

A TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Cristina Lemos Roque¹

José Eduardo Lourenço dos Santos²

Resumo: Esse artigo aborda a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas e a interpretação das normas em conformidade com o texto constitucional, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais através da derrotabilidade. O objetivo traçado é refletir sobre a importância para os operadores do direito, da aplicabilidade da derrotabilidade, sua influência em nosso ordenamento jurídico e a relevância do tema frente às colisões de princípios. A metodologia empregada trará uma conexão entre a hermenêutica e a concretização dos direitos fundamentais, através da aplicação da teoria da derrotabilidade normativa, sem deixar de lado a importância das técnicas de ponderação, operadas através do princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais, colisão de princípios, proporcionalidade, ponderação e derrotabilidade.

¹ Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem (2015). Bolsista CAPES/ PROSUP - Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho – RJ. Especialista na área de concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp.

² Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR – 2013). Pós-doutorado na Universidade de Coimbra (área de democracia e Direitos Humanos).

THE THEORY OF DEFEASIBILITY LEGISLATION ON FUNDAMENTAL RIGHTS OF COLLISION

Abstract: This article discusses the theory of defeasibility of legal norms and the interpretation of the rules in accordance with the Constitution, enabling the realization of fundamental rights by defeasibility. The established objective is to reflect on the importance for operators of law, the applicability of defeasibility, its influence in our legal system and the relevance of the theme front ace collisions principles. The methodology will bring a connection between hermeneutics and the realization of fundamental rights, by applying the theory of rules defeasibility, without forgetting the importance of weighting techniques, operated by the principle of proportionality.

Keywords: Fundamental rights, collision principles, proportionality, weighting and defeasibility.

INTRODUÇÃO



Inegável a importância do tema abordado na presente pesquisa, o qual de forma alguma pretende exaurir o assunto. O trabalho apresentado busca uma análise á respeito do tema, analisando pontos fundamentais para a compreensão da pesquisa. Nos últimos tempos com o advento do pós-positivismo, a derrotabilidade tem sido destaque nas áreas da teoria geral do Direito e da argumentação; tema ainda pouco desenvolvido em nossos meios acadêmicos a derrotabilidade normativa se apresenta como uma metodologia capaz de conciliar os rigores da lógica e a maleabilidade da argumentação jurídica.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e frente á verificação de que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação e suporte para regimes autoritários

e as mais diversas atrocidades, levaram ao desenvolvimento de uma nova dogmática onde os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, despontam como núcleo central do constitucionalismo e do Estado constitucional democrático.

Os direitos fundamentais foram consagrados nas constituições de diversos países, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de valor jurídico supremo sendo um dos traços marcantes do neoconstitucionalismo, onde o homem passa então a ser o centro e o fim do direito.

Dessa forma, podemos dizer que o fenômeno da positividade nas declarações de direitos e Constituições possui relevância na medida em que a dignidade passa a ser um valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade, deixando de ser tão somente um valor moral. Como consequência, a pessoa humana, de mero reflexo da ordem jurídica, passa a ser considerada o objetivo supremo, impondo na relação do indivíduo com o Estado uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, assim pode-se dizer que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Os direitos fundamentais consagrado como valor supremo introduz um freio a todo voluntarismo jurídico do Estado, quebrando as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica, representando assim uma resistência a qualquer arbitrariedade sendo uma reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica e sim meio e fim.

A atividade interpretativa agora desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário assumiu uma importância ainda maior, após o advento das profundas mudanças operadas no constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, pode-se dizer que a importância que adquiriu a discricionariedade na aplicação do direito vem sendo ampliada gradativamente, tanto pela ponderação na aplicação dos princípios, quanto pela necessidade de

identificação e delimitação de seu conteúdo normativo, cuja ponderação cabe ao intérprete operador do direito.

