

JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO CARVALHO

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FORTALEZA – 2006

JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO CARVALHO

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito Constitucional), sob a orientação do professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira.

FORTALEZA
2006

Há pessoas que desejam saber só por saber, e isso é curiosidade; outras para alcançarem a fama, e isso é vaidade; outras para enriquecerem com sua ciência, e isso é um negócio torpe; outras para serem edificadas, e isso é prudência; outras para edificarem os outros, e isso é caridade.

(São Tomás de Aquino)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe Yêda, ao meu marido Pedro Filho, aos meus filhos Yêda e Pedro Neto, às minhas irmãs Lúcia, Luíza e Lísia, ao meu orientador Professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira e a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para sua elaboração, a quem de igual modo dirijo meus sinceros agradecimentos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, presença constante em minha vida, que com certeza preparou os caminhos percorridos, prevenindo perigos.

Nesse momento, agradeço a todas as pessoas que me acompanharam nesta trajetória, que demandou um grande esforço, mas que, ao final, se revela tão prazerosa. A elas rendo esta homenagem, expressando profunda gratidão.

À minha mãe, pelos exemplos de coragem e perseverança, que me ajudaram a não desistir do meu sonho, ora realizado, e pelo apoio infalível em todos os momentos de minha vida.

Ao meu marido e companheiro, Pedro Filho, pela sua presença constante nesta trajetória, sempre me apoiando e dando o suporte necessário, sem o qual não poderia ter realizado esse sonho, o que me fez cada vez mais amá-lo e admirá-lo.

Ao meu orientador, Professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira, por ter acreditado no meu projeto e me guiado seguramente nesta empreitada. Sua dedicação a este trabalho e a tudo o que faz o torna uma pessoa especial.

Às minhas irmãs Lúcia, Luiza e Lísia, pelo incondicional apoio à minha vida acadêmica e pelo companheirismo.

Às minhas amigas Fátima e Laís Pinheiro, que sempre estiveram presentes nos momentos mais difíceis da minha vida e acolhendo-me carinhosamente em sua casa, quando lá estive em alguns momentos do mestrado.

RESUMO

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2006. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará – UFC, Fortaleza – Ceará, 2006.

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de limitar a atuação do Estado, mas atualmente é indiscutível o fato de que assumiram um caráter axiológico, mais amplo, assegurando a dignidade da pessoa humana. Muito se lutou pelo reconhecimento dos direitos humanos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, mas se constatou que apenas o reconhecimento desses direitos mediante declarações era insuficiente, pois estas não tinham força normativa, fazendo-se, então, necessária a sua positivação ou constitucionalização. A Carta Política de 1824 foi a primeira a positivar esses direitos, antes mesmo da Constituição da Bélgica, de 1831. A Carta Magna de 1988 trouxe um título sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e direitos políticos. O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível, pois se caracteriza como base dos direitos fundamentais. Esse princípio assegura o respeito a todo e qualquer ser humano, pois todos são dotados de igual dignidade. Os direitos fundamentais caracterizam-se como princípios, considerando que, na hipótese de conflito entre eles, deve-se tomar a decisão que não retire a validade de nenhum deles, apenas deverá prevalecer um deles. Os princípios são *mandados de otimização*, caracterizando-se pelo fato de serem cumpridos proporcionalmente às condições fáticas e jurídicas. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colidir com o exercício de outro direito fundamental ou quando o exercício de um direito fundamental embater com a necessidade de preservação de um bem coletivo, está-se diante de uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. Nesse caso, o intérprete deve aplicar um dos princípios de interpretação constitucional, especialmente, os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da força normativa da Constituição. Não sendo suficiente a aplicação desses princípios, dever-se-á empregar o método de ponderação de bens, mediante o princípio da proporcionalidade, que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito, determinando qual direito deverá prevalecer.

Palavras-chave: Constituição; direitos fundamentais; colisão.

ABSTRACT

CARVALHO, J. M. S. M. THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL. 2006. 113 p. Dissertation (Master's degree in Right). University Federal of Ceará – UFC, Fortaleza – Ceará, 2006

The fundamental rights appeared of the need of limiting the performance of the State, but now it is unquestionable that they assumed a character axiology, wider, assuring the human person's dignity. A lot it was fought by the recognition of the human rights, from the Declaration of the Man's Rights and of the Citizen in 1789, but it was verified that just the recognition of those rights through declarations was insufficient, because the same ones didn't have normative force, it was done necessary his averment or constitutionalize. The Political Letter of 1824 was the first the assert those rights, before even of the Constitution of Belgium 1831. The Charter of 1988 brought a Title on the Rights and Fundamental Warranties under a modern perspective, including the individual and collective rights, social rights, of the nationality and political rights. The study of the beginning of the human person's dignity is indispensable, because it is characterized as base of the fundamental rights. That beginning assures the respect to all and any human being, because all are endowed with equal dignity. The fundamental rights are characterized as beginnings, considering that in the conflict hypothesis among them, the decision should be made that doesn't remove the validity of none of them, it will just owe if to give prevalence to one of them. The beginnings are ordered of optimization, being characterized by the fact of they be accomplished proportionally to the conditions juridical existent. When the exercise of a fundamental right on the part of a title-holder to affect the exercise of another fundamental right on the part of other title-holder, we are before a hypothesis of collision of fundamental rights. In that case, the interpreter should apply one of the beginnings of constitutional interpretation, especially, the beginnings of the unit of the Constitution, of the practical agreement and the one of the normative force of the Constitution. Not being enough the application of those beginnings, it should apply the method of consideration of goods, through the beginning of the proportionality, that consists of adopting a decision preferably among the rights and goods in conflict, determining which right should prevail.

Key words: Constitution; fundamental rights; collision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PERCURSO METODOLÓGICO	13
2.1 Justificativa da escolha do tema	13
2.2 Definição dos objetivos	15
2.2.1 Objetivo geral	15
2.2.2 Objetivos específicos	15
2.3 Instrumentos metodológicos	15
3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
3.1 Delimitação conceitual e terminologia	19
3.2 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais	21
3.3 Evolução dos direitos fundamentais	22
3.4 Classificação dos direitos fundamentais	28
3.5 Aplicabilidade dos direitos fundamentais	32
3.6 O catálogo de direitos fundamentais	34
3.7 A dignidade da pessoa humana como direito fundamental	35
4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
4.1 Distinção entre princípios e regras.....	40
4.1.1 Princípios como mandados de otimização	43
4.1.2 As três dimensões da dogmática jurídica	44
4.1.3 A teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural	45
4.1.4 Teoria dos princípios e dos valores	46
4.2 Interpretação dos direitos fundamentais	50
4.2.1 Método Hermenêutico tradicional	52
4.2.2 Princípios de interpretação constitucional	54
4.2.3 A nova Hermenêutica.....	66
5 A COLISÃO DE DIREITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	74
5.1 A evolução da jurisprudência do Supremo	74
5.2 O reconhecimento da colisão de direitos via <i>habeas corpus</i>	77
6 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, <i>in concreto</i>	81
6.1 Concorrência de direitos fundamentais	81
6.2 Conflito entre um direito fundamental e outros bens jurídicos constitucionais.....	83

6.3 Mecanismos de solução dos conflitos	85
6.3.1 Leis restritivas de direito	90
6.3.2 Princípio da proporcionalidade em sentido amplo	93
6.4 Princípios da proporcionalidade e razoabilidade	105
7 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo trazer ao debate o tema colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão analisados casos concretos de conflitos entre esses direitos, bem como as respectivas formas de solução desses conflitos.

O tema direitos fundamentais é extremamente relevante para a teoria constitucional, isto porque eles foram concebidos inicialmente como limites ao poder do soberano, sendo direitos que se exercem contra o Estado. Posteriormente, surgiram outros que exigiam uma prestação positiva do Estado, que são os direitos sociais e com estes surgiram também outros, que, no decorrer da nossa pesquisa, serão devidamente analisados.

Apesar de na doutrina constitucional termos muitas obras que tratam dos direitos fundamentais, tal constatação não deve ser analisada como um tema exaurido em todas as suas perspectivas, porque em relação específica ao objeto deste estudo, não podemos afirmar o mesmo. O fato é que há uma necessidade imperiosa de se discutir o conflito desses direitos, considerando que na prática é uma hipótese bastante provável, mas do que não se ouve falar tanto.

Com o presente trabalho, pretendemos contribuir para o fortalecimento dos direitos fundamentais, demonstrando que, no exercício desses direitos, poderá ocorrer uma tensão entre eles, hipótese esta que se chama colisão de direitos fundamentais. Há, porém, diversos mecanismos de solução desses conflitos, não sendo de forma alguma desnaturado nenhum dos direitos em jogo.

Este trabalho encontra-se dividido em seis capítulos. O primeiro traz considerações iniciais sobre o ponto de partida para a realização da pesquisa e uma visão geral das seções que o constituem.

No segundo capítulo, entendemos ser imprescindível uma abordagem acerca do percurso metodológico que trilharemos. Nesse percurso, poderemos encontrar a justificativa da escolha do tema, assim como os objetivos da presente pesquisa. Serão utilizados alguns instrumentos metodológicos para alcançar os objetivos propostos, tais como: a pesquisa será bibliográfica e documental e os métodos aplicados serão dedutivo, histórico, comparativo e reflexivo.

Será analisada no terceiro capítulo a teoria geral dos direitos fundamentais, apresentando uma visão ampla desses direitos, sendo ressaltadas as questões da delimitação conceitual, distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, evolução histórica, classificação e aplicabilidade e, por último, examinaremos o princípio da dignidade da pessoa humana, concebido como a base dos direitos fundamentais.

É de essencial importância a dimensão do capítulo dos direitos fundamentais na Carta Política de 1988, isto porque se apresenta não como direitos absolutos, mas direitos que possuem seus limites fixados na própria Constituição, impedindo, assim, o fenômeno da colisão. Vale destacar a noção de que, na hipótese de não haver restrição legal a um determinado direito fundamental, caberá ao Poder Judiciário a solução desses conflitos.

O quarto capítulo perscruta a concretização dos direitos fundamentais, partindo da distinção entre princípios e regras, de extrema importância para os direitos fundamentais, haja vista que esses direitos têm o caráter de princípios jurídicos e positivamente válidos. Logo após, dissecaremos a teoria dos princípios, considerados pela moderna doutrina constitucional, especialmente os princípios constitucionais que serão aplicados na solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Para tanto, investigaremos em especial, os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade. Nesse capítulo, já apresentaremos algumas hipóteses de conflitos julgados pelo Supremo, demonstrando a aplicação dos princípios de interpretação constitucional.

Entendemos que, ainda no quarto capítulo, deveríamos fazer referência à nova Hermenêutica, apresentando as contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que se mostram como os filósofos da Hermenêutica contemporânea. As obras de Heidegger e Gadamer propiciaram o nascimento de uma Hermenêutica em que o processo interpretativo não decorre da descoberta do "exato" ou do "correto" sentido do texto ou da norma, mas do exame das condições em que ocorre a compreensão. Nesse sentido, essa análise nos fará compreender melhor as decisões citadas do Supremo Tribunal Federal.

Considerando que as hipóteses de colisão dos direitos fundamentais que apresentaremos serão as que foram julgadas pelo Supremo, entendemos ser importante fazer referência, no quinto capítulo desse trabalho, a colisão de direitos sob a visão do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, delinearemos desde a primeira decisão em que foi suscitado conflito de direitos, assim como a

evolução dessas decisões. Analisaremos também, o reconhecimento da colisão via *habeas corpus* e algumas decisões paradigmáticas da evolução dessas decisões da nossa Suprema Corte.

No sexto capítulo, serão observadas as hipóteses de ocorrência da colisão entre direitos fundamentais. Veremos que as situações de conflitos podem suceder com a concorrência entre dois ou mais direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucionalmente protegido.

A análise acerca dos mecanismos de solução dos conflitos será realizada a partir de uma perspectiva de se saber se algum dos direitos em conflito está sujeito à reserva de lei, haja vista, como assinalamos há pouco, o fato de que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Se um dos direitos fundamentais em tensão não possuir limitação expressa ao seu exercício, caberá então ao Poder Judiciário a solução desses conflitos, devendo ser aplicados, inicialmente, os princípios de interpretação constitucional que se acham correlacionados. Não sendo suficientes esses mecanismos, o julgador deverá se valer da máxima da proporcionalidade, com os seus três subprincípios.

Ainda no capítulo sexto, estabeleceremos comparações entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, apresentando o entendimento de vários autores que tratam do tema e nos posicionando pela teoria segundo a qual, de fato, há distinção entre os dois princípios. Veremos que essa distinção não é entendida pelo Supremo Tribunal Federal, que aplica os dois princípios como sinônimos nas hipóteses de colisão dos direitos.

Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva suscitar discussões acerca das hipóteses de colisão desses direitos, bem como dos mecanismos de solução. Para tanto, propomos ampla aplicação dos princípios de interpretação constitucional, sem não esquecermos do método de ponderação de bens, consistente em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em jogo, determinando qual o direito que deverá prevalecer no caso concreto. Vale destacar a idéia de que essa ponderação concreta de bens será realizada pelo princípio da proporcionalidade.

2 PERCURSO METODOLÓGICO

Faremos nesta seção uma abordagem acerca do percurso metodológico, apresentando a justificativa da escolha do tema, os objetivos da presente pesquisa, bem como os instrumentos metodológicos utilizados para a coleta dos dados.

2.1 Justificativa da escolha do tema

A escolha do tema justifica-se por fazer uma abordagem dos direitos fundamentais sob a perspectiva da possibilidade da existência de conflitos entre esses direitos indispensáveis à convivência digna do ser humano. O estudo dos direitos fundamentais constitui um dos assuntos mais relevantes da teoria jurídica.

Os direitos fundamentais, entendidos como concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, cumprem uma função relevante dentro do ordenamento jurídico constitucional, pois servem para legitimar os regimes políticos, isto porque, quanto mais um Estado tenta concretizar tais direitos, mais adquire legitimidade perante a comunidade internacional. Nesse sentido, a compreensão da recorrência histórica, de onde surgiram os direitos humanos, servirá de auxílio para constatar a importância desses direitos.

A dogmática constitucional brasileira se ocupa de temas relativos aos direitos fundamentais, porém, no que se refere ao móvel específico desta pesquisa, “colisão de direitos fundamentais”, poucos foram os autores que se motivaram a pesquisar a tensão entre direitos fundamentais, no caso concreto. Podemos citar as contribuições de Robert Alexy¹, Gilmar Mendes², Wilson Steimtz³ e Edilson Farias⁴, que muito concorreram para o estudo do tema proposto. Nesse sentido, sentimos a necessidade imperiosa de discutir um argumento que merece novas investigações para a elucidação de vários aspectos práticos que surgem na concretização desses direitos.

¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 1999, n. 217.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de jurisprudência IOB – 1ª quinzena de março de 2003*. nº 5/2003.

³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

O estudo da colisão de direitos fundamentais é bastante complexo, isto porque essa tensão só poderá ocorrer em situações concretas, não se podendo cogitar em conflitos de normas *in abstracto*. Complicadas também se mostram as formas de solução desses conflitos, pois não poderemos tornar inválido nenhum dos direitos conflitantes, apenas naquele momento um dos direitos fundamentais prevalecerá sob o outro, considerando o caso concreto.

Nesse contexto, podemos perceber a relevância do referido estudo, pela possibilidade de apresentarmos casos práticos de conflitos entre direitos fundamentais julgados pela nossa Suprema Corte, identificando os acertos e equívocos do Supremo Tribunal Federal no que se refere à colisão desses direitos. A contribuição deste texto será no sentido de analisar todos esses casos de tensão entre direitos fundamentais e apresentar as soluções encontradas não só pelo Supremo como também pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que profere decisões paradigmáticas nesse sentido.

Pretendemos, com esta investigação esclarecer todo o processo de solução desses recontros, demonstrando a importância da aplicação dos princípios de interpretação constitucional, tais como: princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da força normativa da Constituição. Veremos ainda que, caso seja insuficiente a aplicação de tais princípios, poderemos recorrer ao princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição do excesso, com seus três subprincípios, quais sejam, adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O estudo da colisão dos direitos fundamentais nos alerta para o fato de que tais direitos não podem ser concebidos como absolutos, porquanto podem ser limitados, seja por uma restrição na própria norma constitucional, seja, por obra do Poder Judiciário. Este, ao deparar-se com as referidas hipóteses, deverá encontrar solução em que não desnature qualquer dos direitos em conflito, apenas indicando qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

Nesse sentido, o objetivo deste experimento, além de todos aqueles já mencionados, é o de contribuir para a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, com isso, para o desenvolvimento da dogmática constitucional.

2.2 Definição dos objetivos

Cumpre-nos nesse momento traçar os objetivos do presente trabalho para melhor compreensão do seu objeto de estudo.

2.2.1 Objetivo geral

Analisar a colisão entre direitos fundamentais sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

2.2.2 Objetivos específicos

- a) compreender a digressão histórica que originou os direitos fundamentais;
- b) analisar a dignidade da pessoa humana como direito fundamental;
- c) estabelecer distinção entre princípios e regras;
- d) demonstrar que os direitos fundamentais são princípios;
- e) identificar os princípios de interpretação constitucional;
- f) averiguar quais dos princípios de interpretação constitucional podem ser aplicados para solucionar hipóteses de colisão de direitos fundamentais;
- g) examinar as contribuições da nova Hermenêutica como forma de solução dos conflitos entre direitos fundamentais;
- h) conhecer a origem histórica, composição, competência e natureza do Supremo Tribunal Federal;
- i) investigar os tipos de conflitos entre direitos fundamentais;
- j) identificar os mecanismos de solução da colisão entre direitos;

2.3 Instrumentos metodológicos

Considerando os objetivos deste estudo, optamos pela realização de um ensaio, cuja proposta será desenvolvida com base na abordagem qualitativa e quantitativa.

Nagel, citado por Lakatos e Marconi⁵, aborda a distinção entre leis e teorias do ponto de vista qualitativo. Referido autor levanta a possibilidade de as primeiras formularem relações entre características observáveis de um objeto de estudo ou classe de fenômenos, ao contrário das segundas, denominadas “leis teóricas” ou, simplesmente, “teoria”.

Os dados coletados são predominantemente descritos, uma vez que o material obtido nessa pesquisa é rico em descrições de fatos, acontecimentos e decisões jurisprudenciais.

Além disso, esse modelo de pesquisa mostra que a preocupação com o processo é muito maior que em relação ao produto. Nesse sentido, quando o pesquisador tem interesse em analisar determinado problema, ele procura verificar como este se manifesta nas atividades, nos procedimentos e nas interações cotidianas.

O tipo de busca a ser realizada será o bibliográfico, fazendo-se um levantamento da bibliografia publicada, tanto nacional como alienígena, incluindo revistas científicas e periódicos que possam fornecer conhecimentos acerca do objeto da investigação. Cervo e Bervian⁶ ensinam que “a pesquisa bibliográfica procura explicar o problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos”. Vale destacar que essa investigação pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental.

Considerando o fato de que neste trabalho, examinaremos as decisões do Supremo Tribunal Federal no que se refere à colisão de direitos fundamentais, devemos utilizar a pesquisa documental, pela necessidade de se buscar nos arquivos desse Tribunal informações desde as suas primeiras decisões aplicando o princípio da proporcionalidade, que veremos ser de fundamental importância para solução dos conflitos.

Lakatos e Marconi⁷ classificam os tipos de documentos em escritos e outros, que são a iconografia, as fotografias, os objetos, as canções folclóricas e vestuários. Dentre os documentos escritos citados pelas autoras estão as peças jurídicas, que “constituem uma fonte rica de informes do ponto de vista sociológico, mostrando como uma sociedade regula o comportamento de seus membros e de que forma apresentam os problemas sociais”.

⁵ LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 109.

⁶ CERVO, Amado L; BERVIAN, Pedro A. *Metodologia científica*. São Paulo: Pearson, 2004, p. 65-66.

⁷ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 178.

Para perseguir os objetivos propostos, utilizaremos alguns métodos, quais sejam: método dedutivo, histórico, comparativo e reflexivo. É imperioso destacar a idéia de que toda ciência se caracteriza pela utilização de métodos científicos. Dessa forma, mister se faz a utilização desses ordenamentos para podermos alcançar os objetivos do estudo.

Lakatos e Marconi⁸ definem o método como “conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista”.

Quanto ao método dedutivo, partimos das teorias que explicam os direitos fundamentais e ainda das leis e jurisprudência acerca da hipótese de conflito entre direitos fundamentais. Esse método, segundo Lakatos e Marconi⁹, é um processo que, partindo de premissas, se chega a uma conclusão necessária, considerando a correta aplicação de regras lógicas. Podemos caracterizar tal método pelo emprego de cadeias de raciocínio, sendo utilizados resultados da experiência, expressos em termos de relações.

O método histórico será utilizado também aqui, pois faremos um histórico tanto da evolução dos direitos fundamentais, como também abordaremos a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal. O uso desse método no presente trabalho mostra-se de grande relevância, isto porque, conforme ensinam Lakatos e Marconi¹⁰, tem a finalidade de conferir melhor compreensão do papel que atualmente o tema objeto do trabalho desempenha na sociedade. Para alcançar tal intento, devemos remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações.

O método comparativo serve para demonstrar as formas de solução dos conflitos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional alemão. Lakatos e Marconi¹¹ asseveram que o método comparativo é utilizado para comparações de grupos no presente, no passado, ou entre grupos existentes e os do passado, ou ainda entre sociedades de iguais ou diferentes estádios de desenvolvimento.

⁸ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83.

⁹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. op. cit., (2000) p. 256.

¹⁰ Ibidem, p. 91.

¹¹ Ibidem, p. 107.

Finalmente, o método reflexivo, pois urge que façamos uma reflexão de todas as decisões citadas, analisando as propriedades e enganos do nosso Tribunal constitucional.

Como instrumentos técnicos para realização da presente pesquisa, serão utilizados: levantamento de fontes documentais, ou seja, de paradigmáticas decisões acerca dos conflitos entre direitos fundamentais; e ainda levantamento da bibliografia acerca do tema proposto.

Nesse contexto, no presente trabalho, analisaremos a colisão de direitos fundamentais sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, demonstrando quais instrumentos de solução desses conflitos são utilizados, e ainda exibiremos uma visão crítica desses posicionamentos.

3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo nos reportaremos à teoria dos direitos fundamentais, desde a delimitação conceitual até a sua evolução histórica, passando por todas as constituições brasileiras para, ao afinal, abordar o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentado como a base dos direitos fundamentais.

3.1 Delimitação conceitual e terminológica

Sendo o presente trabalho voltado para o estudo da colisão dos direitos fundamentais, entendemos ser imprescindível determinar o que são direitos fundamentais. Definir esses direitos, entretanto, é tarefa bastante complexa, em decorrência das variadas terminologias utilizadas para caracterizá-los, tais como: direitos humanos; direitos do homem; direitos individuais; direitos públicos subjetivos; liberdades públicas, dentre outros. A Constituição Federal de 1988 confere variadas expressões como: direitos humanos; direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais.

Os direitos fundamentais são princípios jurídicos e positivamente vigentes numa ordem jurídica constitucional, que traduzem a concepção de dignidade da pessoa humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.

A doutrina conceitua os direitos fundamentais de forma variada. Miranda¹² ensina que os direitos fundamentais são direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material. Já o jurista alemão Alexy¹³ entende por direitos fundamentais aqueles positivamente válidos.

Por outro lado, Schmitt¹⁴ conceitua os direitos fundamentais a partir de dois critérios formais. Pelo primeiro critério, direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, direitos fundamentais

¹²MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, p.7.

¹³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, 28.

¹⁴SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Madrid: Revista de Derecho Privado, [1927], p. 182-211.

são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia e segurança (são imutáveis ou mudança dificultada).

O conceito de direitos fundamentais de Schmitt em relação ao seu segundo critério é passível de crítica, se aplicado pela ordem jurídica brasileira, pois não podemos conceber que os direitos fundamentais sejam restritos aos imutáveis ou de mudança dificultada, isto porque os direitos sociais, por exemplo, são direitos fundamentais e não são incluídos como cláusulas pétreas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, não fazem parte do rol de direitos “imutáveis” (art. 60, §4 da CF/88).

Cumpre-nos destacar que, inicialmente, os direitos fundamentais eram definidos a partir de uma concepção subjetiva, cuidando apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. A doutrina constitucional contemporânea, a partir da teoria formulada por Smend, fez a descoberta acerca de outra perspectiva dos direitos fundamentais, a perspectiva objetiva, na qual a principal função da Constituição é promover a integração da comunidade, mediante a consagração e tutela dos valores compartilhados socialmente por seus membros¹⁵. Com efeito, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas pela perspectiva dos indivíduos, mas também do ponto de vista da comunidade como um todo.

Nesse sentido, Mendes¹⁶ entende que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Segundo Canotilho¹⁷, a perspectiva dos direitos fundamentais é subjetiva quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito individual para o indivíduo, para seus interesses, para sua situação de vida e sua liberdade. Já a perspectiva

¹⁵SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 140-141.

