

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação
Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 76/2011 | p. 115 - 138 | Jul - Set
/ 2011
Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 707 - 729 | Ago / 2015
DTR\2015\10988

Wandimara Pereira dos Santos Saes

Mestre em Direito Constitucional, subárea de Direito do Estado, pela PUC-SP. Professora de Direito Constitucional na Unifamma-PR. Advogada.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: Considerada a natureza principiológica dos direitos fundamentais, na hipótese de colisão entre os mesmos, deve incidir a ponderação para o sopesamento numa relação de precedência. Mostram-se, portanto, inadequados os critérios aplicáveis na resolução de antinomia entre regras, que requer exclusão de uma delas numa relação de validade. Para assegurar a correta proporcionalidade, que deve atuar nas hipóteses de colisão dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana deve constituir o critério material da ponderação, a fim de que esta não se torne mera técnica destituída de conteúdo. Na colisão, in concreto, entre direitos fundamentais, o conteúdo essencial em dignidade humana tem precedência, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais - Colisão - Ponderação - Dignidade humana.

Abstract: Taking into account the principleological nature of the fundamental rights, in the hypothesis of collision between them we proceed to ponderation to axiological balance, in a precedence relation. Thus, the criteria which are applicable to solve antinomy between rules are not proper, and it is necessary to exclude one of them in a validation relationship. In order to assure the right proportionality, the human dignity principle must constitute the material criteria of ponderation, so as to not become a mere technique without content. In the collision, in concrete, between fundamental rights, the essential content in human dignity has precedence, according to the juridical and factual possibilities.

Keywords: Fundamental rights - Collision - Ponderation - Human dignity.

Sumário:

- 1. Introdução - 2. Da dignidade humana - 3. Da colisão de direitos fundamentais - 4. Da ponderação - 5. Dignidade humana: direito fundamental absoluto? - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas

Revista de Direito Constitucional e Internacional • RDCI 76/115 • 2011

1. Introdução

Antes de se proceder à compreensão analítico-conceitual da dignidade humana, cumpre observar que a dignidade humana é, em sua dimensão ontológica, um atributo moral intrínseco do ser humano. Constitui um desses conceitos a priori, como bem a catalogou José Afonso da Silva, "um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana".¹ Portanto, ela não é uma pura abstração epistemológica nem um produto normativo do legislador constitucional. A par disso, verifica-se que a dignidade humana cumpre no sistema jurídico-constitucional pátrio indispensável papel na ponderação em hipóteses de colisão de direitos fundamentais.

2. Da dignidade humana

Conceitualmente a dignidade da pessoa humana corresponde, segundo Francisco

Fernández Segado, à livre capacidade de autodeterminação de toda pessoa e dela dimana, na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, “un minimum invulnerable’ que todo estatuto jurídico debe asegurar”.²

Cármén Lúcia Antunes Rocha resume, em sábias palavras,³ que a dignidade humana “é o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”.

No ordenamento jurídico-constitucional pátrio, a dignidade humana constitui não somente núcleo de direitos fundamentais, mas também valor e princípio constitucional. Portanto, a multidimensionalidade jurídica da dignidade humana impõe a análise de suas múltiplas vertentes para a sua integral compreensão.

A dignidade humana se revela como supremo valor, que se alça à condição de princípio normativo constitucional. Este, por sua vez, a juridiciza, para lhe imprimir caráter fundante e legitimador do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988).⁴

Como princípio constitucional ainda possui a relevante função de condensar as valorações políticas fundamentais que iluminam a elaboração, a interpretação e a aplicação da lei.⁵ A propósito, bem descreve Ingo Wolfgang Sarlet⁶ que de “modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana (...) acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático”.

Acerca da natureza principiológica da dignidade da pessoa humana, enuncia a lapidar lição do Min. Celso Mello:

“Representa considerada a centralidade desse princípio essencial (art. 1.º, III, da CF/1988) significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”⁷

Constitui a dignidade humana a “base antropológica’ constitucionalmente estruturante do Estado de Direito”,⁸ que se impõe como parâmetro de constitucionalidade material que vincula toda atividade estatal.

A par de constituir princípio estruturante, enseja ao seu titular uma posição subjetiva, manifestando-se como direito público subjetivo do indivíduo, contra ou através do Estado, mas que se realiza mediante a concreção dos direitos fundamentais.

Nessa dimensão, observa-se que é manifesta a indissociabilidade ontológica entre os direitos fundamentais e a dignidade humana, que se põe, em maior ou menor grau, no núcleo essencial daqueles.

Proclama Francisco Fernández Segado que os direitos fundamentais são inerentes à dignidade humana, “se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidade de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada”.⁹

Por isso, sentencia Paulo Bonavides¹⁰ que a dignidade humana constitui uma “proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”. Os objetivos estatais e os direitos fundamentais estão a seu serviço.¹¹

A dignidade humana, como substrato ético dos direitos fundamentais, também é proclamada por Antonio Enrique Perez Luño,¹² José Joaquim Gomes Canotilho,¹³ Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ e Francisco Fernández Segado.¹⁵ Afirma este jurista que “el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana”.