Sob esse contexto, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados em face de outros direitos fundamentais ou ainda de interesses públicos constitucionalmente protegidos. Ao admitirmos a derrotabilidade desses direitos fundamentais não podemos admitir o enfraquecimento desses direitos também tutelados, a derrotabilidade de uma norma de direito fundamental requer argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

A presente abordagem é justificada frente a sua relevância na concretização dos direitos fundamentais. O trabalho desenvolvido será fundamentado em pesquisa bibliográfica, empregando-se o método dedutivo, bem como o método indutivo, considerando-se ainda os conceitos da Teoria do Direito Constitucional.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são os direitos que consagram a dignidade da pessoa humana limitando o poder do Estado, assim, algumas normas são cogentes obrigando o Estado a garantir e proteger os interesses fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são os direitos que asseguram as condições necessárias para a vida em sociedade, garantindo a possibilidade de se receber e exigir benefícios.

Segundo entendimento de Canotilho (2000, p. 393), “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Esse entendimento é dado atreves da diferenciação que se faz do conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, de modo que aquele é universal, válidos para todos os tempos somente pela condição de ser humano.

Assim, é passível o entendimento de que com os direitos humanos é declarado que primeiro o ser humano possui direitos e posteriormente possui deveres para com o Estado, e os direitos que o Estado possui em relação ao ser humano tem a finalidade de garantir os direitos fundamentais.

Podemos dessa forma, afirmar que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos condições necessárias para o convívio em sociedade.

O conceito de direitos fundamentais evidencia finalidades de outorgar direitos básicos e necessários para o convívio em sociedade para o ser humano e de limitar os poderes do Estado, devendo este assegurar a eficácia plena destes direitos.

Dessa mesma forma, Canotilho (2003, p. 408) afirma que:

“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”

Entende-se que a finalidade é outorgar direitos que são considerados necessários para uma vida digna limitando o poder do Estado, não obstante, Sarlet (2001, p. 238), destaca a sua multifuncionalidade decorrente de análise dos próprios direitos fundamentais.

Para Sarlet (2015, p. 113), os direitos fundamentais são multifuncionais destacando como funções principais os Direitos de Defesa e os Direitos a Prestações.

Destarte que, a junção de todas as classificações das funções dos direitos fundamentais é o que o classifica como direito multifuncional, devido aos próprios direitos que visa garantir.

Assim os direitos fundamentais são multifuncionais por isso os classificando basicamente em grupos de acordo com suas funções, destacando-se principalmente a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo assim limitados devido ao fato de poder ocorrer à colisão entre esses direitos, devendo o intérprete usar da proporcionalidade e da ponderação.

Dessa forma, os direitos fundamentais não são absolutos e sim relativos, posto que como visto, poderá haver colisão entre estes direitos, portanto, não podendo um se sobrepor ao outro devendo o interprete utilizar de ponderação para a aplicabilidade e eficácia de todos direitos fundamentais.

Nesse contexto, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, não dependendo de atuação do legislador.

Entretanto, é passível de entendimento que tais características são valorativas por valorizarem direitos humanos que possui caráter de proteção a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil, e constante no preâmbulo constitucional.

Para Marinoni, os direitos fundamentais se relacionam com as normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no âmbito de proteção do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental (MARINONI, p.30).

“A teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador, facilita muito a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais. A questão passa a dizer respeito à possibilidade de se entender que o juiz pode suprir a omissão de tutela do legislador aos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais trazem ao Estado o dever de protegê-los, a omissão de proteção, ao ser detectada no processo jurisdicio-

nal, obriga o juiz a supri-la. Ou seja, no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve outorgar a tutela do direito fundamental (MARINONI, p.31).”

Em nosso ordenamento jurídico é comum ocorrer colisões entre direitos fundamentais ou até entre direitos fundamentais com outros valores constitucionais, sendo o presente tema de extrema relevância e objeto de vários estudos.

As colisões de direitos fundamentais, bem como os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vêm despertando a atenção da mais moderna doutrina. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos limites dos diferentes direitos fundamentais. Ultimamente a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos o dos princípios e os das regras. (Mendes;Coelho;Branco, 2009, p.276).

Canotilho (2003, p. 1255), conceitua que regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”, enquanto que os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, [...], impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico”.

Dessa forma, na colisão entre princípios um não se sobrepõe ao outro, é analisado o fato concreto para verificar qual o melhor princípio a satisfazer o bem jurídico defeso.

