ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

CONFLITO DE INTERESSES NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

CONFLICT OF INTEREST IN THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK: AN ANALYSIS ACCORDING THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Viviane Salviano Fialho*

RESUMO: O presente artigo versa sobre um princípio que é de fundamental importância para a aplicação do direito: o princípio da proporcionalidade. Pretende-se fazer uma análise da consagração dos valores na Constituição, os quais aparecem concretizados na forma de princípios. Estes são tendentes a entrar em conflito e necessitam de um instrumento idôneo a dirimir estas tensões, surgindo tal princípio. É ainda ressaltada a função hermenêutica dele, o qual afere pesos aos princípios conflitantes a fim de fazer com que um deles prevaleça no caso concreto. Por fim, analisa-se o princípio da dignidade da pessoa humana.
Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direitos fundamentais. Hermenêutica. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present article discusses the principle that is of a fundamental importance for the application of the law: the proportionality principle. It claims to do a scan of the consecration of values in the Constitution that appears in the shape of principles. They are inclined to conflict and need a suitable tool to move away these tensions and then emerges the proportionality principle. It highlights its interpretation function that attributes levels of importance for the conflicting principles in order to make that one prevail over the others. At the end it scans the principle of the human dignity.
Keywords: Proportionality principle. Fundamental rights. Interpretation. Human dignity.

* Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente é largamente aceita a introdução dos valores no Direito Constitucional. Dessa forma, a Constituição passa a ser vista como um sistema jurídico integrado e aberto de regras e princípios[1], encontrando nestes a concreção máxima dos valores. Na realidade, tal aspecto axiológico é intrínseco ao próprio Direito, afinal, este é fato (efetividade social e histórica), valor (o Direito como valor de Justiça) e norma (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência)[2]. O próprio poder constituinte originário elege como valores supremos a serem resguardados o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça[3].

Não raras às vezes em que essa vertente axiológica do Direito é evocada para retirar a credibilidade de certos julgamentos, alegando violação ao princípio da segurança jurídica. Partindo deste pressuposto, o juiz deveria vincular-se cegamente à lei, pois "se os tribunais não devem ser fixos, as sentenças devem sê-lo a ponto de não serem outra coisa senão um texto preciso da lei"[4].

Evocando o artigo 4° do Código Napoleônico, Bobbio nos mostra, respeitando o princípio da proibição do non liquet, as seguintes hipóteses em que o juiz deve se despojar de todo e qualquer legalismo e "criar" o Direito através de um juízo de valor próprio:

a) obscuridade da lei: o juiz deve torná-la clara através da interpretação;
b) insuficiência da lei: o juiz deve completar o disposto legislativo (integração da lei);
c) silêncio da lei: o juiz deve suprir a lei (caso em que deve recorrer às fórmulas oferecidas pelo próprio sistema – analogia e princípios gerais de direito – ou a dispositivo extrínseco ao próprio sistema como um juízo de valor – a equidade)[5].

Neste ponto acredita-se que cabe expor o pensamento do abalizado jurista Hans Kelsen. A teoria da dogmática hermenêutica se vê bitolada

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.E. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1085 e ss.
2 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64-65
3 Preâmbulo constitucional.
4 MONTESQUIEU (APUD BOBBIO, Norberto, 1995, p. 40).
5 Idem, p. 74.

por dois princípios: o da inegabilidade dos pontos de partida e o da proibição do *non liquet*. Então o jurista se vê entre o dogma – a proibição de negar os princípios – e a liberdade – a possibilidade subjetiva de interpretar conforme uma vontade. Essa tensão entre dogma e liberdade constitui o que se chama de desafio kelseniano[6]. Nada obstante, esta tensão somente expõe a obrigação de haver uma interpretação para que, dentro dos inúmeros critérios de decidibilidade, seja encontrada aquela solução que acarrete menor perturbação social.

No constitucionalismo contemporâneo a doutrina já se encontra pacificada, pois é inegável que os princípios são pontos imanentes a todo o direito, representando aqui os valores mais um marco evolutivo para o Direito, tendo esses como expressão máxima os próprios princípios. Segundo Ana Paula de Barcellos, a constitucionalização dos princípios aparece em duas frentes: do ponto de vista existencial, a constitucionalização serve para proteger os princípios através da técnica da cláusula pétrea; do ponto de vista operacional, a constitucionalização confere eficácia a esses princípios, dotando-os de superioridade hierárquica dentro do ordenamento[7].

