

O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais

LUÍS AFONSO HECK

Professor Titular do Curso de Pós-Graduação- Mestrado em Direito da ULBRA; Prof. do curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da UFRGS; Doutor em Direito-UFMG.

RESUMO

O artigo procura, primeiro, diferenciar entre direitos humanos e direitos fundamentais; depois demonstrar a vinculatividade dos direitos fundamentais; a seguir, apresentar o modelo das regras e o modelo dos princípios e, por fim, analisar qual o modelo mais adequado para a solução da colisão de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos humanos, direitos fundamentais, modelos jurídicos

ABSTRACT

This article tries, first of all, to distinguish between human rights and fundamental rights; then, to demonstrate the binding of fundamental rights, after that, to show the models of rules and principles, and finally to analyse which model is the most appropriate to solve the collision of fundamental rights.

Key words: Human rights, fundamental rights, legal models

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contém os direitos fundamentais em seu título II (artigo 5º até 17), precedido pelo título I (artigo 1º até 4º),

Direito e Democracia	Canoas	vol.1, n.1	1º sem. 2000	p.113-122
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

que trata dos princípios fundamentais. Com isso, ela acolheu a forma estrutural das constituições européias do pós-guerra em geral no sentido de localizar os direitos fundamentais, se não nos artigos de entrada, pelo menos nos que lhes seguem. Desta atitude do poder constituinte resultou que os direitos fundamentais ganharam em importância e nela colocam a sua pretensão de realização. Esta, por sua vez, requer, fundamentalmente, a proteção por meio do próprio Estado. No âmbito da atividade de proteção estatal surge a pergunta sobre os critérios empregados, por exemplo, na colisão de direitos fundamentais. A palestra está orientada por este sentido e pelas questões que com ele se colocam e, por consequência, será desenvolvida da forma como segue: primeiro será tratada a questão relativa aos direitos humanos/direitos fundamentais; depois se cuidará da vinculatividade dos direitos fundamentais; em seguida será considerado o modelo das regras, depois o modelo dos princípios e, por fim, a atenção estará dirigida para os critérios de solução empregados nos casos de colisão de direitos fundamentais, seguindo-se uma conclusão.

I. DIREITOS HUMANOS/DIREITOS FUNDAMENTAIS

As expressões direitos humanos/direitos fundamentais indicam duas formas de abordagem, ou seja, uma abstrata e, outra, concreta.¹

Na forma abstrata, correspondente à expressão “direitos humanos”, trata-se, fundamentalmente, das questões sobre a sua origem histórica, os seus fundamentos e como se configuram teoricamente. Em conjunto, a forma abstrata gira em torno da filosofia destes direitos. Vista historicamente, ela se vincula à declaração francesa dos direitos humanos e civis de 26.08 - 03.11.1789 e, nesta situação, ela também se torna compreensível. A característica desta declaração encontra sua expressão em uma igualdade social diante de um regime feudo-estamental, ou seja, situar o

1. Este artigo é o resultado de uma palestra proferida na ULBRA, no dia 28 de outubro de 1999, quando se realizou o seminário intitulado “Os desafios do Estado de direito democrático na contemporaneidade”, promovido pelo Curso de Pós-Graduação em Direito desta Universidade e coordenado pelo autor do artigo e pelo prof. Dr. Plauto Faraco de Azevedo.

Sigo, aqui, no essencial, STERN, K. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (herg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992, § 108, Rdn. 13 ff.

cidadão, que substitui o súdito, diante do Estado, mas não só. Ela também visava a uma igualdade social entre os cidadãos, isto é, à eliminação de privilégios estamentais e clericais que sustentavam prerrogativas no direito privado. Esta característica estava vinculada a um programa que não foi convertido para o plano normativo, de natureza jurídico-constitutiva. O mérito da declaração francesa, sem dúvida, consiste na universalização dos direitos nela inscritos. Resta, todavia, a pergunta: que papel estava reservado a estes direitos como meio jurídico ou como fundamento de uma sentença? Essa indagação leva à segunda forma.