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004a, p.02.

¹⁷CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.178.

objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental ocorre quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, o interesse público e a vida comunitária.

Para caracterizar melhor a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina costuma citar a decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão no famoso “caso *Luth*”, em que o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, o Sr. Luth, proclamou um boicote contra o filme dirigido por Veit Harlan, diretor de cinema acusado de ter elaborado filme de conteúdo anti-semita na época do regime nazista. Na decisão daquele Tribunal Constitucional ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas também decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição¹⁸.

Nesse sentido, houve uma evolução dos direitos fundamentais, que inicialmente somente eram considerados sob o enfoque subjetivo, passando assim, a ser considerados como conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais¹⁹.

Podemos afirmar que os direitos fundamentais constituem um reforço para a legitimação de regimes políticos, isto porque, quanto mais um Estado legitima tais direitos, mais adquire legitimidade perante a comunidade internacional e constitui um espaço no qual realmente a população efetiva a participação no contexto social. Vale destacar a noção de que a liberdade e a dignidade da pessoa humana são os pressupostos básicos que esses direitos devem alcançar.

3.2 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais

A despeito de haver divergência na doutrina quanto à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendemos existir nota diferenciadora que caracteriza cada um desses. Vale frisar que a expressão “direitos humanos” é mais usada no plano internacional, revelando a existência de direitos aceitos internacionalmente. Já a dicção “direitos

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.157.

¹⁹PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21.

fundamentais” é usada mais no contexto interno de determinado país, dentro de sua opção política.

Na precisa lição de Lopes²⁰

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.

Por outro lado, Bonavides²¹ ensina que

{...} Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais expressões na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição histórica, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Cumpre-nos ainda lembrar que o Poder Constituinte Originário brasileiro, ao usar a expressão “direitos fundamentais”, inspirou-se principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.

Segundo Perez Luño²², o critério mais adequado para determinar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais é o da concreção positiva, uma vez que a unidade de idéias “direitos humanos” se revelou um conceito mais amplo e impreciso do que “direitos fundamentais”, que possui um sentido mais restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Estado.

3.3 Evolução dos direitos fundamentais

O estudo da origem e evolução dos direitos fundamentais parece-nos imprescindível para melhor compreensão de sua importância. Esse exame histórico é de suma importância não só pelo fato de servir como meio de interpretação, mas ainda porque é a história dos direitos fundamentais também um roteiro que desemboca no surgimento do Estado Moderno Constitucional, cuja essência radica no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

²⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001, p. 41.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

²² PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *op. cit.*, p. 46-7.

O nascimento dos direitos fundamentais passa pela história política da Inglaterra, Estados Unidos e França. Veremos, já nas primeiras constituições, a positivação dos direitos fundamentais.

No decorrer da evolução dos direitos fundamentais, vários antecedentes das declarações de direitos foram elaborados, como, por exemplo, o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, assim como a lei de Valério Públicola, proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações, até culminar com um antecedente remoto do *Habeas corpus*, que é o *Interdicto de Homine Libera Exhibendo*.

Parte da doutrina aponta a Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII como a origem dos direitos fundamentais, ressaltando o conceito de direitos naturais, como direitos inalienáveis, inatos, inerentes à pessoa humana. Esta fase é chamada de “pré-história” dos direitos fundamentais²³. A influência do jusnaturalismo para o reconhecimento dos direitos fundamentais nas revoluções do século XVIII é patente, o que se comprova com a leitura do texto das declarações de direitos.

Na Inglaterra foram elaborados cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta em 1215, pelo Rei João Sem - Terra e pelos bispos e barões ingleses. A finalidade era garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais. A Magna Carta, porém, apesar de ser considerada o mais importante documento da época, não foi o único, destacando-se, posteriormente, no século XVII, o aparecimento de outros documentos, como: a *Petition of Rights em 1628*, o *Habeas Corpus Amendment Act em 1679* e o *Bill of Rights em 1688*.

Nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo chegou ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorreu a laicização do Direito Natural, atingindo o seu apogeu no Iluminismo²⁴. Nesse sentido, se destaca a contribuição da obra de John Locke, a primeira a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos detentores de poder, com base no Contrato Social.

Apesar de se considerar a Teoria do Direito Natural como a origem dos direitos fundamentais, tal aparecimento tornou-se insuficiente, pois era necessário o seu reconhecimento mediante documentos ou normas jurídicas de Direito Positivo. Dessa forma,

²³SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. (2005), p.44.

²⁴Ibidem, p. 45

os direitos fundamentais foram em primeiro lugar reconhecidos em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização.

A insuficiência do Direito Natural sucedeu pelo fato de que somente após o reconhecimento desses direitos por normas jurídicas positivas é que passariam a ter força normativa. Nesse sentido, Bobbio²⁵ leciona que “*quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.*”

As cartas e estatutos não são considerados declarações de direitos no sentido moderno, pois os seus textos eram limitados, uma vez que não possuíam força coercitiva, mas condicionavam a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos fundamentais.

Modernamente, a primeira declaração de direitos fundamentais foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*, em 1776. Este documento se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Vale ressaltar que essa declaração é uma prova da presença da tendência jusnaturalista²⁶, o que se comprova com a leitura do seu art. 1º estabelece que “*Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade(...)*”²⁷.

Em princípio, a Constituição norte-americana, aprovada na Convenção da Filadélfia, em 1787, não continha uma declaração de direitos fundamentais, mas como sua entrada em vigor dependia da aprovação de pelo menos nove dos treze estados independentes, alguns dos estados somente concordaram em aderir ao pacto se fossem introduzidos na Constituição esses direitos, o que foi efetivado por enunciados de Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição da Filadélfia, aprovadas em 1791.

Em 1789, foi aprovada pela Assembléia Constituinte francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O texto proclama, nos seus dezesseis artigos, *os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade* e as garantias individuais liberais que se encontram nas constituições contemporâneas. Vale frisar que ela foi fruto da revolução

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 51.

²⁶ LOPES, Ana Maria D’Avila. op. cit., p.54.

²⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997, p. 47

que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da burguesia na França. Nesta declaração, podemos também constatar uma tendência jusnaturalista, ao referir que: *Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembléia Nacional (...) resolvem expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem (...)*²⁸.

A Declaração francesa, de 1789, é reputada como universalista pelo fato de que os direitos fundamentais por ela consagrados não eram dotados de limitação espacial, considerando-se válidos para toda a humanidade, ao contrário das declarações anglo-saxônicas que se apresentavam vinculadas às circunstâncias históricas que as precederam. Nesse sentido, Silva²⁹ ensina que *o sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal*.

Com esse sentido universal, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Esta declaração, logo no seu preâmbulo, reconhece a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz. A concepção dos direitos como fundamentais é resultado da evolução da própria sociedade, sendo considerada a universalidade como valor histórico e filosófico.

O reconhecimento dos direitos fundamentais foi resultado de constantes lutas, entretanto não era o bastante, pois necessária se fazia a positivação desses direitos, ou seja, a sua constitucionalização, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao indivíduo.

A constitucionalização dos direitos do homem pode ser realizada de três formas, segundo Lopes³⁰:

a) como cláusulas gerais ou *lex generalis* (sic): implicam a constitucionalização dos direitos do homem na forma de enunciados de princípios gerais, como dignidade, liberdade e igualdade, geralmente incorporadas ao preâmbulo das constituições. [...]

b) forma casuística ou *leges speciales* (sic): adota-se o critério de positivar os direitos fundamentais, especificando e concretizando as diversas manifestações que cada um deles possa ter (liberdade de pensamento, integridade física, não-discriminação, etc.); tais direitos são acolhidos no próprio articulado da constituição;

²⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997, p. 53.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162.

³⁰ LOPES, Ana Maria D'Avila. op. cit., p. 57

c) forma mista: empregada pelas constituições que positivaram os direitos fundamentais na forma de princípios gerais no preâmbulo e as especificações no articulado.

Nesse momento, é importante fazer aqui detida ponderação acerca dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. O Texto Maior de 1824 foi o primeiro no mundo a positivizar os direitos fundamentais, dando-lhe concreção jurídica efetiva, antes mesmo da Constituição da Bélgica, de 1831, que muitos autores citam como a primeira a trazer tal intento. Referida Constituição brasileira trazia a expressão “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos brasileiros”, mas não fazia menção especificamente a uma declaração de direitos.

A Carta Política de 1891 iniciava o Título IV com uma “Declaração de Direitos”, que assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade. Podemos perceber que esta Constituição continha apenas os chamados direitos e garantias individuais, o que veremos ser modificado nas próximas constituições.

A Constituição Republicana de 1934 foi a primeira que utilizou a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mas também os direitos de nacionalidade e políticos. Ao lado da clássica declaração, tratou ainda de um título sobre a ordem econômica e social e outro acerca a família, a educação e a cultura.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1937, preocupou-se com o reconhecimento e proteção dos direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, entretanto, a referida Carta Política, em muitos dos seus dispositivos, não possuía aplicabilidade prática, concretizando, assim, uma ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República³¹.

Já a Constituição de 1946, no título referente às Declarações de Direitos, dividiu em dois capítulos: um acerca da Nacionalidade e da Cidadania e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais (Art. 129 a 144). No segundo capítulo, não foi incluído o direito à subsistência, que se achava inscrito no parágrafo único do art. 145, onde era assegurado, a todos, trabalho que possibilitasse existência digna, mas, em contrapartida, houve a inclusão do direito à vida. Nesta Lei Matter, apareceram os direitos econômicos e sociais mais bem

³¹ SILVA, José Afonso da. op. cit., (2003) p. 171

estruturados do que na Constituição de 1934, divididos em dois títulos: um tratando da ordem econômica e outro acerca da família, educação e cultura.

A Constituição de 1967 manteve a Declaração de Direitos, mas foi bastante centralizadora, dotando a União de maiores poderes. Com isto, houve a redução da autonomia individual com a suspensão de alguns direitos e garantias constitucionais. A Carta de 1967 foi alvo de diversas Emendas, diante de vários atos institucionais até ser promulgada a Constituição Federal de 1988. A primeira destas Emendas foi a EC n. 01/1969, que continuou tratando dos direitos sociais, econômicos e culturais. O Título II tratava da Declaração de Direitos, com cinco capítulos que faziam referência à Nacionalidade; aos Direitos Políticos; dos Partidos Políticos; aos Direitos e Garantia Individuais; às Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. O Título III tratava da Ordem Econômica e Social e seguidamente tratava da Família, da Educação e da Cultura.

É imperioso lembrar que foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que tivemos verdadeiro diploma que consagrou os direitos e garantias fundamentais. Mencionada Carta Política trouxe inovações relevantes para o constitucionalismo brasileiro.

A Carta de 1988 inovou com um título acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e dos direitos políticos. Cumpre-nos ressaltar que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente não exclui outros direitos ali não constantes, que sejam decorrentes dos regimes e dos princípios por eles adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nesse diapasão, entendemos que caberá à Hermenêutica constitucional a busca de outros direitos fundamentais que não estejam incluídos no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme observa Sarlet³², desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no que se refere ao seu conteúdo e à sua titularidade, o que foi constatado com a análise das constituições brasileiras.

Nesse sentido, os direitos fundamentais nasceram da necessidade de limitar a atuação do Estado. Assim, foi travada enorme luta para o reconhecimento e normatização desses direitos. Apenas o reconhecimento e positivação de tais direitos, entretanto, eram insuficientes, pois a sua violação era uma realidade que comprometeria a sua eficácia,

³² SARLET. op. cit., (2005) p. 53

necessitando, assim, da presença de garantias como forma de efetivar os direitos fundamentais.

Lima³³ salienta que não basta a previsão dos direitos fundamentais por instrumentos normativos, sendo necessárias uma política pública e uma decisão para aplicar esses direitos, a fim de não torná-los *direitos de papel*. A criação de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais é uma exigência do Estado Democrático de Direito, conferindo maior segurança jurídica ao cidadão.

3.4 Classificação dos direitos fundamentais

Quanto à classificação dos direitos fundamentais, entendemos ser de essencial relevância fazer referência à Teoria do *status*, de Jellinek, o que nos fará compreender a posição jurídica das dimensões dos direitos fundamentais. Essa Teoria ensina que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado, posições estas denominadas *status*, que caracterizam o sujeito³⁴.

O *status negativus* refere-se à esfera de liberdade, na qual os interesses individuais são a sua satisfação. Neste âmbito de liberdade individual, as ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas³⁵. Já o *status positivus* confere ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, uma conduta em favor do indivíduo, ressaltando, apenas, que tal conduta poderá ser negativa, isto é, uma abstenção.