Em última análise, a dignidade humana se encontra impressa no código genético dos direitos fundamentais. O seu reconhecimento, portanto, mostra-se como pressuposto indispensável para o desenvolvimento das potencialidades do homem na esfera do bem comum.

Registre-se, por fim, que o Direito não se legitima, “a não ser mediante o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes”.¹⁶ Afirma-se que o Estado Democrático de Direito é a condição sem a qual a dignidade humana não floresce. Todavia, a recíproca é igualmente correta, podendo-se afirmar que o respeito à dignidade humana é pressuposto, é condição primeira para a implantação e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Ao lado dessa concepção, passa-se a analisar a sua relevância na operatividade do método da ponderação na hipótese de colisão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

3. Da colisão de direitos fundamentais

Não há catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos e a ponderação, como critério de solução de colisão de direitos, tem constituído a questão nuclear da dogmática dos direitos fundamentais.¹⁷

A colisão de direitos fundamentais, percebida como fenômeno natural no constitucionalismo contemporâneo,¹⁸ é típica das Constituições compromissárias – a exemplo da brasileira – que congregam diversos valores e ideologias.

Nesse sentido elucida Daniel Sarmento¹⁹ que: “As Constituições compromissárias, por consagrarem normas e valores com matizes ideológicos muito distintos, estão frequentemente sujeitas aos conflitos entre princípios constitucionais”.

Ocorre colisão de direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental restringe o exercício de direito de idêntica natureza pertencente a outro titular.

Para a adequada compreensão da colisão, impõe-se ressaltar a existência de distinção teórico-estrutural entre duas espécies de normas de direitos fundamentais – princípios e regras. Na nova dogmática da interpretação constitucional, que constitui um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo, como bem observa Luís Roberto Barroso, o “reconhecimento de normatividade aos ‘princípios’ e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”.²⁰

Os princípios ocupam posição hierárquica superior e possuem características de fundamentalidade enquanto fontes do Direito. Expressam valores e possuem elevado grau de abstração, necessitando, por isso, de mediação para que incidam sobre o fato.²¹ Robert Alexy, louvando-se em E. Bockénförde, define princípio como um “mandamento de otimização, cujo cumprimento depende das possibilidades fáticas ou jurídicas, sendo estas últimas determinadas pelos princípios contrapostos”.²²

As regras, a seu turno, são comandos com conteúdo preciso, têm grau de abstração reduzido e incidência direta e imediata sobre o caso concreto para prover a solução. Caracterizam-se pela funcionalidade de seu comando e, embora não expressem valores, dão concretude aos princípios que os veicula.

Da diversidade de sua estrutura e natureza, resulta outra distinção lógica entre regras e princípios: diversidade dos critérios de resolução de conflitos. Para tanto, há de se verificar a estrutura das normas em colisão, que conduz à adoção de critérios adequados à resolução de conflitos de regras ou princípios.

Tratando-se de conflito de regras, pode ser aplicada a fórmula do “tudo ou nada” proposta por Ronald Dworkin,²³ por meio da qual se analisa o conflito no âmbito de validade para a conseqüente aplicação ou não aplicação. Não obstante, é adjetivada de

demasiado simplista,²⁴ pois pode ser afastada por uma cláusula de exceção.

Tratando-se de colisão de princípios, segundo proposta de Robert Alexy, não se resolve o conflito no plano de validade, e sim no âmbito da precedência no caso concreto. Analisada a concreta situação e ponderados os princípios, em sua densidade normativa, obtém-se a solução para aplicação, restringindo-se ou ampliando-se a sua incidência. Considera-se a dimensão do "peso", proposta por Ronald Dworkin. Desnecessária será a exclusão de qualquer deles, estabelecendo-se apenas uma "relação de precedência (P) condicionada (C)" na "tarefa de otimização".²⁵

Em suma, a antinomia entre regras põe em relevo uma "relação de validade", que requer exclusão segundo os critérios da especialidade, hierarquia e cronologia, aplicando-se a regra válida para a hipótese fática; a colisão entre princípios, que possuem natureza axiológica, põe em relevo uma "relação de precedência", que requer ponderação e harmonização, aplicando-se o princípio de maior peso valorativo.

Todavia, em sede de colisão de direitos fundamentais, independentemente da estrutura da norma que os veicula, Robert Alexy²⁶ justifica que a teoria dos princípios é a mais adequada a uma solução racional. Além de afastar a rígida solução da validade ou não validade, permite a flexibilização dos efeitos da vinculatividade dos direitos fundamentais. Procede-se, assim, à otimização, que consiste em promover a máxima eficácia das posições subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais eventualmente colidentes. Tal solução se impõe, sobretudo no sistema constitucional brasileiro onde a Constituição prevê extenso rol de direitos fundamentais.