A forma concreta, correspondente à expressão “direitos fundamentais”, cuida, sobretudo, da sua configuração no caso concreto, em outras palavras, quando são considerados juridicamente. Ela também tem como ponto de partida histórico uma declaração, o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12.06.1776, que serviu de modelo a várias outras declarações estaduais e, assim também aos dez artigos complementares à Constituição Federal americana, que nela, dois anos após o nascimento do Estado federal americano, em 04.03.1787, introduziram direitos fundamentais. De acordo com eles, o indivíduo é sujeito de direitos não por meio do Estado, mas deve, por sua natureza, ser respeitado pelo Estado. Ele possui direitos inalienáveis, invioláveis, que lhe conferem uma posição de direito e de liberdade dirigida para uma atuação determinada, porque é especial e concreta juridicamente. Com isso, o Estado deixa de ser absoluto, pois é limitado pela própria constituição, criada pelo povo com a qualidade da supremacia. Assim, cada um tem a possibilidade de opor estes direitos fundamentais diante do poder estatal como normas jurídicas que valem positivamente, ou seja, têm força jurídica. Nessa situação, o Estado constitucional ganha realidade, porque no plano constitucional americano os direitos fundamentais têm a sua base na natureza do homem e, como tal, são naturais, inatos e inalienáveis e, por isso, põem limites ao poder do Estado que tem o seu fundamento e razão de ser na própria constituição.²

2. Essa concepção de direitos fundamentais, mais precisamente, as suas conseqüências jurídico-constitucionais, corresponde à da Lei Fundamental. Seu artigo 1º, alínea 1, prescreve: “A dignidade da pessoa é inviolável. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal.” O fundo dessa afirmação constitucional remonta a Kant, ou seja, a dignidade humana não tem preço e nem equivalente (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg, 1965, NdRr. 434.) e, nesse sentido, isso significa para o Estado que nenhuma de suas atuações pode justificar-se pondo um preço ou equivalente à dignidade humana para alcançar os seus objetivos. Dito de outra forma: a dignidade humana coloca limites intransponíveis à atuação estatal. Esse pensamento também pode valer para o Estado brasileiro que, como república, constituída em Estado democrático de direito [Estado de direito democrático] tem como um dos fundamentos a dignidade humana (Constituição Federal, artigo 1º, inciso III).

II. A FORÇA VINCULATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos aspectos mais importantes para um elenco de direitos fundamentais, portanto, está no fato de ele se apresentar como juridicamente vinculativo. Em uma ordem jurídico-constitucional que reconhece o poder judiciário como terceiro poder, a vinculatividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, está em poderem ser apresentados no plano jurídico quando violados. Caso contrário, sua vinculatividade resta, talvez, no plano moral ou político. Dito em outras palavras: quando a esfera jurídico-fundamentalmente protegida for violada pela atuação estatal³ o resultado desta atuação deve poder ser apresentado juridicamente para que sobre ele também se decida da mesma forma. Isso requer não apenas um tribunal para a decisão mas também uma via processual adequada. Nesse sentido, também se fala que a vinculatividade dos direitos fundamentais se manifesta quando a violação, decorrente da atividade estatal, é verificada judicialmente, ou seja, quando os direitos fundamentais são justiciáveis, quando se pode fazê-los valer na prática pela via judicial. O ideal é a existência de um tribunal constitucional para esta verificação.

Deste contexto, a idéia do Estado constitucional ganha e manifesta sua força. Os direitos fundamentais estão situados no âmbito da constituição. Esta, todavia, em uma perspectiva jurídico-continental, não dispõe de meios jurídicos de proteção semelhantes aos existentes em outros setores jurídicos, por exemplo, o civil.⁴ Ocorre, no entanto, que a atividade estatal pode estar conforme à lei mas não de acordo com a constituição.⁵ Nisto pode ser

3. No quadro desta palestra não é possível discutir a vinculatividade dos direitos fundamentais entre privados. Para isso, ver: HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, número de margem 351 e seguintes. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista do Direito do Consumidor* 29, jan./mar., 1999, página 40 e seguintes.
4. Não é possível a um titular de direitos fundamentais fazer valer judicialmente um direito fundamental violado pelos titulares do poder estatal por meio de uma ação inominada diretamente diante do Supremo Tribunal Federal.
5. Como exemplo, pode-se citar o setor do direito administrativo e o do penal, mas também o do direito civil. Quanto a este, antes da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 89, 214 ff.) era possível sustentar a opinião de que alguns tribunais, ao decidirem sobre contratos de fiança, atuavam conforme a lei. Restava, contudo, a questão de se a sua atuação era sustentável diante de certos direitos fundamentais da Lei Fundamental, que foi respondido negativamente pelo Tribunal Constitucional Federal na decisão mencionada. Para mais detalhes sobre isso, ver HECK, Luís Afonso (nota 3), página 50 e seguintes.