O *status passivus* é aquele em que o indivíduo se encontra em estado de sujeição relativamente ao Estado, ou seja, na posição de cumprir com determinadas obrigações. Já sob o *status activus*, a pessoa recebe competências para participar do Estado, como o direito de sufrágio.

³³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo – sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2003, p. 135.

³⁵ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p.251.

Alexy³⁶, apesar de reconhecer a importância da teoria de Jellinek, faz algumas objeções.

[...]Sua debilidade reside no fato de que nem sempre são claras as relações entre as posições elementares e os status nem as que se dão entre as diferentes posições elementares nem sempre são claras. Contudo, esta debilidade pode ser superada se se fundamenta a teoria do status sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais. (tradução nossa)

Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. A doutrina trata desses direitos em gerações, ou, como na opinião da maioria dos autores³⁷, em dimensões. A escolha da expressão “dimensão” em vez de “geração” reside no fato de que esta última poderia significar mera sucessão cronológica, importando extinção dos direitos das anteriores gerações.

Nesse sentido, Guerra Filho³⁸ leciona que

Mais importante que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornando-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos, pois surgiram no século XVIII, juntamente com o Estado Liberal. Esses direitos têm como princípios cardeais os consagrados na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. Tais direitos se identificam com os primeiros – a liberdade. Os direitos dessa dimensão têm como titulares as pessoas e como principal objetivo a proteção de seus titulares contra o arbítrio estatal, caracterizando-se como direitos de defesa. Foram os primeiros constantes do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos³⁹. Eles é que protegem o indivíduo contra os abusos do Estado.

Se os direitos de primeira grandeza surgiram com o ideal da liberdade, os de segunda dimensão nasceram abraçados ao princípio da igualdade, isto porque a visão liberalista foi superada pelo processo histórico das condições econômicas, uma vez que, com a Revolução

³⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 262

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005) p. 51.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 516-517.

Industrial e o aparecimento do proletariado, subordinado à burguesia, surgiram outras relações, e assim também outros direitos fundamentais⁴⁰. Os direitos de segunda grandeza são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos, que reclamam uma atuação positiva do Estado, com o objetivo de suprir carências da coletividade, incluindo-se na categoria do *status positivus*, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que só exigem, para sua realização, uma abstenção estatal.

Os de segunda dimensão surgiram com a idéia de Estado Social, prevalecendo a concepção intervencionista do Estado nas relações humanas, como meio de promover a igualdade entre as pessoas e de garantir o equilíbrio econômico e social. No rol dos chamados direitos sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, a seguridade, a subsistência, o amparo à doença e à velhice.

Bonavides⁴¹ leciona que os direitos sociais passaram por uma fase em que sua eficácia era duvidosa, haja vista o fato de que tais direitos, pela sua própria natureza, exigem do Estado determinadas prestações nem sempre resgatáveis por carência e limitação de meios e recursos. Nesse sentido, lembramos que atualmente os direitos sociais não possuem mais o caráter de normas programáticas, pois, sendo direitos fundamentais, terão sua aplicabilidade imediata.

O surgimento da terceira dimensão ocorreu com o Estado Democrático de Direito, no século XX, devendo-se ao fato da existência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nasceram ao lado da liberdade e igualdade, sendo dotados de alto teor de humanismo e universalidade⁴². A universalidade decorre do fato de que não se destina especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado e sim do próprio gênero humano. Nesta dimensão, encontraremos os direitos à fraternidade, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e à propriedade.

Podemos depreender que as dimensões dos direitos fundamentais seguem a tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), estando diretamente relacionadas às formas de Estado de Direito, na medida em que o grupo de direitos que implementa cada dimensão é fruto do momento histórico vivido pela sociedade.

⁴⁰ LOPES. Ana Maria D'Avila. op. cit., p. 64.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 522.

⁴² Ibidem, p. 522.

Conforme a lição de Bonavides⁴³, o Brasil estava sendo impelido para a utopia neste final de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. Ensina o Constitucionalista que globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Com a globalização política na esfera da normatividade jurídica surgiram os direitos de quarta dimensão. Aqui encontraremos o direito à democracia, à informação e direito ao pluripartidarismo. Vale destacar o fato de que a doutrina já começa a apontar como direitos de quinta dimensão a biotecnologia e a informática, estes surgidos no final do século XX.

Após o estudo das dimensões dos direitos fundamentais, cumpre-nos neste momento fazer distinção entre direitos individuais, coletivos e sociais. Os primeiros são aqueles concebidos como direitos fundamentais titularizados e exercidos pela pessoa individualmente considerada. Já os segundos são espécies de direitos fundamentais titularizados e exercidos por uma coletividade, como, por exemplo, o direito à liberdade de reunião; liberdade de associação e outros. Os direitos sociais são aqueles definidos como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou correspondentes à gama de relações sociais, econômicas e culturais⁴⁴.

Os direitos difusos são muito semelhantes aos direitos coletivos, porquanto são “transindividuais de natureza indivisível”, porém se diferenciam pelo fato de os primeiros serem titularizados por uma pluralidade de pessoas sem individualização destas, vinculadas entre si por uma circunstância de fato, enquanto os direitos coletivos são titularizados por um grupo de pessoas individualizadas ou determinadas⁴⁵.

A consciência universal acerca da importância dos direitos humanos chegou a uma nitidez nunca atingida. Não é, entretanto, suficiente que estejam declarados nos textos das constituições dos Estados modernos, sendo necessário efetivá-los, ou seja, é imprescindível a presença de instrumentos hábeis para sua realização, valendo dizer, a presença de garantias, isto porque, mesmo sabendo que originariamente os direitos fundamentais surgiram com o fito de limitar a atuação do Estado, desenvolveram-se para reclamar prestações positivas do Estado.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 524

⁴⁴ MORAES, Guilherme Peña de. op. cit., p. 180-185.

⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.078, art. 81, § único, inc. II.

3.5 Aplicabilidade dos direitos fundamentais

Conforme referido anteriormente, não basta que os direitos fundamentais sejam reconhecidos mediante documentos escritos, necessários se fazendo a sua efetivação, ou seja, a presença de instrumentos hábeis para fazer valer tais direitos. Dessa forma, teceremos algumas considerações sobre a distinção dos vocábulos “vigência”, “validade” e “eficácia”. Silva⁴⁶ expressa que a vigência no seu sentido técnico-formal é aquela norma regularmente promulgada e publicada, tornando-a de observância obrigatória. A validade significa mostrar-se a norma está de acordo com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A vigência é um pressuposto da eficácia, uma vez que, para a norma se tornar eficaz, é necessário que seja vigente.

Silva⁴⁷ faz a distinção entre eficácia social e eficácia jurídica:

A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano dos fatos, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Quanto à eficácia, as normas constitucionais podem ser divididas em: de eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada. As primeiras são dotadas de aplicabilidade direta, imediata, como, por exemplo, os arts. 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. As outras são aquelas que contêm aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, pois necessitam de regulamentação, como o parágrafo 5º, art. 40, da Carta Magna de 1988. As últimas são aquelas providas de aplicabilidade indireta, mediata, pois carecem de regulamentação para se tornarem aplicáveis⁴⁸.

Segundo Kelsen,⁴⁹ a eficácia da norma é o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma que se verifica na ordem dos fatos.

⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 65-66.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 91 e ss.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 29-30.

Podemos perceber a íntima relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, constituindo fenômenos conexos, encarados por prismas diferentes. A eficácia é havida como potencialidade. Já a aplicabilidade como realizabilidade e praticidade⁵⁰.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, pois a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade⁵¹.

No parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna de 1988, preceituam-se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuidoras de aplicabilidade imediata. Nesse sentido, é importante destacar os chamados direitos de defesa e direitos à prestação. Os primeiros são aqueles que impõem uma abstenção por parte do Estado. Nesse caso, não há dificuldades em considerarmos tais direitos com aplicabilidade direta e imediata.

Já os direitos à prestação impõem uma atividade positiva por parte do Estado, tornando mais difícil a sua aplicabilidade imediata, considerando a necessidade de recursos para implementá-los - é o caso típico dos direitos sociais. Sarlet⁵² defende a idéia de que a norma do parágrafo 1º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem caráter principiológico, ou seja, é um princípio e não uma regra e, como tal, funciona como mandado de otimização, determinando que os órgãos estatais atribuam ao direito fundamental a maior eficácia possível.

Um aspecto que não se pode deixar de considerar diz respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Há divergência na doutrina quanto aos critérios utilizados para determinar esse conteúdo, ou seja, há quem entenda que deve ser estabelecido por uma norma objetiva ou um direito subjetivo. Nesse sentido, o primeiro critério para determinar o conteúdo essencial exige a consideração global do problema, haja vista que os artigos que contêm os direitos fundamentais são parte de todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, podemos admitir que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas. Em sentido contrário, quando é considerada a teoria subjetiva, é necessário examinar a gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele o

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit., (1999), p. 65-66.

⁵¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 14.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005) p. 270.

sujeito desse direito fundamental. Vale destacar que a garantia do núcleo essencial é que vai limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais.

3.6 O catálogo de direitos fundamentais

A elaboração da Carta Política de 1988 e a conseqüente formatação do catálogo de direitos fundamentais na nova ordem constitucional resultaram de ampla discussão com a chamada redemocratização do País, após longo período de ditadura militar.⁵³

A análise do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de existirem direitos relacionados, onde por seu conteúdo, sua substância, os fazem pertencer ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

O Supremo Tribunal Federal nos traz um exemplo desses direitos fundamentais não expressos no rol da Lei Maior de 1988, quando reconheceu, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994, que o princípio da anterioridade, consagrado no artigo 150, inc. III, alínea b, da Constituição Federal de 1988, constitui por força do parágrafo 2º, artigo 5º, autêntico direito fundamental do contribuinte, consagrando, assim, a abertura do rol de direitos fundamentais na Carta Política de 1988⁵⁴.

Sarlet⁵⁵ cogita em duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no Texto constitucional).

Em outro sentido, Andrade⁵⁶ defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, ou seja, aqueles constantes do catálogo, mas que, por sua substância e

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005) p. 73.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7. Julgamento em 15.12.93. Publicada no Diário de Justiça em 18.03.94.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005) p. 93.

⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 78 e ss.

importância, não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Parte-se da presunção de materialidade dos direitos fundamentais⁵⁷.

Na análise do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, verificamos que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo, diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º ao 4º) da Carta Política brasileira⁵⁸.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais não constituem apenas os que se encontram no texto da Carta Política, mas também os que não foram expressamente previstos, que implicitamente podem ser deduzidos. Sarlet⁵⁹ leciona que

É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais, e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto.

A doutrina ainda não se encontra pacificada quanto aos direitos materialmente fundamentais, especialmente aqueles que não encontram assento na Constituição formal, e também quanto à dificuldade de se apontar dentro, ou fora do Texto Maior, quais direitos podem ser considerados materialmente fundamentais⁶⁰.

3.7 A dignidade da pessoa humana como direito fundamental

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana se mostra imprescindível, considerando que se apresenta como a base dos direitos fundamentais. Este princípio assegura um *minimum* de respeito ao ser humano, pois todos os homens são dotados de igual dignidade, e, portanto, tendo direito a levar uma vida digna de seres humanos⁶¹. Canotilho⁶² considera semântico o princípio da dignidade da pessoa humana e estruturalmente aberto, por

⁵⁷ Posição semelhante a de J.J.Canotilho. op. cit., p. 539 e ss.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.(2005) p. 108.

⁵⁹ Ibidem, p. 94.

⁶⁰ Ibidem, p. 93-94.

⁶¹ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., p. 60.

⁶² CANOTILHO. J. J. Gomes. op. cit., p. 367.

isso acha inadequado conceituá-lo de forma “fixista”, haja vista fazer parte de uma categoria axiologicamente aberta.

A afirmação de que o princípio ora estudado é um direito fundamental pode traduzir certa perplexidade, ante o papel central que tal princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque foi consagrado na Carta Política de 1988 como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, podendo este ser considerado como critério material para identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional. Nesse sentido, Sarlet⁶³ leciona que

(...) sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa humana, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

Em outro sentido, é comum se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma espécie de matriz à qual estão referidos os direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são concretizações do citado princípio, isto é, desdobramentos dele.

Pode parecer estranho que o princípio da dignidade da pessoa humana seja, ao mesmo tempo, fundamento de direito fundamental e direito fundamental. Não obstante, verifica-se que é possível se deduzir, diretamente do princípio ora estudado, sem referência a qualquer outro direito fundamental, posições jurídico-subjetivas fundamentais⁶⁴. Nesse sentido, este princípio pode ser concebido por uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Objetivamente, apresenta-se como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico e, especialmente, de base para os direitos fundamentais; em sua dimensão subjetiva, poderia ser invocado autonomamente como fundamento de uma pretensão do indivíduo contra o Estado ou outro particular.