Nesse sentido, entender-se-á que, ocorrendo colisão entre princípios fundamentais em determinando fato, deve-se buscar a aplicação do princípio da concordância prática, da harmonização, buscar uma conciliação para aplicação de ambos em extensões variadas, não podendo um ser excluído em função de outro.

Na colisão entre direitos fundamentais declarados na Constituição Federal será aplicado o meio de interpretação através da hermenêutica constitucional, buscando o interprete da norma a aquele caso concreto, estabelecer qual a incidência

de aplicabilidade desse direito, jamais excluindo o outro, posto que como visto, sobre as características dos direitos fundamentais, a maior dificuldade de alteração.

Canotilho (2008, p. 1274) explica da seguinte forma:

“a necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um *juízo de ponderação* se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).”

Levar-se-á sempre em consideração nos casos de colisão, o caso concreto, de forma que poderá ser aplicado como fundamento para outro caso ou não.

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade -, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real. Tais valores, sem dúvida, possuem objetividade e universalidade na medida em que refletem os interesses universalizáveis de todos os homens, generalizáveis por meio do discurso racional e do consenso (LOPES, 2001, p.69).

Vale-se esclarecer o porquê do entendimento dos princípios fundamentais estando correlacionados com os direitos fundamentais, de modo, que decorre da previsão na própria Constituição Federal de 1988, com a declaração dos fundamen-

tos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituído como Estado Democrático de Direito.

Assim, tem-se por princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, de forma que, todo o poder emana do povo.

Ainda tem-se por objetivos fundamentais, constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É desse contexto que decorre os direitos fundamentais, da democracia, dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição Federal.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PONDE- RAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil adotou, de forma expressa em sua Constituição, no art. 1º, o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a proteção e garantia dos direitos fundamentais tornou-se questão primordial, como meio de proteção e respeito ao cidadão.

Como uma das formas de proteção ao cidadão, tem-se a utilização do princípio da proporcionalidade. Um princípio e incorporado ao direito brasileiro, e que largamente vem sendo utilizado pela jurisprudência e doutrinas pátrias.

A Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariem, no caso dos direitos fundamentais, poderá haver uma aparente contradição entre os mesmos, onde, então, deverá ser utilizado a aplicação do princípio da proporcionalidade, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional.

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Carta Magna.

O princípio da proporcionalidade funciona como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Existe, no entanto, inúmeras críticas formuladas pela doutrina, estrangeira e pátria, alegando ameaça à separação de poderes e ao princípio da segurança jurídica.

Como bem apontado pelo professor Daniel Sarmento, a Constituição, em uma sociedade pluralista, acaba acolhendo normas que promovem interesses e valores divergentes, e que podem entrar em conflito na solução de casos concretos (SARMENTO, 2010).

A ponderação de interesses consiste, assim, no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei maior, onde se busca alcançar um ponto justo, em que a restrição a cada um dos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto (SARMENTO, 2010).

Em nosso ordenamento jurídico, ainda prevalece a teoria positivista, cujo fundamento reside na tarefa de aplicação do Direito, no silogismo, a ponderação de interesses desempenha um papel quase desprezível, tendo em vista a presunção da completude do sistema jurídico, auto-suficiente para a resolução dos conflitos de direitos, conflitos estes considerados como meramente aparentes sujeitos à resolução através de critérios abstratos, definidos de antemão pelo ordenamento.

“Sob essa ótica, seria sempre possível precisar, com base no raciocínio lógico-formal, a norma aplicável a cada caso concreto, de modo que, definidos os fatos, todas as suas consequências jurídicas adviriam por via de um mecanismo silogismo (SARMENTO, 2010, P.20).”

Sob esse contexto, insta salientar a necessidade de uma técnica aberta, um procedimento que seja capaz de solucionar a complexidade na qual o magistrado se coloca frente a inúmeras normas, contrapostas, enunciadas de modo vago, como o são os conceitos jurídicos indeterminados, mas que, respeitando à segurança jurídica, mesmo inevitavelmente um largo espaço para valorações subjetivas possa existir, não resvale para o puro subjetivismo. Reveste-se de importância, assim, como técnica de composição dos conflitos entre interesses constitucionais antagônicos (SARMENTO, 2010, p.23), a ponderação de interesses.