A indeterminabilidade e a abstratividade abrem espaço para a discricionariedade do intérprete e dos aplicadores do direito, em detrimento da segurança jurídica. No entanto, um sistema jurídico que não comportasse princípios seria dotado de uma rigidez insustentável, porquanto não comportaria todos os conflitos de interesses inerentes a toda sociedade. Assim também entende Daniel Sarmento, ao asseverar:

> A instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes[8].

6 KELSEN, Hans (APUD Tércio Sampaio Ferraz Jr., 2007 p. 264).

7 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27-28.

8 SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: Ricardo Lobo Torres. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 54.

Isto é assim porque as regras operam sob a forma do tudo ou nada[9], ou seja, em caso de conflito, este só pode ser resolvido através da inserção de uma cláusula de exceção[10]. Assim, o conflito entre regras ocorre no âmbito da validade, posto que, incidindo duas regras sobre um mesmo caso concreto, uma delas é reputada inválida, enquanto que a colisão entre princípios se dá na dimensão do valor, sendo que, em determinadas circunstâncias, um pode ceder espaço ao outro sem que nenhum deles seja reputado inválido.

2 CONFLITOS NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Paulo Bonavides, a Constituição é, do ponto de vista material, o conjunto de normas concernentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais quanto sociais[11]. Dessa forma, qualquer Constituição que não venha a abranger estes conteúdos não é digna de receber essa denominação. Assim, esses são os conteúdos fundamentais a qualquer Constituição; aqueles que se inserem em seu texto contemplando outras matérias são meramente de caráter formal.

Dentre esses conteúdos destacam-se aqui os direitos fundamentais. Segundo uma acepção lata de Konrad Hesse, direitos fundamentais seriam aqueles que almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana[12]. Desta assertiva infere-se a importância dada aos conteúdos da liberdade e da dignidade humana. No entanto, encontra-se hodiernamente pacificada na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, isto é, qualquer um deles pode padecer de aferição normativa que lhes acarrete restrições, porquanto não são absolutos.

Coaduna-se com tal entendimento a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, conforme assevera que é "admitida a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais, já que virtualmente pacificado o entendimento de que, em princípio, inexiste direito absoluto, no sentido de

9 Expressão cunhada pelo professor de Harvard Ronald Dworkin. Cf. BONAVIDES, 2007, p. 282.
10 ALEXY, Robert (APUD Paulo Bonavides, 2007, p. 279).
11 BONAVIDES, 2007, p. 80.
12 Ibidem, p. 560.

total imunidade a qualquer espécie de restrição"[13]. Não obstante a importância dos direitos citados por Konrad Hesse, estes não podem ser sobrelevados ao ápice da pirâmide axiológica dos direitos fundamentais, uma vez que a possibilidade de relativização destes direitos impossibilita uma hierarquização. Neste diapasão, Robert Alexy manifestou a sua aversão ao emprego da hierarquia de valores, ao afirmar que "é fácil compreender que é inaceitável uma ordem de hierarquia abstrata de valores de direito fundamental, seja de ordem cardinal ou ordinal" [14].

Tal vedação advém de um princípio norteador da hermenêutica constitucional: o da unidade da constituição, pois, conforme pondera Canotilho, conferir validade absoluta a determinados princípios acarretaria o sacrifício dos demais, comprometendo a própria unidade da Constituição[15]. Coaduna-se com essa opinião a de Daniel Sarmento, que diz ser a hierarquização desaconselhável, uma vez que aqueles direitos que estiverem em um nível inferior se tornariam "letra morta", insuscetíveis de aplicação[16].

Não obstante tal entendimento, o Tribunal Constitucional Alemão optou por elaborar uma ordem hierárquica dos valores constitucionalmente consagrados. Em primeiro lugar deve-se proteção à liberdade da pessoa; em segundo, estão os direitos à integridade física e moral, à inviolabilidade corporal, à intimidade pessoal, ao segredo das comunicações, à inviolabilidade de domicílio e o direito a fixar livremente sua residência; em terceiro lugar tem-se a proteção à propriedade e à liberdade de escolha profissional; e, por fim, em quarto lugar tem-se a liberdade de exercício profissional[17].