Há de se recorrer, assim, à "lei da colisão", descrita por Robert Alexy, que reza que: "Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente".²⁷

Explicita-a Edilson de Farias, sustentando que:

"A colisão será submetida ao 'processus' de 'ponderação' ou 'proporcionalidade stricto sensu' (Alexy), dos 'princípios concorrentes' (Gianformaggio), em que se investigará a 'importância' ou 'peso específico' (Dworkin) dos mesmos com o escopo de descobrir qual deles terá preferência nas circunstâncias do caso concreto."²⁸

Na abordagem analítica da questão da colisão na dogmática dos direitos fundamentais, há de se adotar uma concepção teórica acerca da estrutura dos direitos fundamentais. Não obstante possam os direitos fundamentais ser veiculados por regras ou princípios, a proposta de Robert Alexy, da qual se compartilha aqui, consiste em sempre considerar a colisão de direitos fundamentais como colisão de princípios a ensejar a ponderação. Uma tal decisão justifica-se, a nosso ver, porque as normas definidoras de direitos fundamentais por conterem elevada carga axiológica, ostentam natureza principiológica. Assim, a questão de forma (estrutura da norma), em que pese útil, não deve ser determinante na solução de colisão em sede de direitos fundamentais num sistema jurídico que aspire à concretização da justiça material.

4. Da ponderação

Na colisão de direitos fundamentais destaca-se, como visto, a ponderação como critério de resolução por excelência.

A ponderação, segundo Luis Prieto Sanchís, constitui um método para a resolução de certo tipo de antinomias normativas que, mediante a exigência de proporcionalidade, visa "(...) buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor".²⁹

Não se trata, acrescenta o jurista:

"Da declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al outro, sino a la

preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”.³⁰

Segundo a proposta conceitual de Ana Paula de Barcellos,³¹ a ponderação constitui uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Mediante a técnica da ponderação o intérprete, antes de proceder à “escolha” pela proteção de um dos bens ou valores em colisão, buscará atingir a “concordância prática” mediante “concessões recíprocas” sobre os bens jurídicos protegidos (...) objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja mínima indispensável à sua convivência com o outro”.³² Sem vulnerar o núcleo essencial dos direitos contrapostos, procede-se a mútua flexibilização para a preservação de ambos.

Antes da análise da operacionalização da ponderação judicial, in concreto ou ad hoc cumpre pôr em relevo a questão do campo de incidência do princípio da proporcionalidade.

Como princípio geral do Direito que constitui uma das formas de expressão do justo, o princípio da proporcionalidade informa a elaboração, a interpretação e aplicação do Direito. Dirige-se, portanto, a todos os Poderes Públicos, no desempenho da atividade jurídico-estatal. Ademais, deve-se reclamar a sua observância não somente na esfera pública do Direito, como na esfera privada, no âmbito da eficácia horizontal dos direitos privados.

No contexto da ponderação judicial, in concreto, a relevância do papel da máxima da proporcionalidade viabiliza a otimização dos direitos fundamentais segundo a sua viabilidade fática e jurídica.³³ Sempre referida, todavia, a uma ordem de preferência posta em função do caso concreto.³⁴

Em sede de ponderação, afigura-se possível – e imperativa – a ponderação legiferante, in abstrato, nas hipóteses de interferência na esfera dos direitos fundamentais, quando a observância ao princípio da proporcionalidade se impõe indeclinavelmente. Assim, tratando-se de direitos fundamentais e mostrando-se a decisão legislativa meio idôneo e necessário para regular a situação fático-jurídica, há de se proceder à ponderação do seu conteúdo, sopesando-se os direitos fundamentais que se coloquem sob restrição ou potencialmente em colisão com a edição da lei. O legislador a isso está vinculado.³⁵ Sendo vedada a sua exclusão do sistema jurídico³⁶ e mesmo o seu retrocesso, sobretudo em sede de direitos sociais, deve o legislador efetuar a restrição possível, se indispensável, dos direitos fundamentais e regular os efeitos incidentes nas situações jurídicas em curso eventualmente afetadas.

Desse modo, a vinculatividade dos direitos fundamentais irradia efeitos tais que torna imperativa não somente a ponderação judicial, mas também, e com muito mais razão, a prévia ponderação legislativa. Tal providência obviaria, por certo, a edição de leis inconstitucionais violadoras da proporcionalidade bem como as correlatas medidas judiciais para retirar a sua eficácia normativa.

Por isso, pode-se com Luis Prieto Sanchís sustentar que “nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales”.³⁷

O princípio da proporcionalidade, na visão de Willis Santiago Guerra Filho, deve ser concebido como “um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”.³⁸

Virgílio Afonso da Silva³⁹ faz, todavia, uma objeção semântica ao sustentar que o princípio da proporcionalidade, em verdade, não seria um princípio, “não com o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de

Robert Alexy". Denomina-a, por isso, de "regra da proporcionalidade," da qual decorrem três sub-regras.⁴⁰

Não obstante, adota-se aqui a concepção de que a "regra da proporcionalidade" tem natureza de princípio jurídico – ou princípio geral do Direito – fundado nos próprios ditames da Justiça.