Sarlet⁶⁵ nos traz alguns exemplos nos quais do princípio da dignidade da pessoa humana, podem se deduzidas posições jurídico-subjetivas:

(...) proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulações genéticas e até mesmo a fundamentação de um

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 104.

novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal no nosso direito constitucional positivo.

Para demonstrar a dimensão subjetiva da dignidade da pessoa humana, citamos a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de *Habeas corpus* 71.373/RS⁶⁶, onde se considerou impossível obrigar o suposto pai a realizar exame de DNA em ação de investigação de paternidade, por ser medida atentatória à dignidade da pessoa humana do réu.

Conforme exposto, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional explícito, ou seja, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CF/88). É importante lembrar que este princípio foi consagrado pela primeira vez na Constituição de Weimar. Já a Constituição brasileira vigente é a primeira a reconhecer expressamente tal princípio⁶⁷.

Miranda⁶⁸ discute a incompatibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana com a pena de morte. No caso da Lei Maior brasileira, percebemos uma contradição quando esta proíbe penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos, cruéis e de morte (art.5º, XLVII, CF/88) e de outro lado admite a execução de pena de morte, no caso de guerra em decorrência de agressão estrangeira. A referida hipótese poderá retratar afronta à dignidade da pessoa humana.

O princípio ora em estudo não pode ser considerado absoluto no sentido de que deva prevalecer em relação aos princípios opostos. Em determinadas ocasiões poderá não prevalecer sobre princípios colidentes⁶⁹. São as condições do caso concreto que indicarão a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁰.

Alexy⁷¹ assevera que muitas vezes o princípio da dignidade da pessoa humana é entendido como um princípio absoluto pelo fato de já se conhecer um extenso contingente de condições de precedência em que existe alto grau de segurança acerca de que sob elas o princípio da dignidade da pessoa humana precede os princípios opostos. O fato de este princípio possuir prioridade sobre outros princípios não significa que seja absoluto, apenas é

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 71.373/RS. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 10.11.94. Publicado no Diário de Justiça em 22.11.96.

⁶⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., p.63.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 17.

⁶⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., p. 64.

⁷⁰ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 92.

⁷¹ *Ibidem*, p. 92.

difícil encontrar razões jurídico-constitucionais que poderiam alterar a relação de precedência em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é incontestável a relevância atribuída à dignidade da pessoa humana, bem como o é a possibilidade de, deste princípio, se poder deduzir posições jurídicas em favor de alguém, justificando sua inclusão na categoria dos direitos fundamentais fora do catálogo. Vale destacar o posicionamento de Sarlet⁷², para quem, embora se possam deduzir diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana posições jurídico-subjetivas fundamentais, não há que se falar em um direito fundamental à dignidade, pois, como verbera:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que se constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade.

Por outro lado, cumpre-nos destacar haver quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem, ou seja, no sentido de qualidade inata, isto porque a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de gerações diversas e da humanidade como um todo e, por isso, a dimensão cultural e natural da dignidade se complementam⁷³.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005), p. 116.

⁷³ Ibidem, p. 117.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente seguimento, veremos a concretização dos direitos fundamentais, para tanto apresentando a Teoria dos Direitos Fundamentais do jurista alemão Alexy, porquanto esta é uma Teoria geral e jurídica dos direitos fundamentais.

A teoria de Alexy é geral e jurídica dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn e, apesar de ser uma teoria tedesca, pode ser aplicada aqui no nosso País, até porque não podemos jamais dizer que é uma teoria particular ou regional, pelo fato de que o que está sob exame são problemas universais da teoria e da dogmática jurídica.

Entendemos ser importante fazer referência à teoria de Böckenförde,⁷⁴ que identifica cinco teorias dos direitos fundamentais, quais sejam: a liberal, a institucional, a democrático-funcional, a do Estado social e a axiológica. Para a teoria liberal, os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade ante o Estado, ou seja, são direitos que demarcam uma esfera de liberdade individual e social, intransponíveis aos Poderes Públicos. Segundo a teoria institucional, os direitos fundamentais são institutos, princípios objetivos, mas, como institutos, não são apenas as garantias institucionais expressamente mencionadas, mas os direitos fundamentais em geral, inclusive o direito de liberdade, que aparece como liberdade objetivada, conformada institucionalmente.

Já a teoria democrática-funcional enfatiza a função pública e política dos direitos fundamentais, dando preferência a direitos como: liberdade de imprensa, de opinião, de reunião e de associação. A teoria dos direitos fundamentais do Estado social é mais bem compreendida quando contraposta à teoria liberal. Para a teoria social, a liberdade jurídica liberal é mais formal do que real, cabendo ao Estado criar os pressupostos sociais para a realização da liberdade conferida pelos direitos fundamentais. Por último, para a teoria axiológica, o ponto de partida está na teoria de Rudolf Smend, segundo a qual o Estado é um permanente processo de integração de uma comunidade de valores.

Alexy⁷⁵ tece algumas críticas às teorias dos direitos fundamentais estudadas por Böckenförde, mostrando que são materiais, pois procuram atribuir um sentido, um conteúdo a

⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. Trad. Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993, p. 45-71.

⁷⁵ ALEXY, Robert. op. cit., (2001), p. 36-37.

eles. Para o referido autor, teorias que possuem a forma de concepções fundamentais do tipo mais geral traduzem dois problemas. O primeiro deles resulta de seu caráter abstrato e, por definição, apresentam-se como teoria não elaboradas nas três dimensões (analítica, empírica e normativa), oferecendo apenas hipóteses que podem guiar a elaboração de uma teoria ampla, portanto, uma teoria dos direitos fundamentais do tipo mais geral não pode substituir uma teoria elaborada, tão-somente pode consistir seu ponto de partida, e possivelmente seu lugar de chegada. O segundo problema é mais grave, isto porque todas as teorias apresentadas expressam uma tese básica, ou seja, quando uma teoria pretende remitir os direitos fundamentais a uma tese básica, se pode chamar de “teoria unipontual”.

Feitas essas considerações, passemos para a análise da distinção entre princípios e regras, extremamente relevante para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

4.1 Distinção entre princípios e regras

Devemos inicialmente entender que princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas. Essa distinção é de fundamental importância, constituindo o início da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática jurídica dos direitos fundamentais⁷⁶. Tal distinção pode ser realizada sob duas concepções, quais sejam: a concepção de que há uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, como normas jurídicas que apresentam uma distinção estrutural. Esta pode ser denominada concepção forte dos princípios. Já outra, denominada de concepção débil dos princípios, considera que não existe uma distinção clara entre princípios e regras⁷⁷.

Podemos identificar duas teorias que explicam os princípios. A primeira delas identifica-os como normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela Ciência do Direito. Del Vecchio acentuou que os princípios gerais são descobertos por meio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico.

⁷⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (2001), p. 81.

⁷⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., p. 25.

Bobbio assegurou que os princípios gerais do Direito são tão-somente “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”⁷⁸.

Essa primeira tese dificilmente é sustentada, pois, conforme Kelsen⁷⁹, o sistema jurídico é dinâmico, não sendo possível deduzir de conteúdos mais gerais outros teores normativos mais particulares.

A segunda teoria que tenta explicar os princípios jurídicos é a defendida por Alexy⁸⁰, ensinando que os princípios não se aplicam integral e plenamente em qualquer situação, isto porque, antes de tudo, são “mandados de otimização”. O citado jurista alemão entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas, diferentemente das regras, eles são normas a dizer que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Conforme o citado autor germânico⁸¹, os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. O fato de que um princípio seja aplicado para um caso não quer dizer que seja em sentido definitivo, isto porque eles apresentam razões que podem ser ultrapassadas por motivos opostos. Já as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Não devemos falar da distinção entre princípios e regras sem mencionar a contribuição de Dworkin⁸². O Autor anglo-saxão entende que essa distinção tem um caráter lógico, residindo no fato de que os princípios não expressam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando se dão as condições previstas. Para ele, um princípio “é um modelo (*standard*) que deve ser observado, não porque avançará ou assegurará um situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade”. Já os argumentos da orientação política (*policy*) são aqueles modelos (*standards*) que “revelam uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político e social da comunidade”. As regras se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada (*in no all-or-nothing fashion*)”. Os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas

⁷⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Brasília: Revista de Informação legislativa, n.143, jul/set. 1999, p. 191-192.

⁷⁹ KELSEN, Hans, op. cit., p. 200-201.

⁸⁰ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 86-87.

⁸¹ Ibidem, p. 82-85.

⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37-39.

previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer outro princípio pode representar uma exceção à aplicação de um princípio.

Dworkin⁸³ cita um caso (*Riggs v. Palmer*) julgado pela Suprema Corte americana em que o neto havia assassinado o avô para receber parte da herança que lhe foi deixada por testamento. A Suprema Corte decidiu que o neto não teria direito à herança, justificando sua decisão pelo princípio de que ninguém pode se beneficiar do próprio delito. Os padrões especificados neste caso não são do tipo em que tomamos como regras jurídicas. Mostram-se diferentes de preposições como “a máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora”. O caso citado é diferente porque é um princípio jurídico e não uma regra jurídica.

No que se refere à distinção entre regras e princípios, Alexy⁸⁴ ensina que,

tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas de mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, da mesma maneira que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, inclusive quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. (tradução nossa)

Existem muitos critérios⁸⁵ para a distinção entre princípios e regras, mas o da generalidade é o mais freqüentemente usado, pois os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras são normas com um nível de relatividade baixo. Por exemplo, a norma que fala da liberdade religiosa tem um nível mais alto de generalidade, entretanto, a norma que diz que o preso tem direito de conversar com outros presos tem um nível mais baixo de generalidade⁸⁶.

Canotilho⁸⁷ leciona que a distinção entre princípios e regras deve ser realizada da seguinte forma:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que ou não

⁸³ DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 39.

⁸⁴ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 83

⁸⁵ Luis Roberto Barroso faz a distinção entre princípios e regras da seguinte forma: “Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350)

⁸⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 83.

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 1087-88.

cumprida (nos termos de Dworkin: (*applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebel'sky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. (tradução nossa)

Guerra Filho⁸⁸ entende que é essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional, especialmente porque os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, requerendo o emprego dos princípios de interpretação constitucional.

A distinção entre regras e princípios se mostrará de forma bastante clara quando houver colisão de regras ou de princípios. O conflito entre regras resolve-se introduzindo-se um cláusula de exceção, eliminando o conflito. Alexy⁸⁹ cita um exemplo desta situação de conflito: “imaginemos a existência de duas regras conflitantes, uma proibindo que se abandone a sala antes do toque da sirene e a outra que determina o abandono da sala em caso de soar o alarme de incêndio”. A colisão será solucionada introduzindo-se uma cláusula de exceção à primeira regra no caso de incêndio.

Na hipótese de impossibilidade da inclusão dessa cláusula de exceção, será solucionado o conflito pela declaração de invalidade de uma das regras, e, neste caso deverão ser aplicados os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade⁹⁰. Pelo primeiro, a regra posterior revoga a anterior. Já pelo segundo critério, a regra superior revoga a inferior. Conforme o critério da especialidade, a regra especial revoga a geral. Na hipótese de conflito entre princípios, não será declarada a invalidade de um deles, mas tão-somente se fará o sopesamento dos bens e valores em jogo para se saber qual a importância e o peso de cada um e ao final decidir qual deles prevalecerá no caso concreto.

4.1.1 Princípios como mandados de otimização

Alexy⁹¹ defende a tese de que entre regras e princípios não só há uma diferença gradual, mas também qualitativa, pois os princípios são normas que prescrevem algo para ser

⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit (1999) p. 56.

⁸⁹ Ibidem., p. 88

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 92-97.

⁹¹ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) 86-87

efetivado da melhor forma possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, e por isso são chamados por ele de *mandatos de optimización*, caracterizando-se pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas.

Segundo esse jurista alemão⁹², somente conseguiremos evidenciar a distinção entre regras e princípios no caso concreto, ou seja, na hipótese de colisão entre princípios e choque de regras. O autor ensina, ainda, que a solução para a colisão entre princípios não ocorre com a invalidade de um princípio sobre o outro e sim com a prevalência de um pelo outro, sem significar de forma alguma que o princípio preterido deva ser declarado inválido. Já o conflito entre regras é resolvido, introduzindo-se uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida.

A teoria dos princípios tem íntima ligação com a “máxima da proporcionalidade”, sendo que esta se origina do caráter lógico daqueles. Os princípios, como mandados de otimização implicam a “máxima da proporcionalidade” com os seus três subprincípios: conformidade ou adequação dos meios; exigibilidade ou necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁹³.