Das opiniões de Konrad Hesse e do Tribunal Alemão, percebe-se uma visível consagração do *in dubio pro libertate*, opinião a qual se concretiza por fazer com que o princípio da liberdade tenha máxima concretização e eficácia no âmbito constitucional, conforme opinião exarada por Luiz Rodrigues Wambier, ao asseverar que "todo princípio erigido em garantia pela Constituição tem, em última análise, como seu objetivo intrínseco, garantir a liberdade humana, razão de ser de toda a formulação em torno da ideia

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 121.
14 ALEXY, Robert (apud LIMA, 2001, p. 82).
15 CANOTILHO (1999 apud SARMENTO, 1999, p. 44).
16 SARMENTO, 1999, p. 48.
17 LIMA, 2001, p. 81.

de Estado de Direto" [18].

É compreensível que se tenha essa opinião se forem observados os confins da história de repressão por que passaram os Estados submetidos ao absolutismo. Entretanto, hodiernamente tal opinião se torna insustentável, tendo em vista a necessidade de relativização desse direito em prol da ordem jurídica e segurança pública.

Após fundamentada a possibilidade de se relativizar os direitos fundamentais, surge o questionamento de saber como aplicar tais direitos no caso concreto em hipóteses em que eles venham a entrar em conflito. Neste diapasão é que surge um princípio perfeitamente idôneo à resolução de tais conflitos, que, em virtude de suas características, é considerado como princípio dos princípios: o princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais encontram-se consagrados na Constituição como princípios[19]. Como tais, apresentam como características a generalidade e a abstratividade, podendo abranger em seu âmbito de atuação um grande número de aplicações prováveis, abrindo-se a possibilidade para que uma mesma situação seja regulada por mais de um princípio. Para dirimir tal tensão é que surge o princípio da proporcionalidade, como distribuidor da boa justiça, de modo que a resolução de conflitos entre princípios constitucionais diametralmente opostos se dê de forma a preservar da melhor maneira possível a incolumidade da Constituição. Assim também se mostra a opinião de José Carlos Vieira de Andrade ao asseverar:

> [O princípio da proporcionalidade é] "critério de distribuição de conflitos" entre diferentes valores constitucionalmente consagrados, notadamente no âmbito dos direitos fundamentais, [instrumento] idôneo a impor a ponderação de todos os valores constitucionalmente aplicáveis, para que não se ignore nenhum deles, preservando-se a Constituição na maior medida possível[20].

O princípio da proporcionalidade não se encontra positivado na Constituição brasileira, no entanto, em virtude da previsão do reconheci-

18 WAMBIER (apud ARAÚJO, 2004, p. 64).
19 ALEXY (apud CAMARGO, 2005, p. 384).
20 ANDRADE (apud ARAÚJO, 2004, p. 93).

mento de princípios implícitos (art. 5°, §2°) ele é largamente aceito pelo constitucionalismo nacional.

As origens deste princípio são desconhecidas, mas ele poderia ter surgido na Magna Carta inglesa de 1215, a qual exarava em seu texto: "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito" [21].

No Direito brasileiro, várias são as teses que procuram encontrar um fundamento constitucional para o dito princípio. Se por um lado alguns dizem que ele deriva do Estado de Direito[22], bem como do devido processo legal[23], outros dizem que ele deriva da legalidade[24] ou que exerce seu papel preponderante no âmbito dos direitos fundamentais[25]. Vejamos quais seriam os respaldos para tais opiniões.

2.1 ESTADO DE DIREITO

O estabelecimento dos Estados Modernos, os quais apresentavam uma forte unificação e submissão das pessoas à mesma ordem jurídica, trouxe consigo também um forte caráter arbitrário por parte daqueles que se encontravam no poder, pois o seu exercício constava dos seguintes aspectos[26]:

a) o Estado, sendo o criador da ordem jurídica, não se submetia a ela, a qual era dirigida apenas aos súditos;
b) o soberano e, portanto, o Estado era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, perante um Tribunal, a validade ou não dos atos daquele;
c) o Estado era irresponsável juridicamente;
d) o Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia[27];
e) todos os poderes estavam concentrados nas mãos do soberano, a quem cabia legislar, administrar e julgar.