O princípio da proporcionalidade se operacionaliza mediante a observância da aplicação sequencial dos seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴¹ Os subprincípios definem o que se deve entender por otimização de acordo com a teoria dos princípios.⁴²

Em função do subprincípio da adequação, exige-se a verificação da relação entre o meio adotado e o fim objetivado, desde que este seja legítimo. O meio deve ser apto a alcançar o fim a que se destina. Refere-se, pois, à idoneidade do meio. A adequação deve ser apurada em função da eficiência do meio eleito, não somente para a consecução do objetivo a ser realizado, como também para a facilitação da sua consecução.⁴³ Refere-se à relação meio-fim.

Uma vez positivada a adequação, o subprincípio da necessidade delimita a escolha do meio, que deve recair no menos gravoso.⁴⁴ À luz da doutrina alemã, leciona Willis Santiago Guerra Filho⁴⁵ que no exame da necessidade – que denomina de exigibilidade – se deve escolher o "meio mais suave". Entre dois meios igualmente idôneos, há de se optar pelo menos invasivo ou o que menor restrição cause a um direito fundamental. Uma vez admitido que o benefício suplanta o sacrifício, prefere-se aquele que atinja igualmente o resultado com menor intervenção. Refere-se, pois, ao exame da relação entre meios elegíveis.

Superados os exames da adequação e da necessidade, há que se proceder ao exame da proporcionalidade em sentido estrito. Esse subprincípio refere-se ao sopesamento entre o grau de restrição a se impor ao direito fundamental e o grau de relevância do direito fundamental com ele colidente. Esse exame passa, necessariamente, pelo conteúdo essencial da cada direito em colisão.

Por isso sentencia Robert Alexy⁴⁶ que "cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto maior tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro".

Deste modo, a colisão entre princípios se solve pelo critério axiológico, preferindo-se aquele de maior peso valorativo (relação de precedência), apurado mediante ponderação, e não pelo critério lógico de validade (relação de validade), incidente na antinomia entre regras.

Em suma, num conflito de regras, o operador do Direito indaga: qual vale? Na colisão entre princípios, ao revés, pergunta: quanto pesa?

Como decorrência da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais, da dimensão objetiva que assumem os direitos fundamentais e da necessidade de se harmonizar esses direitos que estão, em seu aspecto subjetivo, em permanente tensão, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, seja na elaboração da norma pelo legislador, seja pelo seu aplicador, a ponderação ou proporcionalidade (sentido estrito) deverá constituir a via adequada ao operador do Direito em sede de colisão de valores, direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Quanto à fundamentação do princípio na ordem jurídica pátria, há de se considerar que não obstante implícito, pois destituído de posituação, o reconhecimento da fonte jurídico-normativa do princípio da proporcionalidade é de rigor.⁴⁷ Investigando a sua sedes materiae, verifica-se que se funda na própria noção de justiça que deve imperar no Estado (material) de Direito. A justiça constitui um princípio geral do Direito, cujas medidas são a igualdade e a proporcionalidade, já decantadas por Aristóteles ao

sustentar que a justiça não se exaure na relação de igualdade. Antes, e frequentemente, corresponde a um ponto intermédio e reclama a proporcionalidade.⁴⁸ “Eis aí o que é o justo: o proporcional”, aduz o filósofo, sendo que “proporção é uma igualdade de razões” e “o injusto viola a proporção”.⁴⁹

Desse modo, todos os interesses e direitos fundamentais devem ser harmonizados proporcionalmente, conforme o que é justo, em busca da preservação do bem comum da comunidade política.

Quanto à natureza do princípio da proporcionalidade, têm sido contrapostas a tese substancialista e a procedimentalista: aquela em defesa de seu caráter material, esta de seu caráter meramente formal. Todavia, outra questão de maior relevo se põe: em sede de direitos fundamentais, qual o critério aferidor do conteúdo material da ponderação?

Embora represente “a pieza esencial del neoconstitucionalismo”⁵⁰ ou “a peça operacional mais importante, acabada e inovadora de salvaguarda dos princípios liberais de resistência ao Estado”,⁵¹ o princípio da proporcionalidade é criticado por não apresentar nenhum critério material apto a conferir maior objetividade e racionalidade à decisão.

Alguns críticos “veem na regra da proporcionalidade um ‘cheque em branco’ para quem profere uma decisão jurídica”.⁵²

De fato, sem um critério material, destituído de conteúdo, não passaria a ponderação de técnica vazia de sentido, a se transformar em mero procedimento, em instrumento de decisão desvinculado de conteúdo. Ademais, seria ineficiente e ineficaz para conduzir a solução de colisão de direitos tal magnitude.

