioso do ser humano, qual seja, o direito fundamental à vida, em contrapartida àqueles direitos fundamentais já mencionados, que no caso se colocavam a favor da gestante.

É possível verificar, deveras, que os casos que chegaram até a corte se referem a um campo de tensão instalado entre o direito fundamental à vida (do feto) em contraposição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, saúde etc), sendo todos eles expressados através de princípios.

Por esta razão, o Tribunal, em diversas passagens, ressaltou a importância da proporcionalidade (aplicação da ponderação dos bens jurídicos envolvidos) de modo a permitir a correta resolução da controvérsia.

(...) Não se coaduna com o *princípio da proporcionalidade* proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele

que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à *dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres*. (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 65). (grifos nossos)

A corte ressaltou a característica dos princípios como normas diferenciadas, já que estas, ao apresentarem valores a serem observados, não comportam um estabelecimento de precedência entre uns e outros, ou de estabelecimento de pesos ou importâncias taxativas, afastando-se a ideia de que é possível estabelecer uma escala de valor predeterminada para cada um deles, uma vez que somente o caso concreto será capaz de delinear os limites e alcance de cumprimento da referida espécie normativa.

(...) O *princípio da proporcionalidade* e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão. Os *sistemas ocidentais não admitem valores absolutos*. Não há como estabelecer, a priori, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural [41] [41]. *Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro*. (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 124). (grifos nossos)

O julgamento privilegiou os direitos fundamentais em favor da gestante, por não considerar razoável decisão que impusesse a esta manter a gravidez até as últimas consequências, mesmos nos casos em que comprovadamente o feto fosse “inviável”, ou seja, sem qualquer chance de vida fora do útero, e por esta razão o Tribunal julgou

procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (STF, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12 abr. 2012, p. 1).

Dessa forma, o caso apresentado expressou o caráter distinto pelo qual se resolve os conflitos de direitos fundamentais, notadamente aqueles previstos através de norma-princípio. Diante da existência de normas jurídicas com consequências práticas antagônicas, fez-se necessária a ponderação dos interesses envolvidos, porém a prevalência de um dos interesses (no caso, os direitos fundamentais da mulher à saúde, liberdade, autodeterminação etc.) não implicou, em nenhum momento, a invalidação da norma ou a sua exclusão do ordenamento jurídico.

Outro importante julgado em que a ponderação de valores é referida como fundamental à resolução de controvérsias entre normas-princípios também se deu perante o STF, no ano de 2008, ocasião em que foi apreciado o pedido feito pelo Procurador-geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29.05.2008), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia a pesquisa científica utilizando células-tronco embrionárias.³

O argumento utilizado no intuito de impedir as pesquisas com células-troncos embrionárias se fundamentou na proteção do direito à vida, assinalando que a permissão de pesquisas dessa natureza configuraria o crime de aborto. Contudo,

³ “As células-tronco são células com capacidade de renovação através da mitose e podem originar tipos especializados de células, que formam os diferentes tecidos do corpo humano”. *InfoEscola*. Células-tronco. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/citologia/celulas-tronco/>>. Acesso em 6 dez. 2013.

entendeu-se que muito embora o direito à vida fosse um dos mais importantes do ordenamento jurídico, este não é absoluto, tampouco podendo se falar em precedência deste em relação aos demais, razão pela qual considerou a existência de outros direitos fundamentais em jogo, bem como ressaltou a importância do constitucionalismo fraternal, através do qual se fundamentada a busca pela cura de doenças e dos direitos fundamentais da autonomia da vontade, do planejamento familiar à maternidade.

O Tribunal decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade e consequente manutenção do dispositivo legal que permitia a utilização de células-tronco embrionárias para a realização de pesquisas científicas, após entender que o referido dispositivo não incorreria em violação do direito à vida, como se pode observar na passagem a seguir:

Como se sabe, a *superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais* - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de *critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina (STF, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29.05.2008, p. 452-453). (grifos nossos)

A ponderação de valores em face da contradição aparente entre princípios, conforme os exemplos apontados se faz necessária, considerando que não existe princípio absoluto e a

prevalência de um determinado princípio sobre outro, em um caso específico, não excluirá o princípio preterido, preservando-se a harmonia do ordenamento jurídico, em homenagem a uma finalidade ainda maior, que é a de proibição de contradição.

O modo através do qual são resolvidas as colisões entre princípios se dá, portanto, de modo absolutamente diverso daquele utilizado para o conflito de regras, pois não se há que falar em eliminação de um princípio para a aplicação de outro, em casos de colisão aparente, bastando, porém, a realização de ponderação dos valores envolvidos, de modo a permitir a maior eficácia possível de ambos.