21 GUERRA FILHO, Willis Santiago (apud ARAÚJO, 2004, p. 73).
22 Exemplificativamente tem-se Helenilson Cunha Pontes, Ernesto Pedraz Penalva, Nelson Nery Júnior.
23 Cita-se Paulo Armínio Tavares Buechele.
24 Pode-se citar Celso Antônio Bandeira de Mello.
25 Cita-se Suzana de Toledo Barros.
26 SUNDFELD, [199?], p. 34.
27 Observa-se ainda hoje a atuação do poder de polícia no direito administrativo, que é a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos, a qual deve, no entanto, respeitar os critérios de razoabilidade.

Devido a esses atributos, o Estado era tido como Estado-Polícia, o qual impunha obrigações e restrições aos seus súditos, sem, contudo, submeter-se à ordem jurídica. Após a Revolução Francesa foi cunhada uma nova ideia de Estado, o qual deveria se submeter às normas de direito e que, mediante contraprestações aos seus cidadãos, exerceria o poder em seu nome. Dessa forma, surge o Estado de Direito, o qual se submete às ordens jurídicas e que, somente em virtude delas, pode impor limitações aos seus cidadãos. Essa nova vertente do Estado não comportava, no entanto, a concentração absoluta de poderes, por isso fez-se mister a tripartição em Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si[28].

Nesse ínterim, ainda faltava uma norma que criasse e regulasse essa nova forma de Estado: a Constituição. Assim, as características mais importantes do Estado de Direito são: a supremacia da Constituição, a separação dos poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos[29]. Sem essas características o Estado de Direito não pode se sustentar e sequer subsistir.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A cláusula do devido processo legal adveio da Magna Carta inglesa de 1215, apresentando dupla dimensão: a de proteger o cidadão de não ter sua liberdade tolhida arbitrariamente; e de poder reclamar a proteção dos seus direitos perante o Judiciário através da ampla defesa e do contraditório, tidos como corolários do devido processo legal[30]. Dessa forma, tal princípio surge como proteção contra atos do Poder Público que, sem essa garantia, poderiam se mostrar arbitrários. Está expresso na Constituição através do princípio do juiz natural (art. 5°, XXXVII e LIII), da ampla defesa e do contraditório (art. 5°, LV), do princípio da inafastabilidade do Judiciário (art. 5°, XXXV) e da obrigação de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX).

28 A tripartição de poderes encontra-se hoje relativizada, pois o Executivo legisla (através de medidas provisórias, art. 62 da CF); o Legislativo julga (art. 52, I e II) e o Judiciário legisla por meio da atividade criativa do direito através do juízo de equidade.

29 SUNDFELD, Op. cit., p. 30.

30 MORAES, 2002, p. 123.

2.3 LEGALIDADE

O princípio da legalidade (art. 5°, II) mostra-se como corolário direto do Estado de Direito, uma vez que, a partir de sua constituição ele passa a submeter-se à ordem jurídica. Como assevera José Afonso da Silva:

> É [...] um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais[31].

Nessa linha de raciocínio, o princípio da legalidade aparece como vedação de arbítrio do poder estatal em sua tríplice vertente, uma vez que este somente pode ser exercido conforme previsão legal, isto é, em virtude da lei (entendida *lato sensu*). Assim, o Estado fica vinculado ao princípio da estrita legalidade, pois o exercício do seu poder deve estar expressamente previsto em lei, enquanto que os particulares se submetem ao princípio da legalidade mesmo, isto é, para agirem, basta que não estejam proibidos por lei.

A submissão do Estado ao dito princípio também se expressa quando se trata de cercear a liberdade dos cidadãos, ou seja, quando se tratar de cominar-lhes penas restritivas de liberdade, como acontece com a aplicação do Direito Penal (art. 5°, XXXIX, CF e art. 1°, CP).

2.4 CONCLUSÃO DAS FUNDAMENTAÇÕES

Certa razão cerca todas essas opiniões. Tal dissensão doutrinária apresenta-se nítida no pensamento de Maunz e Duerig, que asseveram:

> Primeiro buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacila-

31 SILVA, 1997, p. 400.

> ção, o parecer de último dominante e, por sem dúvida, mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação[32].

