

AS DIFERENÇAS ENTRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

The differences among the beginning of the proportionality, and the beginning of the adaptation and of the practical agreement or harmonization

JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO¹

RESUMO: A nova direção do constitucionalismo moderno, orientada pelo estudo dos direitos e garantias fundamentais, permite conhecer e utilizar, no plano prático, os princípios e valores a eles relacionados na busca de torná-los eficazes. Houve, portanto, um impacto dessas novas teorias na forma de interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais a ponto de se elaborar novos critérios para interpretação da constituição à luz desses direitos, garantias e valores. O estudo dos princípios da interpretação constitucional, com ênfase nas diferenças entre princípio da proporcionalidade e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização, permitiu ver, no primeiro caso, a necessidade de controle entre os meios e os fins para evitar os excessos, enquanto que, no segundo caso, busca-se a otimização na utilização dos princípios em conflitos. Aliás, os conflitos entre as normas é que fizeram necessária uma teoria para interpretá-las adequadamente.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Princípios de Interpretação Constitucional. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Concordância Prática e da Harmonização.

ABSTRACT: The new directions of the modern constitutionalism, guided by the study of the rights and fundamental warranties, they allow to know and to use in the practical plan the beginnings and values to them related in the search of turning them effective. There was, therefore, an impact of those new theories in the form of interpreting the constitutional and infra-constitutional norms, to the point of to elaborate new criteria for interpretation of the constitution to the light of those rights, warranties and values. The study of the beginnings of the constitutional interpretation, with emphasis in the differences between beginning of the proportionality and the beginning of the adaptation and of the practical agreement or of the harmonization, he/she allowed to see in the first case the control need between the means and the ends, to avoid the excesses, while in the second case, the optimization is looked for in the use of the beginnings in conflicts. In fact, the conflicts among the norms are that you/they did necessary a theory to interpret them appropriately.

WORD-KEY: Constitution. Beginnings of Constitutional Interpretation. Beginning of the Proportionality. Beginning of the Practical Agreement and of the Harmonization.

¹ Professor do Curso de Graduação de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e Doutorando da *Universidad de Buenos Aires*

1. Introdução

Este artigo é resultado de um breve estudo realizado durante a participação na disciplina de Teoria dos Direitos Fundamentais, do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Seu resultado foi objeto de uma apresentação em seminário para a avaliação da disciplina.

Os teóricos dedicados aos estudos dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais no Brasil e no exterior, apontam a necessidade de tornar eficazes o exercício dos direitos e garantias fundamentais. A nosso ver, é neste cenário que os esforços teóricos tem avançado na construção de uma prática que torne pleno o exercício da Constituição.

Além do plano teórico, os casos concretos permitiram observar que os bens e valores ligados aos direitos fundamentais e à Constituição, não sendo absolutos o seu exercício, podem entrar em rota de colisão, aliás, no dizer de Willis Santiago², eles são propensos a se colidirem. A partir dessa constatação, buscaram-se métodos de interpretação constitucional que permitisse, de um lado avaliar a relevância dos princípios, direitos ou bens envolvidos, e por outro lado, dar solução equânime, harmoniosa, proporcional, razoável e adequada aos conflitos. É sobre esse universo de princípios da interpretação constitucional que elaboramos esse artigo. Em particular, apresentamos algumas situações de Conflitos de normas constitucionais ou princípios constitucionais. Identificamos os conceitos básicos para se trabalhar as categorias dos princípios da proporcionalidade e sua importância na solução de conflitos, o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização. E, por último, mostramos os pontos de aproximação e distanciamento dos princípios da proporcionalidade e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização.

Tratamos de um breve e humilde estudo sobre esse tema grandioso e novo que envolve a interpretação constitucional e a nova hermenêutica constitucional. Não se deve ter em conta que seja um estudo dirigido à altura que o assunto merece, é mais uma provocação para despertar a curiosidade dos iniciantes na matéria.

2. Conceitos

2.1 Constituição

O ponto de início para se chegar ao conhecimento de um instituto, naturalmente, passa pelo estudo dos seus conceitos básicos. A Constituição como tema de grande importância e como

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos, 1999., p. 54.

principal instrumento do Direito Constitucional tem acepções várias que lhe confere destaque nesse artigo, daí a necessidade da sua conceituação. Também os Princípios, como objeto especial e central do nosso estudo, mereceram atenção dos doutrinadores que, não raro, desenvolveram teorias sobre estes e sua compreensão.