situada a diferença entre o Estado de direito e o Estado constitucional e fica mais clara aquela entre direitos humanos e direitos fundamentais. Diante disso, deixa-se dizer que quanto mais está consolidado, em uma ordem jurídico-constitucional, tanto um tribunal, ou seja, uma instância judicial-constitucional, como uma via processual adequada, isto é, um meio processual à disposição do titular dos direitos fundamentais para que o mesmo tenha a possibilidade de poder fazê-los valer quando violados pelo poder público diante deste tribunal, tanto mais se converte em realidade, e, portanto, passível de experiência pelo cidadão, o Estado constitucional. Nessa conexão o Estado constitucional também encontra o seu coroamento.

Aqui é importante deter-se, mesmo que brevemente, na Constituição Federal, porque algumas questões se colocam. Primeira: via processual adequada e instância judicial-constitucional.⁶ No artigo 102, I, letra d, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*. Na letra i, do mesmo inciso e artigo, cabe-lhe novamente a competência para o julgamento do *habeas corpus*. Estas vias processuais, no entanto, não cobrem todos os titulares do exercício do poder estatal e nem estão à disposição de todos os titulares de direitos fundamentais, embora, nestes casos, o Supremo Tribunal Federal esteja dotado formalmente dos meios para o exercício da guarda da Constituição sob o aspecto dos direitos fundamentais que são objeto de proteção destas vias processuais. Uma via processual que compreende todos os titulares do exercício do poder estatal e está à disposição de todos os titulares de direitos fundamentais é, por exemplo, o recurso constitucional alemão,⁷ sendo o Tribunal Constitucional Federal a ins-

6. Deve ser lembrado que a própria Constituição Federal, no *caput* do artigo 102, incumbiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de ser, precipuamente, o guarda da Constituição.

7. O recurso constitucional não é um recurso suplementar para o procedimento relativo aos tribunais especializados. Se assim fosse, o Tribunal Constitucional Federal seria uma instância de revisão da aplicação, pelos tribunais especializados, do direito ordinário. De modo simples, pode-se dizer que a atividade corretiva do Tribunal Constitucional entra quando o resultado interpretativo do tribunal especializado é incompatível com o significado e o alcance do direito fundamental ou quando é insustentável, portanto, arbitrário. Isso não significa, todavia, que os tribunais especializados não tenham como tarefa proteger e realizar os direitos fundamentais quando violados por decisões judiciais ou administrativas, provocados pelas vias processuais judiciais disponíveis no ordenamento jurídico. Contra decisão legislativa, isto é, lei em sentido formal, não existe via processual judicial disponível neste sentido. Ver sobre isso, com mais detalhes, HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez., 1994, página 115 e seguintes.

tância judicial-constitucional para o seu julgamento.⁸ Segunda: mandamento jurídico-constitucional de vinculatividade. A Constituição Federal o contém no artigo 5º, § 1º (As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata). De forma semelhante, a Lei Fundamental, em seu artigo 1º, alínea 3 (Os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, poder executivo e judiciário como direito diretamente vigente).

III. O MODELO DAS REGRAS

Segundo o modelo das regras, normas jurídicas têm somente a característica de regras, ou seja, elas valem ou não valem. Toda vez que o seu tipo ocorrer a sua consequência jurídica deve ser aceita. Regras são normas que exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas dadas. Elas são mandamentos definitivos.⁹

O conflito entre regras pode ser resolvido de duas formas:¹⁰ ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos, uma regra como inválida. Exemplo do primeiro caso: o conflito de regras existente entre a proibição de abandonar o recinto antes do sinal sonoro e o mandamento de abandoná-lo no caso de alarme de fogo. Se o sinal sonoro ainda não tocou mas foi dado alarme de fogo essas regras apresentam um dever-ser concreto contraditório. O conflito disso resultante é solucionado pelo fato de, no caso de alarme de fogo, ser introduzida uma exceção na primeira regra.

Se a introdução de uma cláusula de exceção não entra em conta vem, então, o segundo caso, ou seja, pelo menos, uma regra deve ser declarada como inválida. Para a solução deste tipo de conflito existem os meios seguintes: a lei posterior derroga a lei anterior, a lei especial derroga a lei geral.