A justificativa para a fundamentação no Estado de Direito seria a de que, com a gênese deste, será possível a contenção de arbitrariedades, uma vez que o Estado se submete à ordem jurídica; vedação de excesso por parte do Poder Legislativo, que, ao elaborar as leis, deve observar o seu caráter interventor nos direitos já existentes, exercendo, assim, o controle de constitucionalidade das leis exaradas por este Poder, posto que o princípio da proporcionalidade "transforma o legislador num funcionário da Constituição, e estreita, assim, o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis"[33]. Segundo Paulo Bonavides, esse princípio fundamenta um novo Estado de Direito, o qual se afigura pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações[34].

O princípio da legalidade, como corolário do Estado de Direito, estaria intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade por limitar a ação do Estado à letra da lei, o qual deve agir somente de acordo com o que vem expressamente prescrito nela. Coaduna-se com tal aspecto a concepção de direitos fundamentais de Carl Schmitt, pois ele diz que estes são, em regra, absolutos, somente por limitações legais é que se relativizam, as quais aparecem como exceções[35].

A vinculação ao princípio do devido processo legal advém do fato de todo cidadão ter o direito de não ter sua liberdade tolhida arbitrariamente. Nesse sentido, é-lhe também fornecida a possibilidade de defesa em caso de lesão a direito e de ser julgado por um tribunal fixo e pelo juiz competente, tendo o Judiciário o dever de fundamentar suas decisões, observando a adequação e necessidade dos meios empregados nelas.

De todas essas conclusões percebe-se a consagração da vedação do arbítrio por parte dos órgãos do poder estatal, os quais devem se ater ao princípio da proporcionalidade como meio de restrição à discricionariedade. Com efeito, Paulo Bonavides ensina que, com o advento do segundo Estado de

32 BONAVIDES, Op. Cit., p. 402.
33 Idem, p. 424.
34 Ibidem, p. 394.
35 SCHMITT (apud BONAVIDES, 2007, p. 561).

Direito subordinado à constitucionalidade, contrariamente ao primeiro subordinado à legalidade, o legislador tem o seu âmbito de atuação restringido, sem, contudo, abalar o modelo tripartido de poderes desenvolvido por Montesquieu. Com isso o legislador vê sua ampla liberdade tolhida pelos órgãos jurisdicionais, os quais passam a ser responsáveis pela conciliação da justiça formal com a justiça material, a qual se dá pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade (das normas jurídicas abstratas à realidade social), estando, esta última, a mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade[36]. Dessa forma, podem-se inferir as seguintes concepções deste princípio:

a) princípio jurídico limitador da atividade do criador das normas;
b) princípio jurídico material do Estado de Direito que decorre da ideia de justiça, de justa medida, de moderação;
c) princípio protetor da liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias.

3 A QUESTÃO DA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade exerce sua função manifestamente no âmbito dos direitos fundamentais. Ora, mas que seriam esses direitos tutelados frente a arbitrariedades senão os direitos fundamentais. Com efeito, ele se propõe, como meio perfeitamente idôneo, à ponderação de bens no caso concreto, viabilizando a realização ótima dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse, numa acepção estrita e meramente formal, nos diz que direitos fundamentais são aqueles que o direito classifica como tais. Mas, logo a seguir, admite que esta definição não os concebe em sua natureza material[37]. Segundo o mesmo autor, as restrições aos direitos fundamentais devem encontrar o seu limite na própria Constituição[38], isto é, a Constituição, reconhecendo a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, deve oferecer as condições em que esta deve ocorrer. Dessa forma, os limites às normas de direitos fundamentais devem ser feitos de

36 BONAVIDES, Op. cit., p. 399-400.
37 HESSE, 1998, p. 225.
38 Idem. p. 224

maneira proporcional, a fim de se evitar abusos.

Assim, como os direitos fundamentais (tidos como princípios) são tendentes a entrar em conflito no caso concreto, deve haver um mecanismo que venha a dirimir esta tensão, o qual deve ser oferecido pelo próprio sistema constitucional e é neste aspecto que o princípio da proporcionalidade se mostra adequado, pois, se não se encontra expressamente positivado na Constituição, advém de outros princípios por ela consagrados[39].