Sem maiores rodeios, podemos adiantar que a Constituição ocupa, nas teorias juspositivas do direito, o ápice da pirâmide hierárquica das normas do ordenamento jurídico, isto não é, entretanto, novidade para o estudioso do Direito. Já Marques de Lima³ vai além e afirma que “a Constituição Federal representa o ponto de concentração do ordenamento, dando-lhe a tônica da unidade, da uniformidade, e da coerência”.

Em sentido material, afirma Paulo Bonavides⁴: “a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.

O ponto de observação conceptual de Willis Santiago⁵ confere à Constituição “o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação ‘sobrenatural’ de um direito de origem divina”.

Já em J. J. Gomes Canotilho⁶:

A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas idéias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades.

2.2 Princípios

O conhecimento do significado que o termo princípio tem para o cidadão comum é fácil de identificar como o início do qual emana uma jornada; jornada no sentido épico das grandes realizações. No sentido jurídico, os princípios também envolvem toda uma mística, que acaba por colocá-los no patamar das grandes interrogações do direito no século XXI. Ao conceituar princípio, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷ é enfática: “o princípio é o verbo. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”.

³ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 31.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002., p. 63.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo. Celso Bastos, 2002., p. 30.

⁶ GOMES CANOTILHO. J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.^a edição. Almedina. Coimbra. 2003., p. 54.

⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte. Del Rey. 1994., p. 21.

Os princípios constitucionais, já se disse amiúde na doutrina do Direito Constitucional brasileiro, são regras positivas de aplicação imediata, mas para elidir qualquer dúvida a respeito é que Willis Santiago⁸ diferencia regras e princípios: “as regras trazem a descrição de estados-de-coisa formada por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios”.

Ao analisar o valor que os princípios possuem para o Direito Constitucional, conclui Carmem Lúcia Antunes Rocha⁹: “Princípios jurídicos constitucionais não se propõem; proclamam-se. Não se cuida de propostas. São opções constituintes projetadas no sistema constitucional expressa ou implicitamente”.

Por sua vez, o conceito e o estudo pragmático dos princípios obtiveram na doutrina de Robert Alexy¹⁰ uma aliança que uniu a otimização de suas determinações através da sua utilização prática e jurídica na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas, conforme se apresentam concretamente. E é no plano da utilização concreta dos princípios que se desenvolve a idéia de colisão de princípios e, portanto, de direitos, assim como a forma menos lesiva de aplicação de um princípio em detrimento de outro.

Os princípios, neste prisma, também ocuparam uma categoria interpretativa para apreciação dos direitos fundamentais em colisão. É em J. J. Gomes Canotilho¹¹ onde podemos identificar que: “a construção de um catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir da necessidade sentida pela doutrina e *praxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa”.

3. Conflitos ou Colisão de Princípios

Antes de adentrar à discussão sobre conflito de princípios convém adiantar que a existência de conflitos no seio da constituição, por si, já é matéria de controvérsia, que mereceu atenção de Sampaio Ferraz Jr., Maria Helena Diniz¹², em defesa da existência real de conflitos. Opinião

⁸ Ob. Citada., p. 44.

⁹ Idem., p. 25.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001., p. 75.

¹¹ Ob. Citada., p. 1.123.

¹² MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 33: “... o fenômeno existe, inclusive, na CF/88, entre seus arts. 5.º (princípio da igualdade de tratamento e 100 (pagamento através de precatório judicial), e o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias...”.

reforçada por J. J. Gomes Canotilho¹³ e Marques de Lima¹⁴, citando o exemplo de normas da CF com outras do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A seu turno Luis Roberto Barroso¹⁵ defende, ao contrário, que as antinomias presentes na constituição já seriam aparentes, se observado o “fundamento subjacente da unidade hierárquico-normativa, acrescentando que por isso, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas”-.

Na mesma linha de raciocínio Marques de Lima¹⁶ e Willis Santiago¹⁷, admitindo a antinomia ou colisão de princípios no caso concreto, observam que enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir outra, que entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia.

O reconhecimento de que há colisões entre princípios é também o reconhecimento de um outro traço distintivo entre regras e princípios, a relatividade destes.

Admitindo a relatividade dos princípios, Robert Alexy¹⁸ observa que:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir.