A necessidade de utilização de um critério material na ponderação já foi antevista por Humberto Ávila:

“A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. (...) é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios.”⁵³

Sem embargo de ser adequada a proposta hermenêutica-metodológica da ponderação, faz-se necessário utilizar parâmetros materiais para densificar esse critério que tem sido descrito pela doutrina, salvo pequena parcela, apenas formalmente.

Oportuna é a lição conjunta de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos:⁵⁴

“É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ‘ad hoc’, tanto as bens inspiradas como as nem tanto.”

Defensor irrefragável da técnica da ponderação, Robert Alexy⁵⁵ rebate críticas sobre a ponderação, acusada de “fórmula vazia” por Pestalozza, pois não crê que tal procedimento conduza ao “subjetivismo y decisionismo judiciales”. Sustenta que “el modelo de ponderación como un todo’ proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional”.

Da ponderação, portanto, deve-se afastar todo o subjetivismo dos juízos casuísticos posto que não sustentáveis racionalmente.

Frise-se, ainda, que a ponderação conduz não à resposta correta, mas a uma resposta racionalmente justificável, sobretudo na solução dos casos difíceis, em que se intensifica o rigor do dever de fundamentação para se aferir a racionalidade e assegurar a legitimidade da norma de decisão. O próprio Robert Alexy sustenta, em estudo acerca da

argumentação jurídica, que “a exigência de justificação interna não é vã. No curso da justificação interna, torna-se claro quais as premissas têm de ser externamente justificadas (...) articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e a segurança jurídica”.⁵⁶

Os “pesos”, de fato, são critérios adequados à determinação da importância dos princípios, segundo o método da ponderação. Persiste, contudo, a indagação: com que parâmetro material se poderá aquilatar o “peso” para a sua determinação?

No Direito, em sede de ponderação, há de se fazer uso de uma balança jurídico-axiológica denominada princípio da dignidade humana. Na balança da dignidade humana, devem ser pesadas todas as normas: elaboradas, interpretadas e aplicadas. Dentre aquelas que se encontrem em situação de colisão, deve prevalecer a norma que pese mais na concreção do princípio da dignidade.

O princípio da dignidade humana deve constituir, desse modo, o critério substantivo do sopesamento e da decisão, assegurando-se assim a correta ponderação ou proporcionalidade que deve atuar sobretudo nas hipóteses de colisão de princípios.

Os direitos fundamentais são a “concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”,⁵⁷ por isso, quando se tratar de colisão de normas instituidoras de direitos fundamentais, com maior razão deverá o intérprete utilizar-se do princípio norteador da dignidade humana.

De modo percuciente descreve Emerson Garcia⁵⁸ que os direitos fundamentais “a um só tempo, esmiúçam a ideia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida”.

Sabidamente observa Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁵⁹ que: “Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução”. E prossegue o jurista: “(...) é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce”.⁶⁰

Destarte, da proporcionalidade, a ponderação constitui o critério formal e a dignidade humana o conteúdo material.

Ana Paula de Barcellos⁶¹ propõe dois parâmetros para a ponderação: (a) preferência das regras em face dos princípios e (b) preferência de normas que atribuam ou promovam diretamente os direitos fundamentais.

Com relação ao primeiro, há de se avaliar se de fato é hipótese de preferência na ponderação, posto que ou a regra viola o telos do princípio e não será aplicada em face de sua inconstitucionalidade, ou a regra se amolda ao campo de incidência do princípio, ainda que para dele excepcionar alguma situação jurídica e será aplicada por ter sido já ponderada, in abstrato, preventivamente pelo legislador. O critério meramente formal, por si só, pode não conduzir a um resultado racionalmente sustentável. Com relação ao segundo parâmetro, o material, trata-se da postura que também se adota no presente estudo, devendo se preferir a norma que mais efetivamente promova o direito fundamental em seu conteúdo essencial de dignidade humana.

Não por outra razão adverte Willis Santiago Guerra Filho⁶² que, na aplicação da ponderação, em que se deve estabelecer uma correspondência entre o fim previsto pela norma e meios empregados, importa, “acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana”.

Sobre a ponderação na colisão de direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes⁶³ traz à colação exemplar decisão da Corte Constitucional alemã:

“(...) um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores

estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1.º, I" (grifou-se).

A dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para o basilar dos pesos por meio da ponderação em sede de colisão de direitos fundamentais, sejam veiculados por princípios, sejam por regras. A dignidade humana deve ser o conteúdo desta ponderação quando se tratar de colisão de direitos fundamentais a fim de que prepondere a norma que melhor a efetive na situação concreta.⁶⁴

Na colisão de direitos fundamentais, porém, o conteúdo da dignidade humana, expresso em regra ou princípio, tem prevalência inequívoca.

Na precisa lição de Ingo W. Sarlet⁶⁵ encontramos tal concepção:

"Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite – mas agora num outro sentido – cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se trate de normas de cunho jusfundamental."