4 FUNÇÃO HERMENÊUTICA E CONCRETIZADORA

Além dessa função notável no âmbito dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade desempenha papel proeminente na esfera da hermenêutica constitucional. Tomando como ponto de partida os cânones hermenêutico-constitucionais, pode-se inferir uma conexão entre essas regras de aplicação e efetivação da Constituição[40]. Assim ensina o abalizado jurista Konrad Hesse[41]:

a) unidade da Constituição: as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a evitar conflitos entre elas. Dessa forma, realiza-se uma interpretação sistemática dentro da própria constituição;
b) concordância prática: implica uma coordenação dos bens juridicamente tutelados, de modo que, em caso de colisão entre eles, devem ser traçados limites de maneira a não impor sacrifícios a nenhum deles;
c) exatidão funcional: Se a Constituição ordena atribuições de competências, o órgão responsável pela interpretação deve fazê-lo de modo a respeitar tal distribuição;
d) efeito integrador: Deve-se dar preferência à interpretação que produza efeito "criador e conservador da unidade" [42];
e) força normativa: Aquele incumbido de realizar a interpretação deve levar em conta as variantes fáticas e históricas, a fim de manter sua eficácia ao longo dos tempos[43].

39 Em sentido contrário, cf. Willis Santiago Guerra Filho citado por Francisco Fernandes de Araújo. Op. cit. p. 80. Ele assevera ter o princípio da proporcionalidade vida própria por tratar-se de um princípio aberto e independente daqueles já normatizados pelo direito positivo.

40 Aqui, entende-se que o princípio da proporcionalidade, bem como as técnicas de interpretação, possibilitam a concretização da Constituição no caso concreto.

41 HESSE, Op. cit., p. 65-68.

42 Idem, p. 68.

43 Canotilho apresenta ainda como corolário deste princípio o da máxima efetividade da Constituição.

Partindo destes pressupostos, pode-se relacionar os cânones hermenêutico-constitucionais ao princípio da proporcionalidade da seguinte forma: o princípio da unidade, à medida que estabelece que as normas devem ser interpretadas de forma a evitar contradições entre elas, impede que haja "restrições unilaterais a aspectos parciais"[44]. O princípio da concordância prática, por estabelecer limites às restrições aos direitos fundamentais, apresenta-se como projeção do princípio da proporcionalidade no orbe da hermenêutica constitucional. A exatidão funcional obriga o respeito ao modelo de competências constantes na Constituição, o qual não deve sofrer modificações. Tal princípio guarda relação com o princípio da tripartição dos poderes, o qual apresenta como propósito essencial a limitação do poder[45]. O efeito integrador postula que se deva conservar a unidade da Constituição; a interpretação deve, portanto, respeitar os limites impostos por ela mesma. Por fim, tem-se a força normativa que reforça a integração social da Constituição à medida que atualiza as necessidades sociais, associando-as aos métodos interpretativos.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade se relaciona à metódica concretizante constitucional de Konrad Hesse. O insigne jurista admite que a efetivação da Constituição ocorre unicamente por via interpretativa. Com efeito, isso ocorre manifestamente com os princípios, uma vez que estes não permitem, por insuficiência do seu grau de concretização, subsunção. Destarte, a hermenêutica concretizante de Hesse se caracteriza por ser um método tópico, isto é, voltado para problemas[46]. Assim, a interpretação somente poderia se dar em face do caso concreto. No entanto, ele alerta que essa interpretação deve ser feita de forma fundamentada a fim de "proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar 'para as coisas mesmas'" [47]. Assim, a interpretação não se mostra de modo discricionário, uma vez que se dá sempre com vista ao caso concreto, sendo por ele confirmada e corrigida.

Se a Constituição não comporta uma hierarquização de valores, como já dito anteriormente, então ela requer um procedimento de concretização

44 HESSE, Op. cit., p. 65.

45 GALINDO, 2003, p. 147. O autor chegou à conclusão desta correlação. A expressão constitucional deste princípio hermenêutico encontra-se albergado no art. 60, §4º, III.

46 No entanto se diferencia deste método pelo fato de sobrepor a norma ao problema.

47 HESSE, Op. cit., p. 62.

normativamente vinculado, a qual, no entanto, deve respeitar "pontos de vista dirigentes" [48], os quais devem fundamentar a decisão da forma mais convincente possível. Nesse diapasão ele diz que: "a tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente 'exato' em um procedimento racional e controlável e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão" [49].