Paulo Bonavides¹⁹ dialogando com a doutrina de Alexy complementa:

Com a colisão de princípios tudo se passa de modo inteiramente distinto do que das normas infra-constitucionais, (...) os princípios têm peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera e a solução do conflito se resolve fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.

¹³ GOMES CANOTILHO, J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.^a edição. Almedina. Coimbra. 2003., p. 1229: “a colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos”.

¹⁴ Ob. Citada, p. 34: “De toda sorte, existe, sim, antinomia real entre normas da própria Constituição ou entre normas do próprio Ato das Disposições Transitórias”.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/.htm>>, acesso em 26/08/2005., p. 186.

¹⁶ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 31.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo. Celso Bastos, 2002., p. 165.

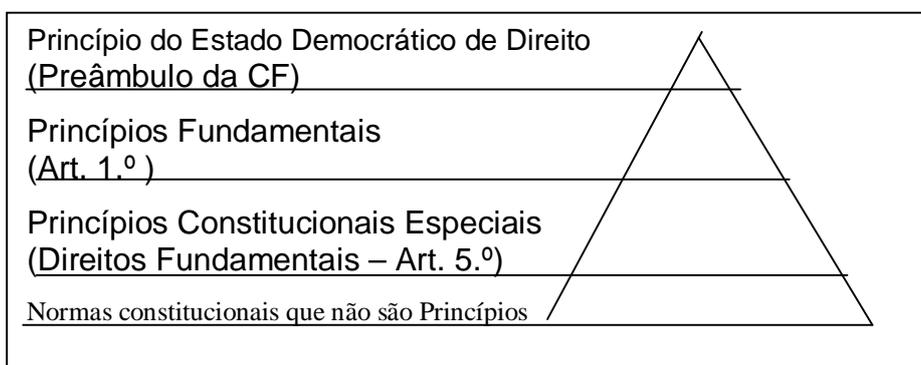
¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001., p. 100-143. O texto foi traduzido livremente pelo autor do artigo.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002., p. 251.5

Mas, para tratarmos de interpretação da constituição e mais precisamente das antinomias e tensões constitucionais, segundo Willis Santiago²⁰ e J. J. Gomes Canotilho²¹: “uma das formas de resolução de antinomias é a hierarquização de valores constitucionais (princípios), de modo a prevalecer os mais importantes sobre os minusválidos”. Mas não somente, afirma Marques de Lima, que criticará essa hierarquização²². Ao critério de hierarquização dos princípios acrescente-se metacritérios, além do cronológico e da especialidade.

Willis Santiago²³ inspirado na escola de Viena propõe uma representação figurativa na forma piramidal, acerca da hierarquização dos princípios e normas na Constituição brasileira de 1988, que traduzi no exemplo abaixo:

Figura 1



Defendendo que as normas constitucionalmente positivadas são do mesmo e único padrão hierárquico, Marques de Lima²⁴ não deixa de observar a prevalência de determinados direito (valores) constitucionais em face de outros, por exemplo: “Os direitos sociais, como o direito à saúde à segurança e à previdência social (art. 6.º), é mais importante do que a fixação de datas comemorativas para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2.º) (...)”

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999., p. 46-47.

²¹ GOMES CANOTILHO. J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ª edição. Almedina. Coimbra. 2003., p. 129.

²² MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 33: “Sob o aspecto formal, dogmático, todas as normas constitucionais positivadas, sejam elas regras ou princípios, possuem o mesmo e único padrão hierárquico, e possuem a eficácia que a Carta Magna lhes confere.”

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2.ª edição. São Paulo. Celso Bastos. 2002., p. 159.

²⁴ Ob. Citada, p. 38.

4. Princípios da Interpretação Constitucional

Os princípios, afirma Willis Santiago²⁵, estão em estado latente de colisão uns com os outros e requerem o emprego dos princípios da interpretação constitucional.

Diversa da solução de conflitos entre normas, ou entre estas e princípios, donde prevalecia a supremacia destes, a solução para os conflitos entre princípios exige uma hermenêutica constitucional diferenciada que vai além dos critérios cronológico, da especialidade ou da hierarquia. A este respeito Marques de Lima²⁶ esclarece que:

o entrechoque de duas regras constitucionais, não são os mesmos válidos para superarem os conflitos de normas infraconstitucionais, em que há a eliminação de uma delas do sistema, não podendo mais valer dentro dele. Diríamos, mais acertadamente, que os critérios utilizados para superar as tensões constitucionais não são apenas os fornecidos pela teoria geral do Direito.