No que reside quanto às inúmeras críticas, a respeito da manipulação, pelo juiz, da ponderação segundo o seu livre convencimento, referente à alegada liberdade do magistrado na ponderação de interesses pode-se dizer:

“A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento (colisão de direitos fundamentais) um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo (Barros, 1996, p.169).”

Esse conceito encontra-se correlacionado com o princípio da unidade da Constituição, onde se busca, harmonizar as tensões existentes entre normas colidentes.

Pode-se dizer que tal princípio, infere-se assim, da interpretação sistemática, que exige a consideração, pelo intérprete, de que a norma não é um ente isolado, mas parte de um conjunto que tende a uma coerência significativa (SANTOS, 2004, p.32)

Sob esse contexto, podemos dizer que a ponderação de interesses irá surgir quando, dois princípios constitucionais ou mais estiverem em rota de colisão, em referência a um caso concreto, neste momento caberá a um intérprete, em consonân-

cia com o princípio da unidade da constituição, proceder à interpretação dos princípios envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los. Cabendo neste caso ainda, ao intérprete, delimitar o campo normativo de cada princípio envolvido.

Assim a colisão de princípios constitucionais se faz presente quando, em determinada situação, encontra-se diante do intérprete, duas normas, ambas explicitadas na Constituição, devendo o intérprete se pronunciar de forma a manter a unidade da Lei Fundamental.

Para Alexy,

“quando dois princípios entram em colisão – tal como é caso quando segundo um princípio algo está proibido, e segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio que cedeu lugar nem que nesse princípio tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que acontece é que sob determinadas circunstâncias um dos princípios precede o outro (ALEXY, 2008, p.89).”

Dessa forma, caso seja constatado uma efetiva colisão entre direitos fundamentais, por se tratar de uma situação concreta em que as normas se contêm no interior dos seus limites imanentes, não sendo possível harmonizá-las, passará o intérprete a uma segunda fase de análise, qual seja, a ponderação de interesses.

Neste caso, ele deve, à luz do caso concreto, impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja mínima indispensável à sua convivência com o outro (SARMENTO, 2010, p.102).

É sob essa concepção que os operadores do Direito, diante da percepção dos valores e princípios agasalhados no interior do ordenamento jurídico, atribuirão um peso específico a cada norma em colisão, a cada direito fundamental disposto no caso, para que possa, dessa forma, constatar, diante das cir-

cunstâncias concretas, qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer.

Pode-se dizer que determinada norma jurídica possui um peso genérico, mas que, diante de uma análise aprofundada, das circunstâncias que envolvem o caso concreto, tal peso pode ceder em relação á outra norma que, genericamente, possui um peso inferior. Esse fenômeno deve-se ao fato de que o peso genérico é apenas indicativo do peso específico, ou seja, do peso que determinada norma assume ao serem sopesadas as nuances presentes em uma colisão de normas e que cada princípio vai assumir no momento da resolução do caso concreto.

Diante da constatação da necessidade da ponderação de interesses, frente a uma colisão inarredável de direitos fundamentais, qual dos direitos apresentados sob a forma de princípios deverá prevalecer, em feitio a proporcionalidade. Para tanto Robert Alexy afirma:

“A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro (2008, pp.339-340).”

A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A origem da idéia de derrotabilidade das normas jurídicas é apontada originariamente como proveniente do artigo de Herbert Hart publicado em 1948. Para Hart, a derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito. Dessa forma somente seria viável relacionar as exigências normais ou típicas para a incidência das normas jurídicas considerando-se sempre presente uma cláusula que conteria exce-

ções insuscetíveis de serem antecipadas ou mesmo previstas, as quais, caso ocorressem, derrotariam o padrão normativo comum. Assim, poderíamos concluir que os pressupostos para aplicação do Direito seriam apenas ordinariamente necessários e presumidamente suficientes.

Como já ressaltado, as normas que integram o ordenamento jurídico, quais sejam regras ou princípios, formam um sistema único no qual se apresentam em constante interação. Dependendo do caso concreto e da argumentação desenvolvida, princípios, podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Para que isso ocorra, basta que, em um caso concreta, seja passível a aplicação de mais de uma norma ou princípio.