Ora, o princípio da proporcionalidade, como instrumento apto a dirimir dissensões entre princípios, também se apresenta como um método tópico, uma vez que encontra nos problemas concretos o seu principal âmbito de atuação. Assim, ele possibilita que os princípios conflitantes possam exercer sua função (a de reconhecer direitos fundamentais) não só abstratamente, mas também no meio social.

Ademais, o princípio da proporcionalidade também se apresenta como um método hermenêutico por promover a ponderação de bens, porquanto confere pesos aos princípios conflitantes a partir da interpretação, fazendo com que um deles prevaleça no caso concreto. Assim, dependendo da interpretação, um princípio pode numa situação prevalecer, como pode em outra ser postergado.

5 ANÁLISE DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios fundamentais são as normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional e das normas definidoras de direitos fundamentais, sendo o núcleo essencial da Constituição formal e material. O princípio da dignidade humana foi consagrado pelo constituinte como um desses princípios, sendo previsto não somente no art. 1°, III, mas também em outros dispositivos da ordem constitucional (art. 170, caput; art. 226, §7°; art. 227, caput).

No entanto, a juridicização do valor humanista não tem por si só o condão de impedir violações aos direitos fundamentais. Por esse motivo é que o Estado deve vir baseado no princípio da dignidade humana, pois o valor humanista é centro de toda a ordem jurídica, uma vez que o "indi-

48 Idem, p. 63.
49 Ibidem, p. 55.

víduo é o centro e o fim de todas as construções humanas" [50], sendo assim este princípio o ponto de Arquimedes do nosso ordenamento.

A dignidade da pessoa humana deve ser o fim colimado pelo Estado e não o meio para a concretização dele, pois "a Constituição [...] confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado" [51].

O constituinte tomou a decisão acertada ao alocá-lo no âmbito dos fundamentos do Estado, pois se o tivesse colocado no rol dos direitos fundamentais poderia conferir-lhe um aspecto programático que acarretaria por muitas vezes a sua não observância em termos de concretização.

A dignidade da pessoa humana é anterior ao próprio direito positivo, sendo, na verdade, embasada na doutrina jusnaturalista; é um direito anterior às codificações, sendo inerente a todo ser humano. Assim, ela não pode ser conferida pelo ordenamento jurídico na qualidade de direito fundamental, uma vez que é anterior ao próprio ordenamento. A inserção da dignidade humana nas Constituições conferiu-lhe uma prerrogativa que somente ela pode ostentar: plena eficácia e "caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa" [52].

Segundo Alexy, a dignidade humana apresenta-se em dúplice dimensão: como princípio, ela atua como mandado de otimização, isto é, vinculando aqueles que estão subjacentes à Constituição a protegê-la e promovê-la. A sua vertente de regra contém uma prescrição imperativa de conduta[53].

Para alguns doutrinadores[54], a dignidade humana não deve servir de objeto na ponderação de bens, porquanto neste processo o núcleo em dignidade humana deve permanecer incólume, então não se pode fazer ponderações frente à própria dignidade. No entanto, podem existir situações em que a dignidade humana deve ser passível de ponderações, como é quando há conflitos entre dignidades. Ingo Wolfgang Sarlet coloca a possibilidade de se poder relativizar a dignidade de um indivíduo em prol daquela de outrem[55].

50 BARCELLOS, Op. cit., p. 22.
51 SARLET, Op. cit., p. 79.
52 Idem, p. 72.
53 Idem, p. 74.
54 Pode-se citar Fernando Ferreira dos Santos.
55 Ibidem, p. 128.

Com efeito, tal questionamento não é desarrazoado, uma vez que, como já dito anteriormente, a dignidade humana não deve servir de objeto de ponderações. Portanto, tal indagação faz-se mister quando se tratar de colisões de direitos fundamentais. O próprio autor diz que a análise desta questão deve ser feita diante do caso concreto, sendo que se deve perquirir a intensidade da ofensa para lograr uma solução constitucionalmente adequada[56]. O próprio autor aponta a solução, ao afirmar:

> Mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, uma certa graduação e relativização, desde que não importe em sacrifício da dignidade, será possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este, por via de consequência será intangível[57].