E, claro, para chegarmos a compreender as diferenças entre o princípio da proporcionalidade, e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização, estes incluídos no rol do princípios de interpretação constitucional, na formulação já clássica de Konrad Hesse²⁷, é necessário minimamente conhecê-los e aos demais princípios em sua conceituação basilar.

4.1 Princípio da Unidade da Constituição

Positivado na Constituição Federal brasileira de 1988, no Preâmbulo, Art. 1.º; a compreensão desse princípio objetiva o ato de interpretação constitucional atribuindo a ela um significado político, numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria constituição. Ela há de se situar no nível do que a hermenêutica filosófica de Gadamer²⁸ denomina de pré-compreensão, designando a pré-disposição orientadora do ato hermenêutico de compreensão.

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999., p. 56.

²⁶ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 36.

²⁷ KONRAD HESSE apud, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999., p. 56.

²⁸ GADAMER apud. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999., p. 56.

4.2 Princípio do Efeito Integrador

Diretamente ligado ao Princípio da Unidade da Constituição, é dele decorrente, ao determinar que na solução dos problemas jurídico-constitucionais se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

4.3 Princípio da Máxima Efetividade

Também denominado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva²⁹. Donde se pretende que a interpretação que se der seja aquela que confere maior eficácia.

4.4 Princípio da força normativa da Constituição

A validade jurídica da norma constitucional é legitimada pela força social que a instituiu. A historicidade da norma precisa acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Esse princípio nos chama a atenção para acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade e que autorizam e mantém a força normativa da Constituição ou a modificação do texto constitucional, ou ainda ao menos no modo de compreendê-lo. Para Willis Santiago³⁰: “a atenção para a historicidade das estruturas sociais (...) donde provém a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garante sua eficácia e permanência”.

4.5 Princípio da Conformidade Funcional

Estabelece que o intérprete constitucional guarde estrita obediência da repartição de funções entre os poderes estatais prevista na Constituição Federal de 1988.³¹

4.6 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Por meio deste princípio se pretende afastar interpretações contrárias a Constituição, ou a alguma norma nela contida. Pode ocorrer que a interpretação resulte na prevalência de uma norma em detrimento de outra, constante do seio da própria Constituição³².

²⁹ Idem., p. 58.

³⁰ Ibidem., p. 58

³¹ Ibidem., p. 58

³² Ibidem., p. 58: “Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como

4.7 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Toda a descrição conceitual desse princípio, a exemplo dos demais, é inspirado na classificação original de Konrad Hesse *apud* Willis Santiago³³, pouco se acrescentou a sua formulação inicial. Segundo este princípio, deve-se buscar no problema a ser solucionado, em face da constituição, a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

A este respeito é a lição de Marques de Lima³⁴:

Este princípio visa uma interpretação constitucional que veda o prejuízo total de um princípio em detrimento de outro. Antes de se discutir que bem ou valor há de ser sacrificado, é preciso, primeiramente, tentar harmonizá-los, de modo a não sacrificar nenhum ou sacrificá-lo apenas em parte. Que só se sacrifique o essencialmente indispensável. A regra é a da coexistência.

Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade.

Para J. J. Gomes Canotilho³⁵: “reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” Continua:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

O princípio da concordância prática, descende diretamente do princípio da unidade da constituição, e está voltado para que haja coordenação entre os bens, para que todos alcancem efetividade.

Ainda em Marques de Lima³⁶:

limite à interpretação constitucional as próprias regras infra-constitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*”.

³³ *Ibidem.*, p. 59.

³⁴ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Notas de Aula da Disciplina Teoria de Direitos Fundamentais do Mestrado em Direito Constitucional da UFC*. Fortaleza. Mimeo. Março. 2006.

³⁵ GOMES CANOTILHO, J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.^a edição. Almedina. Coimbra. 2003., p. 1.188.

³⁶ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 43.