8. As prescrições relativas à decisão sobre o recurso constitucional encontram-se no § 95 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (esta lei foi traduzida pelo autor deste artigo e está publicada na *Revista de Informação Legislativa*, n. 127, jul./set., 1995, página 241 e seguintes) e as relativas ao efeito das decisões do Tribunal Constitucional Federal situam-se no § 31 da lei mencionada.

9. Para isso, com mais detalhes, SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, S. 89 ff.

10. Para o seguinte, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, S. 77 f.

O modelo das regras é sustentado por aquele que vê as normas de direitos fundamentais, embora, possivelmente, carentes de complemento, mas já aplicáveis sem ponderação.¹¹

IV. O MODELO DOS PRINCÍPIOS

De acordo com o modelo dos princípios, normas jurídicas têm somente a característica de princípios, ou seja, a pergunta sobre sua validade depende de ponderação. Princípios são normas que pedem que algo seja feito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas em uma medida tão ampla quanto possível. Eles são mandamentos de otimização.¹²

Dois princípios podem colidir. Esse é o caso, por exemplo, quando, segundo um princípio, algo é proibido e, segundo um outro, é permitido. Nessa situação, um princípio deve retroceder. Isso, todavia, ao contrário do modelo das regras, não significa que no princípio que retrocede deva ser inserida uma cláusula de exceção ou que ele deva ser declarado como inválido. Antes, sob determinadas circunstâncias, um princípio precede ao outro, e, em outras circunstâncias, pode dar-se o contrário. Com isso, quer-se dizer que princípios têm pesos diferentes no caso concreto e que o de maior peso tem precedência. Conflito de regras se resolvem no plano da validade, colisão de princípios no plano do peso.¹³

Com isso, se coloca a questão sobre como se chega à determinação do peso. Este se determina, no caso concreto, por meio da ponderação, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do Direito Constitucional alemão, ou seja, o da

11. Ver ALEXY, R. (nota 8), S. 106. De acordo com a definição do modelo das regras, a um sistema jurídico pertencem exclusivamente normas válidas, independente de ponderação. Em nenhum caso, portanto, a validade de uma norma pode ser fundamentada em uma ponderação de princípios. Na medida em que em um sistema jurídico devem ser tomadas decisões de ponderação, trata-se, então, de decisões político-morais, não de decisões sobre a base de normas jurídicas válidas. Esse modelo pode, por exemplo, ser encontrado nas teorias de Kelsen e Hart. Ver sobre isso, com mais detalhes, SIECKMANN, J.-R. (nota 7), S. 247 ff.

12. Para isso, com mais detalhes, SIECKMANN, J.-R. (nota 7), S. 141 ff.

13. Ver ALEXY, R. (nota 8), S. 78 f.

proporcionalidade em sentido estrito.¹⁴ O primeiro princípio parcial é o da idoneidade do meio utilizado para alcançar o resultado com ele pretendido; o segundo princípio parcial é o da necessidade desse meio, que não é necessário quando existe um outro mais ameno, menos incómodo.¹⁵

V. CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

Os meios contidos no modelo das regras e empregados para a solução de conflito de regras mostram-se insatisfatórios para resolver colisões de direitos fundamentais. Senão vejamos:

- a) o emprego do meio da inserção da cláusula de exceção ocorre sem a ponderação desta exceção. Com isso, todavia, pode resultar outra colisão que carece de ponderação para ser resolvida, como, por

14. Em relação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, de forma simples, assim enunciada: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. De acordo com a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira, deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda, cuida-se da importância das razões que justificam a intervenção. E, na terceira fase, ocorre, então, a ponderação no sentido estrito e próprio. Ver, sobre isso, ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático (item 2. II, c). Tradução de Luís Afonso Heck (no prelo).

15. Ver ALEXY, R. (nota 12), item 2. II., c, e HESSE, K. (nota 3), número de margem 318. O modelo dos princípios é definido pelo aspecto de que o conteúdo normativo de um sistema jurídico é determinado somente por princípios e pelos fatos relevantes para a sua aplicação. Potencialmente cada decisão judicial no modelo dos princípios, por conseguinte, deve ser fundamentada em uma ponderação de princípios. Ver sobre isso, com mais detalhes, SIECKMANN, J.-R. (nota 7), S. 249 ff.

exemplo, a resultante pela limitação, introduzida por exceção, no caso do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal;¹⁶

- b) o meio, segundo o qual a lei posterior derroga a lei anterior, também não é apropriado para a solução, porque a colisão de direitos fundamentais sempre se dá no âmbito de uma mesma constituição; e,
- c) pelo meio, segundo o qual a lei especial derroga a lei geral, igualmente não se avança, porque ele vale para leis de mesmo grau hierárquico e direitos fundamentais colidem na dimensão da constituição.