Os direitos fundamentais apresentam-se como concretizações da dignidade humana, em maior ou menor grau, de tal sorte que alguns se apresentam como explicitações de primeiro grau dela enquanto outros são dela decorrentes[58].

Se por um lado todos os direitos e garantias fundamentais radicam da dignidade humana, também convergem para este mesmo ponto, porquanto exigem concretizações os ideais de proteção e desenvolvimento das pessoas. Sabe-se que a Constituição recepciona princípios e direitos fundamentais não expressamente previstos no corpo de seu texto, de tal sorte que, todos aqueles direitos que não se encontram consagrados na Constituição, mas que tenham um núcleo em dignidade humana, podem, indubitavelmente, ser elevados à categoria de direito fundamental. A título exemplificativo, pode-se falar no direito à alimentação, consagrado no Código Civil, mas que não encontra previsão constitucional. Da mesma maneira, aqueles direitos que não se encontram no rol dos direitos fundamentais podem vir a pertencer a esta categoria, como já exposto alhures. Nesse sentido, assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

56 Id., p. 128.
57 SARLET, Op. cit. p. 138.
58 Ibidem, p. 82.

> De modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais[59].

Partindo dessa linha de raciocínio, o princípio da dignidade humana serve como diretriz aferidora de direitos fundamentais, porquanto faz com que eles, mesmo que não albergados pela ordem constitucional, sejam elevados ao status de direitos fundamentais. Em verdade, a dignidade humana assume dupla dimensão no concernente aos direitos fundamentais: uma relativa ao conteúdo dos direitos fundamentais, no qual assume função de núcleo e outra de medida dos direitos fundamentais, porquanto lhes afere esta condição.

Ademais, a dignidade humana assume a função de garantia aos direitos fundamentais à medida que impede que as restrições que eles venham a sofrer sejam de tal sorte que a acarrete a sua total invalidação. A dignidade humana exerce a função de limite dos limites dos direitos fundamentais, pois impõe que as restrições devem ocorrer até o ponto em que não acarretem o seu total esvaziamento ou até mesmo a sua supressão. Assim, "nenhuma restrição de direitos fundamentais poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição" [60]. Assim, a dignidade humana passa a ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual se encontra imune a restrições, sob pena de se incorrer em uma prática desproporcional.

Dessa forma, assemelha-se ao princípio da proporcionalidade à medida que limita o poder estatal no concernente à violação aos direitos fundamentais, além de assumir uma vertente que obriga o Estado a proteger, promover e realizar uma vida com dignidade para todos. É neste aspecto que a dignidade da pessoa humana assume a característica

59 Ibidem, p. 103.
60 SARLET, Op. cit., p. 122.

de garantia aos direitos fundamentais, pelo fato de impedir restrições que lhes acarrete o total esgotamento.

Uma violação à dignidade humana somente se configura de todo grave se ela desconsiderar o valor humanista inerente a todo indivíduo. Outrossim, para se imprimir restrições a um direito deve-se, primeiramente, perquirir o seu conteúdo em dignidade.

6 CONCLUSÃO

Do conteúdo explanado percebe-se a importância do princípio da proporcionalidade, não só para o direito constitucional, mas também para o infraconstitucional. A sua importância perpassa o âmbito dos conflitos entre os direitos fundamentais e chega até às questões hermenêuticas, fundamentais para a aplicação das proposições abstratas do direito à realidade concreta. Por isso mesmo que se atreveu aqui a assemelhá-lo à hermenêutica concretizante de Hesse. Ademais, é um princípio que, por ser aberto, pode guindar-se ao patamar mais elevado: o de princípio dos princípios. A ideia basilar de todo Estado democrático de Direito, a da vedação do arbítrio, também se encontra balizada por este princípio, o qual ainda vincula todos aqueles que exercem o poder a concretizar o valor supremo de todo o ordenamento jurídico: a justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). **Hermenêutica plural:** possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2005. p. 369-390.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). **Hermenêutica plural:** possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2005. p. 391-410.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional:** por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor". Fortaleza: ABC, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [199-].

Correspondência | Correspondence:

Viviane Salviano Fialho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: vivianesalviano@hotmail.com