4.1.2 As três dimensões da Dogmática Jurídica

Uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn é uma teoria de direito positivo de uma determinada ordem jurídica, ou seja, uma teoria dogmática. Do objeto desta teoria, decorrem três características: a primeira é uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental; segundo, é uma teoria jurídica e, terceiro, é uma teoria geral. Alexy⁹⁴ divide a Dogmática Jurídica em três dimensões: analítica; empírica e normativa.

A dimensão analítica refere-se à consideração sistemático-conceitual do direito válido. Segundo Alexy,⁹⁵ As tarefas se estendem aqui desde a análise dos conceitos fundamentais (como, por exemplo, o conceito de norma, de direitos subjetivos, de liberdade e igualdade), passando pela construção jurídica (por exemplo, a relação entre o suposto de fato e as restrições dos direitos fundamentais e a do efeito em terceiros), bastando a investigação da

⁹² ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 87-89

⁹³ Ibidem., p. 67

⁹⁴ Ibidem., p. 27-32.

⁹⁵ Ibidem., p. 30.

estrutura do sistema jurídico (por exemplo, a chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação sobre a base dos direitos fundamentais (por exemplo, da ponderação).

Alexy⁹⁶ ensina que a dimensão empírica possui um duplo significado: o primeiro referente ao conhecimento do direito positivamente válido; e o segundo relativo à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica.

No que se refere ainda à segunda dimensão, Alexy⁹⁷ assevera que

A caracterização da segunda dimensão como “empírica” não quer dizer que o conhecimento do direito positivamente válido se esgota no conhecimento dos fatos observáveis ou que pode ser reduzidos a eles. É comum afirmar que da constatação de que, um número de pessoas reunidas em uma sala, primeiro falam e logo levantam a mão não pode inferir-se a existência de um direito válido, qualquer que seja o sentido que se dê a esta expressão. (tradução nossa)

A terceira dimensão, a normativa, vai mais além da simples comunicação do que aquilo que na dimensão empírica é constatável como direito positivo válido. Trata-se aqui da orientação e crítica da práxis jurídica, sobretudo da jurisprudência judicial. Para essa dimensão, é importante saber qual é no caso concreto a decisão correta. A resposta a esta pergunta incluirá as valorações de quem a formula⁹⁸.

Nesse sentido, Alexy⁹⁹ leciona sobre o problema da valoração:

O problema da valoração se baseia, sobretudo, na interpretação do material dotado de autoridade constatável de maneira empírica e quando se trata de acabar com suas lacunas. Nesta medida, se pode falar de um “problema de complementação”. Ao problema da complementação, na medida em que para a identificação do material dotado de autoridade se requer valorações, se valora o problema da fundamentação. (tradução nossa)

4.1.3 A teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural

A teoria estrutural apresenta-se como uma teoria dogmática, pressupondo um determinado modelo de Ciência Jurídica *stricto sensu*, que é chamado de modelo tridimensional, justamente pelo fato de possuir as três dimensões analítica, empírica e

⁹⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 30.

⁹⁷ Ibidem., p. 31.

⁹⁸ Ibidem., p. 32.

⁹⁹ Ibidem., p. 32

normativa¹⁰⁰. Essa teoria é primariamente analítica e não puramente analítica, isto porque investiga os conceitos fundamentais no âmbito dos direitos fundamentais, a influência desses direitos no sistema jurídico e a sua fundamentação¹⁰¹.

Alexy¹⁰² assevera que “uma teoria estrutural tem que constituir não somente a primeira peça de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, senão também a base e o marco para todas demais”.

A dogmática dos direitos fundamentais aponta a fundamentação racional de juízos de dever ser de direitos fundamentais concretos, pois a racionalidade da fundamentação exige que o caminho, desde as definições de direitos fundamentais aos juízos de dever ser dos direitos fundamentais, seja acessível na maior medida possível¹⁰³.

A teoria dos princípios é considerada a base da teoria estrutural, isto porque garante Alexy que somente com a teoria dos princípios é possível uma Dogmática adequada dos direitos fundamentais. Alexy pretende reabilitar a criticada axiologia ou teoria dos valores dos direitos fundamentais¹⁰⁴. A teoria das posições jurídicas também é considerada a base da teoria estrutural, isto porque remete as múltiplas relações jusfundamentais a posições e relações do tipo elementar, e, desta maneira, permite construí-las exatamente, o que é um pressuposto necessário de uma clara dogmática dos direitos fundamentais.

Segundo Steinmetz, a teoria estrutural de Alexy tem como objeto a Lei Fundamental, contudo a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas conferem à teoria estrutural um caráter de universalidade e paradigmático¹⁰⁵.

4.1.4 A teoria dos princípios e a teoria dos valores

Conforme a lição de Alexy,¹⁰⁶ é fácil reconhecer que os princípios e os valores estão estritamente vinculados em duplo sentido: de um lado, da mesma maneira que podem ocorrer

¹⁰⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit., p. 120-121.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 39.

¹⁰² Ibidem, p. 39.

¹⁰³ Ibidem, p. 39.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 25.

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 122.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 138.

uma colisão de princípios e uma ponderação desses, é possível que sucedam também, colisão de valores e uma ponderação destes; de outro lado, o cumprimento gradual dos princípios é equivalente na realização gradual dos valores.

Para distinguir os princípios de valores, Alexy¹⁰⁷ recorre a Von Wright, que divide os conceitos práticos em deontológicos, axiológicos e antropológicos. Podemos citar como exemplo dos primeiros: mandados, proibições, permissões e do direito a algo. Os outros estão caracterizados pelo fato de que seu conceito fundamental não é o de mandado ou dever ser. A variedade dos conceitos axiológicos resulta da variedade dos critérios de acordo com os quais algo pode ser classificado de bom. Os conceitos antropológicos são de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Reale¹⁰⁸ assevera que “a teoria dos valores é hoje central porque acima de tudo no mundo contemporâneo está em causa o valor próprio do ser humano”.

Canaris¹⁰⁹ leciona que o princípio se encontra num grau de concretização mais elevado de que o valor, pois, ao contrário do valor, já contém características básicas da norma jurídica: a previsão e a consequência jurídica.

Ainda no que se refere à distinção entre princípios e valores, Alexy¹¹⁰ assevera que tal diferença se reduz a um ponto:

O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido: e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, pois, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. (tradução nossa)

Alexy¹¹¹ ensina, ainda, que, no Direito, o que se trata é do que é devido. Por outro lado, não existe dificuldade alguma em passar da constatação de que determinada solução é a melhor desde o ponto de vista do Direito Constitucional para constatação de que é devida inconstitucionalmente.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 139.

¹⁰⁸ REALE, Miguel. Pluralismo e liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 15.

¹⁰⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 86-87.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 138-145.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 147.

Lima¹¹² ao tratar dos princípios e dos valores, ensina que:

O valor é fundante do grau deontológico da normatividade, logo, é a alma da norma. Se a regra é o corpo, o princípio é a vida e o valor é a alma. Ao mesmo tempo é vinculante tanto do legislador como do aplicador da norma. Este, muito mais, porque o legislador pode importar preceitos abstratos de outros sistemas, enquanto o intérprete tem compromisso com a justiça concreta, adaptando a mesma fórmula gramatical transcrita, por exemplo, do Código Civil Alemão, para uma situação dada no interior do Brasil.

Apesar de o modelo dos princípios haver demonstrado ser igual ao modelo dos valores, com a diferença de que os primeiros devem ser considerados no âmbito deontológico e os demais no contexto axiológico, houve algumas objeções à teoria dos valores, que atingiu também a teoria dos princípios. São elas divididas em três grupos - filosóficas, metodológicas e dogmáticas¹¹³.

As objeções filosóficas se dirigem contra o conceito de objetividade da ordem dos valores. Max Scheler, citado por Alexy¹¹⁴, foi quem proporcionou o mais original e amplo conceito de uma ordem objetiva de valores. Para ele, “os valores não somente valem senão que a eles lhes corresponde um ser independente, um ser dos valores”. As objeções metodológicas devem ser levadas mais a sério, isto porque se dirigem contra os conceitos: uma ordem de valores no sentido de uma ordem hierárquica e contra a ponderação.

Alexy¹¹⁵ refuta todas as objeções contra a teoria dos valores. Ele assevera que rechaçar as teorias objetivistas-intuicionistas dos valores não é repelir a possibilidade de toda e qualquer teoria dos valores, pois é possível falar de valores sem aceitar suposições filosóficas duvidosas. Ele cita como exemplo o Tribunal Constitucional alemão, isto porque, quando referida Corte se refere a valores ou a um sistema de valores, não significa que o faz no sentido de uma teoria ontológica ou intuicionista dos valores.

Refutar as objeções filosóficas e dogmáticas, para Alexy¹¹⁶, é mais fácil, porém é mais difícil rejeitar as objeções metodológicas, segundo as quais a referência a uma ordem de valores ignora os postulados de uma fundamentação racional. Os argumentos das objeções metodológicas se opõem a uma ordem hierárquica de valores e à ponderação. No que se refere à ordem hierárquica, reconhece que as objeções estão justificadas, pois, não é concebível uma

¹¹² LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 95.

¹¹³ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 149.

¹¹⁴ Ibidem., p. 152.

¹¹⁵ Ibidem., p. 149-151.

¹¹⁶ Ibidem., p. 153.

ordem hierárquica abstrata de valores, porque seria difícil identificar os valores relevantes, desde o ponto de vista dos direitos fundamentais. Quanto à ponderação, não é um método que permite o controle racional das decisões no âmbito dos direitos fundamentais.

No plano das objeções dogmáticas, segundo as quais uma teoria dos princípios estruturalmente coincidente com a teoria dos valores implica a destruição da liberdade individual no sentido liberal, Alexy¹¹⁷ as refuta, ensinando que a liberdade vinculada à subjetividade é objetivada no valor, ou seja, há uma objetivação do conteúdo da liberdade. Essa concepção seria correta se liberdade e valor fossem coisas opostas.

O citado autor germânico¹¹⁸ formula a lei da colisão para descrever a estrutura das soluções de colisões. Mencionada lei indica o que precisa ser fundamentado, ou seja, o resultado da ponderação, sendo de fundamental relevância para refutar as objeções metodológicas que se fazem à ponderação de bens.

Alexy¹¹⁹ arrola como exemplo para fundamentar a lei da colisão um caso de incapacidade processual, no qual se trata da admissibilidade da realização de audiência quando o acusado corre risco de sofrer um infarto. Nesse caso, temos de um lado o princípio que determina a aplicação da Lei Penal no maior grau possível; e, de outro lado, há o princípio de proteção da vida e da integridade física do acusado. Vale ressaltar que os dois princípios têm a mesma hierarquia, demonstrando, assim, ser impossível declarar a invalidade de um deles. Alexy conclui, então que: “o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto p2 quando existem razões suficientes para que p1 preceda a p2, sob as condições C dadas em o caso concreto”.

Resta evidenciado que, no caso acima, houve uma ponderação, no contexto da qual os valores “vida” e “integridade física” tiveram precedência ao princípio que determina a aplicação do Direito Penal, sendo que isso ocorreu não porque um é mais importante do que o outro, ou hierarquicamente superior, mas porque, naquele caso concreto, o peso do direito à vida mostrava-se de maior importância.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 170.

¹¹⁸ Ibidem., pp. 90-95.

¹¹⁹ Ibidem., p. 93.

4.2 Interpretação dos direitos fundamentais

O estudo da interpretação dos direitos fundamentais torna-se imprescindível para chegarmos ao ponto principal do nosso trabalho - a colisão de direitos fundamentais - isto porque, mediante a interpretação solucionaremos possíveis conflitos.

A inserção do homem na história e na sociedade exige do ser humano permanente e efetiva percepção do mundo, o que se torna realizável por intermédio da interpretação. Viver é estar condenado a interpretar constantemente¹²⁰. Nesse sentido, podemos dizer que a interpretação é o ato de captação do sentido, diferente da Hermenêutica, que estuda as regras pelas quais se operam a interpretação e o entendimento de suas estruturas e funcionamento¹²¹.

Quanto à interpretação constitucional, podemos acentuar que se tornou um dos mais relevantes problemas no campo da teoria e da Dogmática Constitucional, pois toda norma de Direito Constitucional, seja sobre direitos fundamentais, princípios constitucionais, jurisdição constitucional tem relação direta com a interpretação constitucional¹²².

Guerra Filho¹²³ assevera que “praticar a interpretação constitucional é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da Hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, em época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas”. O autor cearense ensina, ainda, que a intelecção do Texto constitucional sucede, em primeiro momento, recorrendo aos métodos tradicionais da Hermenêutica Jurídica, mas deverá ir mais além, quando, com o emprego da Hermenêutica tradicional, não se obtenha o resultado de uma “interpretação conforme a Constituição”.