O meio oferecido pelo modelo dos princípios, utilizado para a solução de colisão de princípios é, ao contrário, adequado para resolução de colisões de direitos fundamentais. Este meio consiste na ponderação. Primeiro, porque a validade é conferida como qualidade a todos os direitos fundamentais; segundo, porque no caso concreto não é esta qualidade o critério de solução, mas sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e, terceiro, o modelo dos princípios permite, ainda, a produção da concordância prática. A tarefa dela é coordenar proporcionalmente direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais.¹⁷ Trata-se, com ela, de deixar chegar tanto o direito fundamental como o bem jurídico limitador à eficácia ótima, ou seja, uma determinação proporcional que não deve ser realizada em uma forma que prive uma garantia de direito fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade.¹⁸

16. É pensável, por exemplo, que o legislador determine, por lei, como qualificação para determinada profissão, o serviço militar com armas. Esta qualificação, introduzida por exceção como limitação, todavia, colide com a objeção de consciência, prevista no artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal.

17. Como exemplo, pode-se citar a colisão entre o direito fundamental da propriedade e o bem jurídico como a qualidade da água. Na BVerfGE 58, 300 (318 ff), o Tribunal Constitucional Federal cuidou da questão de como e em qual proporção o legislador pode proibir aproveitamentos para o proprietário de seu terreno que prejudiquem a água subterrânea.

18. Ver sobre isso, com mais detalhes, HESSE, K. (nota 3), número de margem 72, 317 e seguinte.

CONCLUSÃO

Pelo modelo das regras, uma das normas de direitos fundamentais, no caso de conflito, vale ou não vale. Pelo modelo dos princípios, as normas de direitos fundamentais, no caso de colisão, são ponderadas para verificar qual delas tem precedência, sem que sua validade entre em consideração. Este modelo tem a vantagem de oferecer uma flexibilidade à constituição e, com isso, uma resposta intermediária à vinculação. Assim, as normas de direitos fundamentais livram-se da questão de se valem ou não valem, de se são programáticas ou não, e ganham em vinculatividade sem exigir o impossível. Em uma Constituição como a brasileira, onde o artigo 174 prescreve a tarefa ao Estado, na qualidade de agente normativo e regularizador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, o modelo dos princípios permite até a transformação do impossível em possível diante da realidade dada e, assim, também ganham em significado os direitos fundamentais não-clássicos, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que prescrevem prestações positivas ao Estado, cuja execução depende, em grande medida, da situação econômica que, de início, se apresenta como condição fática. Em outras palavras: os limites entre o possível e o impossível sempre estão condicionados, nunca caem do céu azul. Isso significa que, perante a presença desses limites, o Estado não pode simplesmente quedar imóvel, senão que requer dele um tornar-se ativo para cumprir esta tarefa constitucional.

Dando fim a esta palestra, deve ser sublinhado, ainda, que o modelo dos princípios não exclui regras. Assim, pelo modelo dos princípios não se diz que elencos de direitos fundamentais não contêm absolutamente regras, portanto, absolutamente determinações. Por meio dele se reconhece que elencos de direitos fundamentais, na medida em que estabelecem determinações definitivas, tem uma estrutura de regras e que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios. Fundamental nele é que atrás e ao lado das regras estão princípios.¹⁹ Por isso, fala-se de um modelo regra/princípio combinado.²⁰

19. Ver ALEXY, R. (nota 12), item II, 2.a.

20. Ver SIECKMANN, J.-R. (nota 7), S. 254 f.; ALEXY, R. (nota 8), S. 117 ff. Nesta palestra, o modelo das regras e o modelo dos princípios foram sucintamente apresentados na perspectiva da solução de colisão de direitos fundamentais. Naturalmente, eles, considerados em si, envolvem ainda outras questões e contam com objeções. Ver para isso, SIECKMANN, J.-R. (nota 7), S. 89 e S. 141, respectivamente.