8 Conclusão

Conforme se expôs no presente trabalho, novos caminhos têm sido traçados em relação aos direitos fundamentais, uma vez que, após a consolidação do Estado de Direito, tais bens jurídicos passaram a representar importante instrumento limitador à atuação do Estado no âmbito da liberdade privada do cidadão, mesmo porque o salvaguardar destes significa, em sua própria essência, a garantia de respeito à liberdade e à dignidade de seus destinatários.

Os direitos fundamentais se apresentam como conjunto de valores e objetivos básicos e, ao mesmo tempo, com o marco da proteção das situações jurídicas subjetivas e por esta razão se apresentam como verdadeiros legitimadores das formas constitucionais do Estado de Direito, haja vista serem corolário do acordo das variadas forças sociais. Os direitos fundamentais estão relacionados reciprocamente e de maneira condicionada com outros bens jurídico-constitucionais, deduzindo-se que eles, haverão de ter seu conteúdo e seus limites definidos, em homenagem a outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos juntos a eles.

Porém, em determinadas situações, as normas de

direitos fundamentais protagonizam um aparente cenário de conflito entre elas próprias, ou seja, no plano concreto, uma determinada norma *iusfundamental* poderá ensejar a permissão de determinado ato e, outra norma da mesma natureza, em aparente descompasso, poderá negar o exercício do mesmo ato, por exemplo.

Uma vez configurado esse painel, faz-se necessário solucioná-lo através da ponderação de valores, o que constituiu o principal foco da presente pesquisa, levando-se em consideração que tais normas não são absolutas ou ilimitadas, considerando-se também, o fato de estas não poderem ser suprimidas. É nesse contexto que emerge a relevância do princípio da proporcionalidade, vez que é a partir da operacionalização deste que se pode dar a correta resolução às aparentes antinomias existentes, de forma a garantir a efetividade das normas de direitos fundamentais.

Não pode, como visto, o operador do Direito abster-se da utilização de tal princípio, posto que somente por sua utilização será possível garantir a coexistência das aludidas normas em casos de aparentes conflitos entre as mesmas, cabendo reiterar que o princípio da proporcionalidade mostra-se como importante ferramenta utilizada pelo Judiciário com o propósito de controle às restrições de direitos fundamentais bem como para sua efetivação em casos de colisão entre esses.

Por derradeiro, o presente estudo se voltou a oferecer resposta a tais casos, bem como primando por demonstrar o embasamento teórico-prático da aplicabilidade no princípio da proporcionalidade como efetivo solucionador das controvérsias entre normas de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

Principle of the proportionality as an essential and effective solution of existent controversies between norms of fundamental rights.

Abstract: The study focused on analysis of the controversies between norms of fundamental rights and aimed to resolve the referred conflicts using of specific methods, both for cases contradiction between rules and for cases or controversies between principles. In this context, the utilization of the proportionality principle was pointed out as an essential tool for the resolution of the collisions between fundamental rights, especially of those expressed through principles, which occur with greater frequency. The study was motivated by the need to deepen the discussion related to the problem of the conflicts of laws, not only by confronting the normative texts which express such rights, but also by discussing on such phenomena with the complexity demanded by the issues. To do so, doctrinaire, legal and jurisprudential research was undertaken, making the analysis of practical demands possible, and inserting the object of the investigation inside a macro context, in order to compare minimally organized legal systems. Principles enunciate values which deserve to be fulfilled to the greater possible measure, according to judicial and real world possibilities, considering the limits of the applied case, since they are, in essence, relative. For this reason, the conflict between fundamental rights (generally foreseen through principles) is solved through a judgment of balancing, that is to say, of balancing between the judicially conflicted rights, so that such balancing does not involve unnecessary restrictions in the detrimented right and neither the invalidation or exclusion of any fundamental rights. In conclusion, the principle of the proportionality was deemed as an essential and effective solution of existent controversies between norms of fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Collision. Pondering of values. Principle of the proportionality.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 4. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor).

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. Tradução de: *Teorías de la Argumentación Jurídica*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. Almedina: Coimbra, 2003.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO. *La crisis de la ley: Memoria del II encuentro de claustros docentes*. Pisa: Escuela Libre de Derecho, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2004.

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

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson. S. L., 2003.

INFOESCOLA. *Células-tronco*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/citologia/celulas-tronco/>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004. Tradução própria.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e héracles*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PAULATTI, Letícia Carla; ANGELUCCI, Cleber Affonso. *Anencefalia e sua amplitude*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2316/1811>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.