Em outro sentido, Streck¹²⁴ ensina que interpretar é acima de tudo compreender e somente pela compreensão, é possível interpretar, não se podendo falar em uma Hermenêutica constitucional *stricto sensu*, ou seja, como uma disciplina autônoma, isto porque admitir uma hermenêutica constitucional específica seria admitir uma hermenêutica de Direito Penal ou de Direito Processual. A interpretação da Constituição tem uma série de especificidades e

¹²⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83.

¹²¹ *Ibidem*, p. 84

¹²² STEINMETZ, Wilson Antônio. *op. cit.*, p.77.

¹²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *op. cit.*, (1999) p. 55.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 255.

peculiaridades, uma vez que a Carta Magna, entendida como espaço garante das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade, é o *topos* hermenêutico conformador de todo processo interpretativo do restante do sistema jurídico.

Streck¹²⁵ cita como causas da relevância teórica e prática da interpretação constitucional: a consolidação da supremacia e centralidade da Constituição no âmbito da ordem jurídica como um todo e as contribuições teóricas das Hermenêuticas Filosófica e Jurídica contemporâneas, entre as quais podemos destacar a tese de que sem interpretação o texto é mera expressão gráfica posta no mundo.

A respeito da interpretação constitucional Häberle¹²⁶ ensina que

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zunftmassige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.

Essa sociedade aberta a que Häberle se refere é o fato de que a interpretação deve ser realizada não só pela doutrina ou pelo juiz, mas também pelos destinatários da norma, sendo impensável a interpretação sem o cidadão ativo e sem as potências públicas¹²⁷. A interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos e o próprio indivíduo pode ser considerado intérprete constitucional indireto ou a longo prazo.

Bonavides¹²⁸, acerca da interpretação dos direitos fundamentais, ensina que

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da constituição, e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 77.

¹²⁶ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13-14.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 13-14.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 534.

4.2.1 Método Hermenêutico tradicional

Atualmente, a teoria e a Dogmática Constitucional são unânimes no sentido de que a interpretação da Constituição deve ser realizada com métodos diferenciados, ou seja, diferentes da hermenêutica tradicional¹²⁹. Entendemos, porém, ser de fundamental relevância tratar aqui, mesmo que de forma superficial, os métodos tradicionais de interpretação, haja vista, que estes não foram considerados inválidos, mas apenas insuficientes quando se trata de interpretação constitucional.

Citamos como métodos de interpretação, conforme a teoria tradicional, os métodos gramatical, teleológico, sistemático, histórico, doutrinário e jurisprudencial. O método gramatical ou literal consiste no exame de cada termo utilizado na norma, de acordo com as regras do vernáculo; por sua vez, o teleológico ou finalístico vai buscar a finalidade para a qual a norma foi elaborada, adaptando-se às novas exigências sociais; o método sistemático realiza a interpretação, analisando a norma a partir do ordenamento jurídico de que faz parte, relacionando-se com todas as outras normas direta ou indiretamente.

Pelo método histórico, o intérprete vai buscar os antecedentes históricos, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, bem como o próprio processo legislativo correspondente; a interpretação doutrinária é aquela realizada pelos doutos, estudiosos por intermédio de suas obras científicas; e, finalmente, o método jurisprudencial é aquela interpretação realizada pelos juizes e tribunais.

Bocckeforde¹³⁰, citando o jurista alemão Ernest Forsthoff, em texto intitulado *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, em 1959, sustentou que, para a interpretação da Constituição, deve ser aplicado o método jurídico clássico:

A Constituição está subordinada às regras de interpretação válidas para as leis. Com isto, a Constituição se faz patente em seu sentido e é controlável em sua execução. Sua estabilidade se obtém dos limites que se tem trazido da interpretação da lei por seu objeto.

Hesse¹³¹ criticou duramente a posição de Forsthoff, sustentando a tese da insuficiência do método jurídico tradicional. Vejamos:

¹²⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. Brasília: *Revista de informação legislativa*. 1995, vol. 32, n.128, p. 255-259.

¹³⁰BOCKENFOORDE, Ernest-Wolfgang. *Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica*. In: Escritos sobre direitos fundamentais. Trad. Juan Luis Requejo Pagés, Baden-bade: Nomos Verl.Ges, 1993, p.15.

A tentativa de superar o positivismo jurídico por meio do recurso acrítico a “valores”, tem conduzido a uma crescente insegurança. [...] enquanto dita crítica pretende responsabilizar desta insegurança a expansão do método das ciências do espírito – que não se identifica em absoluto com dito pensamento acrítico de valores hierarquizados -, buscando a solução em uma volta às tradicionais regras de interpretação, chega a ignorar por completo o problema que atualmente tem traçado a interpretação constitucional.

Podemos perceber que, com a evolução da sociedade, foi desenvolvida uma idéia de nova interpretação constitucional, não importando de forma alguma total desprezo dos métodos tradicionais, apenas considerando a concepção de que os métodos tradicionais são insuficientes para efetiva interpretação constitucional. A nova interpretação assenta-se na concepção que as normas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao conteúdo unívoco e objetivo que a tradição exegética lhes pretende dar¹³².

Barroso¹³³ lembra que, ao se falar de nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas, pois, embora a história das ciências se faça em movimentos revolucionários de ruptura, não se trata disso na nova interpretação constitucional. Barroso lembra, ainda, que essa interpretação é fruto de evolução seletiva, pois conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais ajunta idéias que anunciam novos tempos e novas demandas.

A Hermenêutica tradicional foi concebida para interpretação das regras, mais precisamente das regras de Direito privado, o que se fazia perfeitamente mediante a subsunção, ou seja, a aplicação da regra ao caso concreto. Quando se trata de princípios, isto é, normas que identificam valores a preservar, o modelo tradicional mostra-se totalmente insuficiente, necessitando, assim, de métodos específicos de interpretação, o que foi criado com o advento da nova hermenêutica constitucional. Passaremos nesse momento a tratar especificamente de cada princípio de interpretação constitucional, como forma de solução dos conflitos de direitos fundamentais.

Lima¹³⁴ assevera que a interpretação constitucional deve se pautar pelos valores humanos superiores, assim entendidos aqueles que promovem a elevação espiritual da

¹³¹ HESSE, Honrad. *La interpretación constitucional. Escritos de derecho constitucional*. Seleção e tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 35.

¹³² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

¹³³ Ibidem, p. 346.

¹³⁴ LIMA, Francisco Meton Marques de. op. cit., p. 337.

espécie. Dentre os valores materiais, porém, o mais elevado é a vida e seus atributos, como a dignidade, a liberdade, a igualdade.

4.2.2 Princípios de interpretação constitucional

Toda interpretação envolve um juízo de valor de quem está interpretando. Dessa forma, os princípios de interpretação constitucional traduzem os valores jurídico-culturais que deverão ser levados em conta pelo intérprete na tarefa de concretizar as normas fundamentais, ou seja, de atribuir-lhes sentido adequado à solução concreta do conflito apresentado¹³⁵. Podemos garantir que os princípios de interpretação constitucional constituem mecanismos altamente relevantes da ordem jurídica, pois a Constituição não é apenas um conjunto de regras, e sim um sistema de regras e princípios que se harmonizam e convivem sem conflitos. Os citados princípios constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta¹³⁶.

4.2.2.1 Princípio da unidade da Constituição

Conforme estudado no tópico anterior, a ordem jurídica constitucional é um sistema formado por um conjunto de regras e princípios; pressupõe uma harmonia, um equilíbrio, ou seja, uma unidade. Esta unidade é característica primordial deste princípio, o que significa dizer que entre as normas constitucionais originárias não há hierarquia, conseqüentemente, o intérprete terá que harmonizar os princípios que porventura irão colidir, pois, na hipótese de conflito entre princípios, não há que se falar na invalidade de um deles e sim em uma ponderação de bens e direitos para se saber qual deles deverá prevalecer no caso concreto, sem, no entanto, tornar inválido o outro princípio¹³⁷.

¹³⁵ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., (2004), p. 370.

¹³⁷ Konrad Hesse assevera que “[...] Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais”. (HESSE, Konrad. op. cit. (1992), p. 45).

Steinmetz¹³⁸ entende que a não-observância do princípio da unidade da Constituição implica: primeiro, a sua fragilização normativa; depois, a sua destruição como Lei Fundamental da sociedade.

Podemos invocar decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ponderação de bens e direitos no julgamento da ADIn 319/DF, Relator Ministro Moreira Alves.¹³⁹ O caso em tela trata-se Ação Direta de inconstitucionalidade da Lei 8.039 que dispõe sobre os critérios de reajuste das mensalidades escolares. O Supremo, em face da Carta Política de 1988, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, decidiu que pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao reajustamento arbitrário.

A decisão ora retratada nada mais fez do que ponderar o peso dos princípios concorrentes e diante das circunstâncias do caso, legitimar a intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica, sem que com isso invalide os outros princípios.

Em outra decisão referente à possível colisão entre dois princípios constitucionais, quais sejam, a liberdade de informação e o direito à imagem e à honra, o Supremo Tribunal Federal, pelo Recurso Extraordinário 208.685-1 – RJ, em que foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, decidiu no caso concreto pela prevalência do direito à informação, porquanto não houve ofensa à honra e à imagem do recorrido, isto porque o que foi noticiado tratava-se apenas de denúncia apresentada pela FENASJUFE – Federação Nacional dos Sindicatos dos Servidores da Justiça Federal ao Tribunal Superior do Trabalho. É o que lemos da passagem do seu voto¹⁴⁰.

O voto condutor do acórdão recorrido vislumbrando conflito entre dois princípios fundamentais, o direito à informação (CF, art.220) e a inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X), entendeu que este último encontra-se situado em patamar superior ao da liberdade de informação (fls. 478), admitindo o dano moral por entender, também, que a notícia veiculada pela recorrente teria ofendido a honra objetiva e subjetiva do recorrido. O texto incriminado é do seguinte teor: “Você conhece aquele primo do ex-presidente Collor, José Maria de Mello Porto, que preside o TRT e é acusado de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência? Então: ele já contou a amigos que quer arrumar um partido para se candidatar ao governo do Rio. Já tem até taxistas com adesivos para começar a campanha”.

¹³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit., p. 95.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 319/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 04.12.93. Publicado no Diário de Justiça em 10.12.92

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 208.685-RJ. Relator Min. Ellen Grace. Julgamento em 24.06.03. Publicado no Diário da Justiça em 22.08.03.

Impende observar, entretanto, que não há, na verdade, conflito entre os mencionados princípios constitucionais, mesmo porque não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa a cada um. [...]. A notícia veiculada no texto jornalístico reproduziu, tão-somente, essa acusação devidamente formalizada junto ao TST para fins de investigação. O texto jornalístico tido como lesivo à honra do recorrido estava, portanto, sob a proteção do art. 220 da Constituição Federal. Não poderia, portanto, ensejar responsabilidade por dano moral, porque ausente o abuso de direito. [...].

Podemos depreender da análise do caso acima que, pelo voto da Relatora Ministra Ellen Gracie, na verdade, não houve colisão de princípios constitucionais fundamentais, pois a informação noticiada foi apenas uma reprodução da denúncia junto ao TST. Discordamos, em parte, da Relatora, pois entendemos que houve no referido caso colisão de direitos fundamentais, mesmo que aparente. O fato de que o noticiado significou apenas a reprodução de uma denúncia não retira o direito do recorrido de sentir a sua imagem violada. Os intérpretes, ou seja, os ministros do STF são os que terão que ponderar os princípios em jogo e decidir qual deles irá prevalecer, considerando que não poderão tornar nenhum deles inválido.

4.2.2.2 Princípio da concordância prática

O princípio da concordância prática, também denominado de princípio da harmonização, é de fundamental importância para interpretação dos direitos fundamentais. Veremos nos capítulos seguintes que este princípio se relaciona intrinsecamente com o da proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional.

Guerra Filho¹⁴¹ ensina que o princípio da concordância prática deve buscar confrontar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a estabelecer-se, no caso concreto, qual ou quais dos valores em conflito prevalecerão, buscando-se otimizar a preservação igualmente dos demais e evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Podemos perceber que o princípio da concordância prática tem por base de aplicação a hierarquia de valores ou bens constitucionalmente protegidos, valendo salientar que tal

¹⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. (1999). op. cit., p. 59.

hierarquia só poderá ser manifestada, no caso concreto, quando surge o conflito de princípios. O referido princípio é muito semelhante ao *balancing*. Enquanto este dá especial atenção à análise das tensões e da hierarquia, almejando estabelecer fórmulas para solucionar os problemas, aquele se preocupa com a sensibilidade do caso concreto, procurando solucioná-lo, segundo a natureza do problema, sem fórmulas preestabelecidas.