*o princípio da concordância prática tem por base de aplicação a hierarquia de valores ou bens constitucionalmente protegidos. Só que esta hierarquia é manifestada (e examinada) no caso concreto, quando surge a tensão ou o conflito. Muito parecido com o *balancing*, em quase nada se distingue. Exceto que no *balancing* só é aplicado quando os interesses em jogo são comparáveis, similares ou de natureza idêntica.*

O princípio da concordância prática se preocupa mais com a sensibilidade do caso concreto, procurando solucioná-lo segundo a natureza do problema, sem fórmulas pré-estabelecidas rígidas, conclui Marques de Lima³⁷.

Citados por Marques de Lima³⁸, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Elaboram fórmulas para a superação conflitual, cujo norte depende essencialmente da natureza dos direitos e bens em conflito. Por exemplo: se se tratar de conflitos entre dois direitos, liberdades e garantias, cuja restrição através da lei (e, portanto, a solução legislativa do conflito) não é constitucionalmente autorizada, o intérprete ou concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de *concordância prática* que sacrifique o mínimo necessário ambos os direitos, não podendo privilegiar um direito a favor do outro.

Existem duas modalidades de aplicação da concordância prática: colisão com redução bilateral e colisão com redução unilateral. Será feita uma breve análise de cada modalidade, separadamente.

4.7.1 Colisão com redução bilateral

Na colisão com redução bilateral existe a possibilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais, através de um processo limitativo de ambos. Esse método, quando possível de ser aplicado, prefere aos demais, pois trata uniformemente os direitos em colisão.

Gomes Rolim³⁹ exemplificou da seguinte forma a colisão com redução bilateral:

O proprietário tem o direito de reformar sua casa, como corolário do direito de propriedade e do direito à moradia, previsto nos arts 5º, XXII, e 6º, caput, da Constituição Federal.

Pode acontecer, contudo, que o vizinho daquele ingresse em juízo pleiteando o embargo da obra, sob a alegação de que os ruídos dela decorrentes prejudicam seu sossego durante o dia e seu sono à noite, violando os direitos previstos no art. 5º, X e XI da Constituição.

Neste caso, o juiz poderá conciliar os direitos em conflito, fixando um horário para a realização da obra durante o dia e vedando-a à noite. Ambas as partes sofrerão uma limitação em seus direitos em benefício da preservação dos mesmos.

³⁷ Idem 43.

³⁸ Ibidem. 43.

³⁹ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, n. 56. [Internet]. Disponível em: . Acesso em: 16 nov. 2002.

4.7.2 Colisão com redução unilateral

Na colisão com redução unilateral ocorre a possibilidade do exercício conjugado dos direitos fundamentais através da relativização de apenas um deles, sem a qual haveria a completa aniquilação do outro direito. É o que ocorre na tutela antecipada e com os demais provimentos jurisdicionais urgentes, que se contrapõem à efetividade da tutela jurisdicional, na qual a lesão ou ameaça de direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Carta Magna), e deve ser seguido o direito ao contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, da Lei Maior). Com a tutela antecipada, a efetividade da tutela jurisdicional não sofre qualquer arranhão, o mesmo não acontece com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tomado como expressão sinônima ao princípio da concordância prática, o princípio da harmonização, por sua vez, descreve o que dever ser feito, é segundo informação de Marques de Lima⁴⁰: “uma proposição jurídica de caráter enunciado, significando para certos doutrinadores, a projeção do princípio da proporcionalidade no campo hermenêutico”.

4.8 Princípio da proporcionalidade

Denominado por Willis Santiago⁴¹:

princípio dos princípios, é aquele que busca uma solução de compromisso, na qual respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e jamais lhe (s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial.

A aplicação do princípio da proporcionalidade possibilita que se conheça o princípio em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional. Segundo Paulo Bonavides⁴²: “O princípio da proporcionalidade pretende, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”.

O princípio construtivo e fundamental que procuramos se encontra, portanto, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas.

Para Willis Santiago⁴³:

⁴⁰ Idem., p. 20.

⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2.^a edição. São Paulo. Celso Bastos. 2002., p. 185.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002., p. 357.

⁴³ Ob. Citada: p. 195.

A conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada “máxima de proporcionalidade”. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados.