A derrotabilidade surgiu, em 1980 através dos estudos do Departamento de ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Vancouver Canadá e na Universidade de Stanford, Califórnia, Estados Unidos, onde o que se buscava era a criação de programas de computador com sistemas lógicos de linguagem próximos ao raciocínio humano.

Proveniente dos estudos desenvolvidos originou-se os sistemas lógicos não monotônicos, onde de um conjunto inicial de premissas, deduz-se uma determinada conclusão, no entanto, adicionada outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões preliminares, não continuam necessariamente no campo da validade.

A lógica não monotônica passa a ser utilizada pelos estudiosos no campo do raciocínio jurídico, frente às inúmeras possibilidades que se desenham aos operadores do direito a cada nova informação inserida no contexto inicial.

A derrotabilidade, busca através da lógica não monotônica apresentar um quadro axiológico claro e preciso na superação da norma por parte do intérprete, auxiliando o Magistrado e todos os operadores do direito na solução do caso concreto.

Fernando Andreoni Vasconcelos (2010), salienta que:

“Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de paradoxo da exceção principiológica implícita. Segundo este paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerias em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma (Vasconcellos, 2010, p.77).”

Segundo esse entendimento pode-se concluir que existe a derrotabilidade de todas as normas, tanto regras como princípios. A questão da possibilidade de superação das normas jurídicas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, proclamando que não existe em nosso sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, tendo em vista razões de relevante interesse público ou ainda conflitos entre os princípios que regem a convivência das liberdades legitimando, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. A constituição deve promover de um lado a proteção da integridade e do interesse social, e de outro assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MELLO, 2000, p.20).

E é exatamente essa relatividade dos direitos fundamentais que faz com que as normas que os tutelem possam ser derrotadas. Os direitos fundamentais sejam eles, tutelados através de regras ou princípios não são absolutos (SILVA, 2010). E esse caráter não absoluto dos direitos fundamentais trás a compreensão de que as normas que os protegem são norteadas pela idéia de derrotabilidade.

Diante de um caso concreto e em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental pode ser derrotada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou ainda de uma norma constitucional que consagra um interesse público.

Resta claro que uma norma de direito fundamental somente pode ser derrotada, mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação, trazendo o amparo da análise aprofundada e criteriosa do caso concreto.

Conclui-se dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos á ele interligados. Uma norma de direito fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que no Estado constitucional democrático, a jurisdição não irá se limitar apenas a verificar a validade formal das leis, mas também a sua compatibilidade material com a Constituição e principalmente no que se refere aos direitos fundamentais.

A ideia de considerar a Constituição um sistema aberto de princípios e regras é um dos caminhos para a interpretação constitucional, entretanto, não resolve todas as questões, tendo em vista que o juízo lógico para sua interpretação seria o mesmo.

Na análise de questões concretas, pode acontecer a chamada colisão de princípios. Nessa hipótese, a própria Constituição indicará as saídas para a solução do conflito em questão.

A ponderação de interesses é uma técnica de interpretação, que poderá ser utilizada para dirimir conflitos nos quais haja tensão entre princípios constitucionais.

A ponderação de interesses está amplamente relacionada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo sempre levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, que, em nosso ordenamento, é um dos princípios fundamentais.

Nesse contexto conclui-se que a derrotabilidade está intimamente ligada a colisão e a ponderação de tais princípios, onde a superação dos padrões normativos devem ser tutelados pelo princípio da proporcionalidade e de seus elementos constitutivos, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade.

Conclui-se dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos á ele interligados. Uma norma de direito fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação, dessa forma a aplicação da teoria da derrotabilidade visa a estabelecer argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão no caso concreto.



BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 1. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.
- _____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

- _____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas princípios da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180-197.
- LOPES, Ana Maria D'ávila. *Hierarquização dos direitos fundamentais?* Artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 34/168, jan-mar/2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica procesual ao processo do estado constitucional*. Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volumen 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed.RT, p.30.
- MELLO, Celso, STF, Pleno, MS n.23.452/RJ, re. Min. Celso de Mello, j. em 16.9.1999. *DJU* de 12 de maio de 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.