Incumbirá ao intérprete, no contexto fático e normativo que se apresenta, o exame de caso concreto para a tomada de decisão racionalmente sustentável, que não imponha o sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, mas que opte "pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um".⁶⁶

5. Dignidade humana: direito fundamental absoluto?

No sistema jurídico-constitucional pátrio a dignidade humana apresenta natureza bifronte, ostentando dimensão objetiva e dimensão subjetiva.

Sob a dimensão objetiva, a dignidade humana possui conteúdo principiológico estruturante do Estado, promove a unidade material do sistema constitucional e constitui fundamento intransigível do Estado Democrático brasileiro.⁶⁷

Por uns, o princípio da dignidade humana é considerado um superprincípio, com precedência sobre os demais,⁶⁸ para outros é possível a ponderação do princípio da dignidade humana no choque com outros princípios. Verifique-se, todavia, que o princípio da dignidade humana é uno e preside a ordem jurídico-constitucional brasileira. Em virtude de sua magnitude, é princípio já ponderado no sistema jurídico-constitucional: uma vez "pesado" e apurado o seu valor foi alçado pelo legislador constituinte ao topo da hierarquia normativo-axiológica.

Sob a dimensão subjetiva, a dignidade humana também suscita controvérsia. Não há consenso acerca da natureza da dignidade humana como direito fundamental, que de um lado é catalogado como direito absoluto, e de outro, como direito relativo.⁶⁹

De início, revela-se a impossibilidade teórica de afirmá-lo a priori como direito absoluto, sob pena de não se admitir que se possa outorgá-lo a mais de um titular. Não se ignora, ademais, que até mesmo o mais primordial dos direitos – a vida – pode ser sacrificado sem que isso configure conduta antijurídica.⁷⁰

Assim, dignidade humana como direito subjetivo, que confere ao seu titular uma posição jurídica fundamental, não se apresenta como direito absoluto. Não há "direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis".⁷¹ Ainda que absoluta a dignidade humana como atributo inerente ao ser humano, ela, como direito jusfundamental, poderá estar em colisão com o direito de outro titular. A dignidade de cada um encontra limite na

dignidade do outro. Os direitos fundamentais ou valores constitucionais estão em permanente tensão. Por isso, nas relações travadas entre os particulares poderá ocorrer colisão de direitos fundamentais, inclusive da dignidade humana. As concretizações de valores encarnadas em cada sujeito realizam-se mediante a proporcionalidade que há objetivamente entre esses valores, propõe Siches.⁷²

Filia-se, aqui, ao entendimento bem lançado pelo STF: “Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5.º da CF/1988.⁷³ Assim, a dignidade somente pode ser transigida no entrosamento com o direito à vida⁷⁴ ou ponderada com idêntico direito ostentado por outro titular,⁷⁵ a fim de ser otimizada para ambos na medida da viabilidade fática e jurídica”.

Porém, o fato de conceitualmente um princípio (ou direito) não comportar o status de absoluto não implica que não possa, em face de sua magnitude axiológica, sempre manifestar a sua precedência em face dos demais, a exemplo da dignidade humana. Por isso, há de se relativizar diante do caso concreto.

Abstraída a hipótese do direito fundamental à vida, quando um dos direitos fundamentais em conflito albergar, em maior grau, conteúdo em dignidade, deve o mesmo prevalecer sobre qualquer outro, em face da prévia ponderação realizada pelo legislador constitucional que a reputou axiologicamente preponderante.

6. Conclusão

A dignidade humana, seja como princípio ético-jurídico constitucional que legitima e fundamenta o Estado, seja como parâmetro conformador e hermenêutico da ordem jurídico-objetiva brasileira, seja como núcleo dos direitos fundamentais, é inexpurgável do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

A partir de uma concepção teórica, pode-se afirmar que, sob a perspectiva jurídico-objetiva, quando a dignidade humana atua como princípio estruturante e conformador do Estado democrático brasileiro afigura-se absoluta e não relativizável. Por outro lado, em sua dimensão jurídico-subjetiva, não se apresenta como um direito absoluto, e poderá ser relativizada em caso de colisão entre particulares a ser solucionada mediante ponderação à luz do princípio da proporcionalidade.⁷⁶ Assim, a dignidade como direito subjetivo fundamental, eventualmente em conflito com direito de idêntica natureza ostentado por outro titular pode e deve ser ponderado, não para excluí-lo da esfera subjetiva de qualquer deles, senão para otimizá-lo para ambos os titulares na medida do contexto fático, visto que, no plano jurídico, todos os homens possuem igualdade plena em dignidade.

A colisão de direitos fundamentais, admitida como colisão de princípios, deve ser solucionada pela técnica da ponderação. A ponderação requer justificação e a argumentação jurídica racional sempre se colocará como elemento indispensável para conferir legitimidade à decisão. A dignidade humana deve constituir não só base metodológica da interpretação constitucional geral, mas, sobretudo, deve compor o conteúdo material da ponderação. A adoção da dignidade humana como parâmetro material da ponderação não somente promove a sua proteção como mitiga o voluntarismo a que poderia se prestar referida técnica destituída de critério material.