4.8.1 O princípio da proporcionalidade e sua importância na solução de conflitos.

Canotilho e Vital Moreira, citados por Marques de Lima⁴⁴, afirmam que o princípio da Proporcionalidade se aplica quando há um conflito entre dois direitos, liberdades e/ou garantias. Exemplificando: quando um direito, liberdade e/ou garantia está sujeito a reserva de lei restritiva e outro não, deve a lei assegurar uma eficácia Ótima do direito não restringível e limitar o direito sujeito a reserva de lei restritiva. Esta limitação não deve conter excessos, ou seja, deve guardar observância estrita ao Princípio da Proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade, entendido 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, tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais:

4.8.1.1 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento

Este determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Ou seja, que não se fira o conteúdo essencial do direito fundamental, com o desrespeito fundamental da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

4.8.1.2 Princípio da adequação, Pertinência ou Aptidão⁴⁵

Determina que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado.

⁴⁴ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006., p. 41.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002., p. 360.

4.8.1.3 Princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave ou da necessidade – entre dois males o menor⁴⁶

Determina que o meio escolhido para atingir o fim estabelecido, deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Por último, importa esclarecer que o princípio da proporcionalidade, embora não transcrito textualmente para o corpo da Constituição Federal de 1988, é direito positivo em nosso ordenamento constitucional, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as súmulas 70 (é inadmissível a interdição de estabelecimento ou a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para a cobrança de tributos) e 323 (é inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributos), são exemplos da aplicação prática do princípio da proporcionalidade, correspondente à proporcionalidade no sentido de adequação⁴⁷.

5. Diferenças entre os princípios da proporcionalidade e o princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado como critério interpretativo no direito brasileiro para resolução de conflitos entre direitos e princípios fundamentais; sua aplicação visa, em última *ratio*, afastar os excessos na aplicação prática desses direitos ou princípios, evitando lesão ao núcleo essencial destes. Como tal o princípio da proporcionalidade integra os direitos e garantias fundamentais, ou seja, fazem parte destes, alcançando por isso o setor privado. No dizer de Marques de Lima⁴⁸: “a sua pedra angular é que serve para aquilatar a dimensão da medida ou norma para atingir os fins propostos, ou seja: não se deve usar um canhão para matar uma ave”.

Na tentativa de identificar diferenças entre o princípio da concordância prática e o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides⁴⁹ observa que:

O princípio da concordância prática (cunhado por Konrad Hesse), funciona como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi

⁴⁶ Idem, p. 361.

⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo. Dialética. 2003., p. 136.

⁴⁸ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Notas de Aula da Disciplina Teoria de Direitos Fundamentais do Mestrado em Direito Constitucional da UFC*. Fortaleza. Mimeo. Março. 2006., p. 20.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.ª edição. Malheiros. 2002., p. 387.

jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.

De fato, todos os princípios de interpretação constitucional tem pontos de aproximação muito tênue, sendo comum observar entre diferentes autores considerações que colocam o conceito de um dentro da linha de atuação de outro, isto ocorrendo, por exemplo entre aqueles que identificam o princípio da proporcionalidade dentro do princípio da razoabilidade e vice-versa⁵⁰. O que põe, entretanto, o princípio da proporcionalidade em destaque é o fato de ser utilizado para solução de conflitos entre princípios, daí Willis Santiago⁵¹ referir-se a ele como o princípio dos princípios.

Por sua vez, o princípio da harmonização ou da concordância prática, busca interpretar a Constituição de tal maneira que não se produza o sacrifício total de uma norma ou valor constitucional em face de outra norma ou valor. Os conflitos, segundo estes princípios constitucionais, devem ser solucionados através de "ponderação axiológica"⁵², mediante a qual se fará uma hierarquização dos valores na situação fática para encontrar-se a solução ótima.

Através do princípio da concordância prática ou da harmonização o intérprete acomoda as tensões entre os valores constitucionais, de tal modo que não haja necessidade de sacrifício de nenhum daqueles.

6. Conclusões

As conceituações dos princípios da proporcionalidade, da concordância prática e da harmonização nos permitiu identificar diferenças que, mesmo sutis, marcam a distinção da aplicação dos referidos princípios. A proporcionalidade como máxima da solução de conflitos entre princípio, direitos fundamentais e valores constitucionais, emergem como princípio maior de interpretação constitucional, cujo alcance conciliador é evitar os excessos e prejuízo que a interpretação constitucional pudesse trazer para as normas e valores constitucionais.

O princípio da concordância prática e da harmonização, na sua aplicação tópica, parte da observação conjunta dos direitos e bens constitucionais em conflito e procura harmonizar o máximo possível a aplicação conjunta de ambos os institutos, apelando para as concessões mútuas ou otimização do seu uso, tendo em vista a máxima eficácia da Constituição e dos valores nela expressos.