Na ponderação entre direitos fundamentais colidentes, deve prevalecer a norma (princípio ou regra) que melhor concretize a dignidade humana. Mesmo no conflito de regras, deve se recorrer ao princípio que a inspirou, devendo prevalecer o da dignidade humana acaso incidente, sendo prioritária a sua concretização. E concretizar a dignidade humana significa atribuir e promover direitos fundamentais, assegurando, concomitantemente, as condições materiais para o pleno e digno desenvolvimento do homem.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Colisões de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 217. p. 67-79. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 1999.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 217. p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 1999.

_____. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios – Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

_____. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Versão espanhola: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARISTÓTELES. Metafísica: livro I e livro II; Ética à Nicômano; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Vincenzo Cocco et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Coleção Os Pensadores.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 240. p. 1-42. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun. 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 1988.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul/Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1972.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – A Contemporaneidade dos Direitos Fundamentais*. n. 4. p. 380-401. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, jul.-dez. 2004.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana e ética da responsabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RCS, 2005.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Ed./IBDC, 2000.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional. A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios*. Tese de Doutorado, São Paulo, PUC, 2003.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Ed./IBDC, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David et al (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social. Interesse Público*. vol. 4. ano 1. p. 23-48. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 1999.

SAES, Wandimara P. S. *A concepção da justiça em Aristóteles*. *Revista Nobel Iuris*. vol. 1. n. 1. p. 201-225. Maringá: Nobel, jul.-dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

2002.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev., atual. e ampl. 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. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. vol. 798. p. 23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

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

1 SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146.

2 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul/Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2, p. 110 e 113.

3 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. Interesse Público, ano 1, vol. 4, p. 32.

4 Assim reza a CF/1988: "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana".

5 Nesse sentido, STJ, HC 9.892/RJ, 6.ª T., j. 16.12.1999, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 26.03.2001. In verbis: "A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária".

6 No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85.

7 STF, MC em HC 85.988/PA, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.06.2005.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 347 e 362.

9 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 103.

10 BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231.

11 Cf. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 129.

12 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 318-319.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 362.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 87. Aduz o jurista: "A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade" (*loc. cit.*).

15 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Op. cit.*, p. 106.

16 *Idem*, *ibidem* (trad. livre).

17 ALEXY, Robert. *Colisões de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. *Revista de Direito Administrativo* 217/68. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo* 217/63.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo* 240/10.

19 SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91.

20 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*

21 Nesse sentido: JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional. A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios*. Tese de Doutorado, São Paulo, PUC, 2003, p. 46. Diz a autora que os princípios expressam "valores fundamentais de uma organização social, representando o limite do conteúdo do ordenamento, conferindo substância e o contorno da legislação que lhe é hierarquicamente inferior" (*loc. cit.*).

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versão espanhola: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86 (trad. livre). No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios são "normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível' fáctica ou jurídica" (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 1988. p. 1.177).

23 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. Aduz o jurista: "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 nada contribui para a decisão".

24 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos... cit.*, p. 99.

25 *Idem*, p. 89, 92, 157 e 166.

26 ALEXY, Robert. *Colisões de direitos fundamentais...* cit., p. 78.

27 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos...* cit., p. 94.

28 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000. p. 51.

29 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David et al (orgs.). *Derechos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 411.

30 *Idem*, p. 417. Nos termos da jurisprudência colacionada pelo jurista, não se trata "de establecer jerarquías de derechos ni prevalências a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos os derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca" (*idem*, p. 416).

31 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

32 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 56. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 10; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 133.

33 Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 155.

34 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 191.

35 Na ordem jurídica pátria, inúmeros são os exemplos de leis onde se realizarão a "ponderação in abstracto" dos direitos fundamentais, sobretudo para o fim protetivo destes. A lei que ordena as indústrias de tabaco que inscrevam nos rótulos a advertência sobre a nocividade do tabaco, já ponderou antecipadamente o direito fundamental da liberdade profissional com o direito fundamental à vida e à saúde. A decisão legislativa ponderou, assim, que sopesados tais direitos fundamentais, o da integridade à saúde e à vida "pesam" mais que aqueles e justificam a medida restritiva. Vide outros exemplos nas relações de consumo e nas relações de trabalho, que interferem na autonomia privada, restringindo ao direito fundamental à liberdade de profissão e de contratar para otimizar os direitos fundamentais daquele que é considerado hipossuficiente. Os exemplos, todavia, mais expressivos são as normas penais que excluem a antijuridicidade da conduta danosa, ainda que atinja à vida, à integridade física ou à honra, em face de ponderação prévia efetuada pelo legislador penal.