⁵⁰ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Notas de Aula da Disciplina Teoria de Direitos Fundamentais do Mestrado em Direito Constitucional da UFC*. Fortaleza. Mimeo. Março. 2006., p. 20.

⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2.^a edição. São Paulo. Celso Bastos. 2002., p. 195: "A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de muita implicação".

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002., p. 81.

Para melhor compreensão das diferenças entre eles é que apresentamos um quadro sinóptico, onde as diferenças são expostas em um prisma de observação paralelo, a partir das características identificadas:

PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA E DA HARMONIZAÇÃO	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
<ul style="list-style-type: none"> - Atua no campo dos direitos fundamentais; - Atua quando a restrição a um dos valores e bens em conflito não é constitucionalmente autorizada. - Confronta os bens e valores jurídicos em conflito, estabelecendo qual valor deve prevalecer, preocupando-se em otimizar a preservação dos demais; - Evita o sacrifício total de um bem ou valor jurídico; - Seus instrumentos são a coordenação e a combinação entre os bens e valores em conflito. - Está subjacente à idéia de igualdade dos valores e dos bens constitucionais. - Impõe o estabelecimento de limites e condicionantes recíprocos (daí a conceituação da harmonização). - Descende do princípio da unidade da Constituição. - Está voltado para que todos alcancem efetividade. - Nos casos de solução de conflitos, hierarquiza para solucionar os casos concretos. - Orienta a decisão segundo a natureza do problema. - Não contém fórmulas pré-estabelecidas o que o distingue do <i>balancing</i>. - Divide-se em duas modalidades: a) colisão com redução bilateral; b) colisão com redução unilateral. 	<ul style="list-style-type: none"> - Considerado o princípio dos princípios, uma vez que é o critério orientador para solução de conflito de princípios. - Busca uma solução de compromisso em que os bens, valores ou princípios alcancem o resultado mais equânime. - Procura desrespeitar o mínimo possível os bens, valores ou princípios em colisão. - Não pode ferir o núcleo essencial do princípio. - Acentua a relação entre fim e meio, confrontando-o (princípio da conformidade ou adequação prática dos meios aos fins). - Atua buscando o controle dos excessos (de medidas, de normas, de atitudes). - Permite a co-existência de princípios divergentes. - Reparte-se em três princípios parciais: <ul style="list-style-type: none"> a) Proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento (verificação da necessidade ou imprescindibilidade dos meios); b) Princípio da adequação, pertinência ou aptidão; c) Princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave da necessidade – entre dois males o menor.

Há toda uma gama de considerações sobre os princípios da proporcionalidade, princípio da adequação e da concordância prática ou da harmonização que o alcance desse artigo não permitiu elucidar. Outros, como é o caso do princípio da adequação, foi referido neste artigo como princípio parcial do princípio da proporcionalidade, por si mesmo caracterizado pela exigência de pertinência do direito, valor ou princípio prevalecente aos fins alcançados com a interpretação. Também o

princípio da harmonização é tratado como sinônimo do princípio da concordância prática, na modalidade de solução de conflitos para colisão com redução bilateral.

A riqueza de situações e possibilidades em que a interpretação constitucional reclama o uso da nova hermenêutica é um estímulo a continuar estudando sobre o tema, já que esse trabalho não logra a pretensão de alcançar a sua amplitude, sendo por isso uma pequena iniciativa para despertar o interesse ou crítica sobre seu objeto; se assim o for, já terá alcançado seu objetivo didático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/.htm>>, acesso em 26/08/2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002.

GOMES CANOTILHO. J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.^a edição. Almedina. Coimbra. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo. Celso Bastos, 2002.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson Marques. *Antinomias e Tensões Constitucionais*. Apostila do Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza. 2006.

_____, Francisco Gerson. *Notas de Aula da Disciplina Teoria de Direitos Fundamentais do Mestrado em Direito Constitucional da UFC*. Fortaleza. Mimeo. Março. 2006., p. 20.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo. Dialética. 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte. Del Rey. 1994.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. *Jus Navigandi*, n. 56. [Internet]. Disponível em: . Acesso em: 16 nov. 2002.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro. Lumem Juris. 2002.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.