36 Os direitos fundamentais constituem cláusulas de eternidade nos termos do art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988.

37 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional...* cit., p. 195.

38 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RCS, 2005. p. 94-95.

39 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT 798/25-26.

40 Aponte-se, porém, para a distinção entre os princípios da razoabilidade (de matriz histórica americana) e da proporcionalidade (de matriz histórica alemã), por vezes

incorretamente mencionados como sinônimos na doutrina e na jurisprudência. Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., p. 183-192.

41 Cf. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos... cit., p. 111.

42 ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios – Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004. p. 38.

43 Nesse sentido, o jurista Virgílio Afonso da Silva, que aduz: “Adequado, então, 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. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o “objetivo legítimo pretendido seja alcançado ‘ou pelo menos fomentado’”. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 36-37).

44 Para Virgílio Afonso da Silva, “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito. (...) A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto” (SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 38). Exemplifica o autor: “Para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária” (loc. cit.).

45 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Ed./IBDC, 2000. p. 85.

46 ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 206.

47 O STF reconheceu expressamente a incidência do princípio da proporcionalidade na hipótese de restrição legal de direitos (STF, MC na ADIn 855/PR, Pleno, j. 01.07.1993, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.1993).

48 Cf. SAES, Wandimara P. S. A concepção da justiça em Aristóteles. Revista Nobel Iuris, vol. 1, n. 1, p. 211.

49 ARISTÓTELES. Metafísica: livro I e livro II; Ética à Nicômano; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Vincenzo Cocco et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Coleção Os Pensadores, livro V, 1, 1131a30, 1131b10 e 1131b15.

50 PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional... cit., p. 216.

51 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 615.

52 Cf. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC, 2006, p. 200.

53 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

- 54 BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316.
- 55 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos...* cit., p. 157 e 167.
- 56 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 224.
- 57 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 19.
- 58 GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *RDCI* 4/392.
- 59 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.
- 60 Idem, *ibidem*.
- 61 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 164 e 235. A jurista propões três etapas no processo de ponderação: (a) identificação dos enunciados normativos em tensão; (b) identificação dos fatos relevantes; (c) decisão (p. 92).
- 62 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional...* cit., p. 95. Aduz o autor que a "doutrina da limitação imanente da restrição de direitos fundamentais, pelo respeito à dignidade humana é de origem alemã" (*loc. cit.*).
- 63 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Ed./IBDC, 1999. p. 93.
- 64 Como bem pondera Jussara Maria Moreno Jacintho a dignidade humana pode estar consubstanciada em um princípio ou uma regra e, assumindo qualquer dessas formas, a dignidade poderá estar em conflito com outro princípio ou regra, sendo diferentes os critérios de solução segundo a hipótese verificada. Quando a dignidade da pessoa humana é consubstanciada em forma de princípio, na hipótese de colisão, a solução pauta-se pela ponderação de bens. Quando consubstanciada em forma de regra a solução pauta-se por dois critérios alternativos: (a) se uma das regras em conflito compõe o conteúdo ou núcleo essencial da dignidade humana, ocorre conflito material de regras a ser solucionado no âmbito da ponderação de bens; (b) se ambas as regras em conflito, integram o conteúdo da dignidade humana, ocorre apenas conflito formal, a ser solucionado pelo critério da validade, pois não se discute o seu conteúdo posto que ambas visam à concretização da dignidade humana (JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Op. cit.*, p. 260).
- 65 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 115.
- 66 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 408.
- 67 Art. 1.º da CF/1988.
- 68 Segundo o Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, inexistente "interesse público que se sobreponha à dignidade humana", cujo parecer é citado no: STF, RE 587260/RN, 2.ª T., j. 29.09.2009, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJe 23.10.2009. Em sentido contrário: STF, HC 87341/PR, 1.ª T., j. 07.02.2006, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJ 03.03.2006.

69 Para Ingo W. Sarlet inexistente direito absoluto (Dignidade da pessoa humana... cit., p. 116). Para Béatrice Maurer, reputa o respeito à dignidade fundamental como um direito absoluto do homem essa da liberdade atuada (Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 83 e 87).

70 O ordenamento jurídico-penal prevê diversas excludentes de antijuridicidade penal, como por exemplo, estado de necessidade ou legítima defesa (art. 23 do CP).

71 STF, MC na ADIn 2566/DF, Pleno, j. 22.05.2002, m.v., rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.02.2004.

72 FRANCO MONTORO, André. Introdução à ciência do direito. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1972. p. 213.

73 STF, HC 93250/MS, 2.^a T., j. 10.06.2008, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27.06.2008.

74 Casos de aborto terapêutico de feto anencefálico.

75 Na hipótese de conflito de dignidades Luiz Antonio Rizzato Nunes propõe a utilização da proporcionalidade de 2.^o grau ou especial (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit., p. 56).

76 Em conflito de "dignidades" Rizzato Nunes também propõe a proporcionalidade de 2.^o grau ou especial (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit., p. 56).