Para retratar o princípio da concordância prática, voltamos a citar o caso de *Habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas corpus* n. 71.373)¹⁴² que se refere à submissão do réu em ação de investigação de paternidade ao exame de DNA, quando o réu se recusou a se submeter ao exame o juiz determinou a sua condução à força, com base no art. 130 do CPC. O relator entendeu inexistir qualquer violência aos direitos fundamentais do réu, proferindo o seguinte voto:

O impetrante alega que a ordem de condução expedida contra si afronta o art. 332 do Código de Processo Civil. Da sua ótica, o exame é ilegítimo, já que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a prova pericial contra a sua vontade. (...) tem o magistrado a faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação (fls 37). (...).

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao art. 5º, II, da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o art. 343, § 2º, do CPC, como uma confissão ficta (fls 6). Mas não me parece, ante a, ordem jurídica da República neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. (...). O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza de que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X, do art. 5º da CF.

Vale destacar que o representante do Ministério Público conferiu parecer contrário à concessão do citado *Habeas corpus*, entendendo que o direito à intimidade do suposto pai não pode escudá-lo da pretensão do suposto filho do direito de ter um nome e conseqüentemente um pai. A Constituição impõe como dever de família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. O *parquet* federal, no desfecho de sua manifestação, assevera que “não há forma mais grave de negligência para uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno....”.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 71.373. Relator Min. Francisco Rezek. Julgamento em 10.11.94. Publicado no Diário de Justiça em 22.11.96.

Veremos nesse momento que, apesar de o parecer do relator ter sido no sentido de denegar o *Habeas corpus* impetrado pelo paciente, a Corte entendeu acolher orientação contrária, preconizada pelo voto do Ministro Marco Aurélio:

Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há conseqüências para o fato de vir aquele que é apontado como pai e recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. (...) todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me em primeiro lugar, a da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste *habeas corpus* – no sentido de o paciente, réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade. (...) Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa humana, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração desse *habeas corpus*.

O voto do Ministro Marco Aurélio representa a idéia de que é irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido mediante coerção física ao laboratório. O paciente tem o direito de não permitir que se lhe retire das próprias veias porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa deverá ser resolvida no plano instrumental, ou seja, processual e não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana. A solução está na investigação de paternidade, sendo sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.

O caso citado há pouco é uma hipótese típica de colisão de direitos fundamentais. A Corte ponderou os bens e valores em conflito, ou seja, os harmonizou de forma que não retirasse a validade de nenhum deles, apenas, temporariamente, um dos princípios teve menos força do que outro. Entendemos que o Supremo decidiu acertadamente o caso em tela, pois, se o réu fosse realmente obrigado a realizar o exame de DNA contra a sua vontade, estaria se cometendo uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa, até porque a recusa é considerada como confissão ficta, conforme o art. 343, §. 2º do CPC.

Quanto ao conflito de princípios, Guerra filho¹⁴³ assevera que,

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s)

¹⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. (1999). op. cit., p. 59.

outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”[...].

Na aplicação deste princípio, o intérprete sempre terá em vista o fim colimado pelas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, dependendo do caso concreto que se está interpretando.

Outro exemplo típico de aplicação do princípio da concordância prática é a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no “caso Lebach”, citado por Alexy,¹⁴⁴ em que um programa de televisão (ZDF) projetava a transmissão de um documentário acerca do assassinato de soldados em Lebach. No filme, mostrava-se um crime em que quatro soldados do grupo da guarda de um depósito de munições do Exército Federal próximo à Lebach foram assassinados enquanto dormiam e subtraídas as armas com as quais se pensava em realizar outros delitos. Uma das pessoas que havia sido condenada por cumplicidade neste crime estava muito perto de cumprir sua pena e considerou que a emissão do filme, no qual eram mencionados seu nome e sua imagem fotografada, violava seu direito fundamental do art. 1º, § 2º da Lei Fundamental, sobretudo porque colocaria em risco a sua ressocialização.

O Tribunal Provincial rechaçou o seu pedido de um “auto provisional” para proibir a divulgação do filme e o Tribunal Provincial Superior recusou a apelação desta medida, constatando que no caso de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde já a interesses atuais de informação” que “põe em perigo a ressocialização do autor” tem precedência a proteção da personalidade diante da liberdade de informação.

Analisando a decisão do caso ora retratado, podemos ressaltar que o Tribunal Constitucional alemão agiu corretamente sob os seguintes aspectos: 1) o crime ocorreu há muito tempo, o que foi devidamente noticiado à época, comprovando, assim, a tese de que não há cerceamento do direito de informação; 2) o documentário pode ser considerado altamente produtivo para mostrar aos telespectadores que na época não tiveram oportunidade de vivenciar o caso, mas mostra-se desnecessário à divulgação do nome e da imagem das pessoas envolvidas, o que poderia perfeitamente comprometer sua ressocialização, 3) não estamos diante de um caso no qual o interesse público deverá prevalecer sobre o interesse privado, isto porque o condenado tem o direito de não ter o seu nome e as suas imagens divulgadas no documentário, pois estava cumprindo devidamente sua pena, e, por isso

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. op. cit., (2001) p. 95 e ss

mesmo, tem o direito de ter a sua imagem preservada para possibilitar o seu retorno ao meio social.

4.2.2.3 Princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora

O princípio do efeito integrador é de grande importância para os direitos fundamentais, pois ele decorre da exigência da unidade da Constituição, e também porque tais direitos constituem a parte material nuclear da Lei Maior¹⁴⁵.

Canotilho¹⁴⁶ assevera que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social e a unidade política. Nesse sentido, a Constituição traz princípios fundamentais que servirão de parâmetro para a interpretação das normas constitucionais, de modo a ser preservada a unidade política pretendida pela Carta Magna.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, não julgou nenhum caso, aplicando o princípio do efeito integrador, o que se justifica pelo fato de que esse princípio é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, no qual existem vários julgados.

4.2.2.4 Princípio da força normativa da Constituição

O princípio da força normativa da Constituição caracteriza-se pelo fato de que, na solução de conflitos entre normas constitucionais, deve-se dar prevalência para a solução que traga maior eficácia da Carta Magna, tendo-se de proceder constantemente à atualização normativa para garantir a sua eficácia e permanência, e, logicamente, acompanhar a evolução social.

¹⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit. , p. 96.

¹⁴⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 1097.

Hesse¹⁴⁷ assevera que é necessário “[...] dar preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais aqueles pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a obter a máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso”.

Ainda segundo Hesse¹⁴⁸, em sua obra *A força normativa da Constituição*, a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, pois a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de formas diferentes, em uma relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

É importante destacar que o princípio da força normativa tem especial relevância no contexto dos princípios interpretativos, haja vista que não podemos imaginar perda tal força normativa, sob pena de voltarmos à época das meras declarações de direitos, sem qualquer força vinculante.

O citado princípio fica evidenciado em um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas corpus* – 82424 QO/RS), em que um escritor publicou uma obra fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, alegando que teria plena liberdade de expressão e comunicação e ainda arrazoando que os judeus não são uma raça, porém não poderia estar praticando crime de racismo. A Suprema Corte entendeu que se tratava de crime de racismo e discriminação, e, de acordo com a Constituição Federal de 1988, os agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, estão submetidos à imprescritibilidade, para que fique na memória o repúdio da sociedade nacional à sua prática. Esse Tribunal entendeu, ainda, que a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam reaver e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímem*, com acentuado conteúdo racista. Quanto à liberdade de expressão alegada pelo paciente, nisto não há que se falar, pois a referida liberdade não se tem como absoluta, havendo limites definidos na própria Constituição Federal, isto porque o direito à liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação de racismo”. Nesse sentido, O Supremo Tribunal Federal denegou a ordem do *Habeas corpus*. Vejamos parte da Ementa da decisão:

¹⁴⁷HESSE, Konrad. op. cit., (1992), p. 47-48.

¹⁴⁸HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14-15.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (...) 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. (...) 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do Estado moderno de Direito Democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. (...). A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). (...). No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada¹⁴⁹.

Mais uma vez o nosso Pretório Excelso decidiu acertadamente, considerando que o direito fundamental à liberdade de expressão não se apresenta de forma absoluta, encontrando seus limites na própria Carta Política de 1988 e na legislação infraconstitucional. Ora, não se pode justificar um atentado à dignidade da pessoa humana com o direito à liberdade de expressão. Um Estado Democrático de Direito deve imediatamente repelir condutas como a que se configurou no caso citado há pouco. Ficou evidenciada a conduta do agressor em publicar idéias anti-semitas que buscam reaver e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, equivalendo a discriminação com acentuado conteúdo racista. Vale destacar que o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, pois um direito individual não se pode constituir em salvaguarda de condutas ilícitas. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana terá prevalência sobre o da liberdade de expressão.

¹⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82424 QO/RS. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 17/09/2003. Publicado no Diário de Justiça em 19/03/2004.

4.2.2.5 Princípio da conformidade funcional

O princípio da conformidade funcional não é exatamente um princípio de interpretação, mas poderá servir também de interpretação dos direitos fundamentais, especialmente quando o Tribunal Constitucional realiza o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Canotilho¹⁵⁰ entende que esse princípio é mais um princípio autônomo de competência do que de interpretação constitucional.

Hesse¹⁵¹ assevera que o citado princípio determina que “[...] o órgão de interpretação deve manter-se no marco das funções a ele encomendadas; dito órgão não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado de dita interpretação”.

O princípio da conformidade funcional não encontra assento até a presente data nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que talvez se justifique pelo fato de não ser considerado um “verdadeiro” princípio de interpretação constitucional.

4.2.2.6 Princípio da efetividade

A análise da aplicabilidade das normas constitucionais pode ser realizada em três planos: existência, validade e eficácia. Com a Constituição de 1988, surgiu o quarto plano que é o princípio da efetividade. Para Barroso¹⁵², efetividade quer dizer a realização de direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados.

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, pois, entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador¹⁵³.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1098

¹⁵¹ HESSE, Konrad. op.cit., (1992) p. 47

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 374.

¹⁵³ Ibidem, p. 374

Miranda¹⁵⁴, ao tratar do princípio da efetividade, expressa que a nenhuma norma constitucional pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser, isto porque a cada norma constitucional é preciso conferir o máximo de capacidade de regulação, pois interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.

Na precisa lição de Canotilho¹⁵⁵, o princípio da efetividade deve ser analisado por um entendimento de otimização ou maximização dos direitos fundamentais:

A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva, captar o seu vigor “irradiante” e “atuante”. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma “marcha em direção ao vazio”, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais. (tradução nossa)

O citado princípio também é aplicado na Constituição espanhola de 1978 e, conseqüentemente, pelo Tribunal Constitucional daquele país, como analisa Fernández Segado¹⁵⁶. Esse autor mostra que o Tribunal reconheceu o espaço privilegiado que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico, tornando-se, ao mesmo tempo, elementos essenciais e uma decisão básica que, por força de interpretação, informa o ordenamento jurídico em sua totalidade. A interpretação, para o Tribunal Constitucional espanhol, deverá ser da forma mais favorável à maximização do seu conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Tribunal Constitucional espanhol, também aplica o princípio da efetividade e, para constatar tal aplicação, citamos um caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2.212-1/CE), requerida pelo Governo do Estado do Ceará contra a Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e o Tribunal de Justiça da mesma Unidade Federativa, cuja Relatora foi a Ministra Ellen Grace. O Governo do Estado alegava a inconstitucionalidade do art. 108, inciso, VII, alínea I da Constituição do Estado do Ceará e o art. 21, inciso VI, letra J, do Regimento do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, com fundamento de que tais artigos previam no âmbito estadual o instituto de natureza processual da Reclamação, que, de acordo com o art. 21, inciso I da Constituição Federal de 1988, prevê competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual.

A decisão do Supremo foi no sentido de julgar improcedente a citada ADIn, com fundamento de que a natureza jurídica da Reclamação não é a de um recurso, nem de uma

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. op. cit., p.260

¹⁵⁵ CANOTILHO. J.J. Gomes. op. cit., p. 228.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, V. 31, n. 121, 1994, p. 87.

ação e muito menos de um incidente processual. Situa-se no âmbito do Direito Constitucional de petição (art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988), e, por este motivo, não constitui invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual. A Suprema Corte assevera, ainda, que a adoção do instrumento da Reclamação pelos Estados-Membros, além de estar em consonância com o princípio da simetria, está compadecido ao princípio da efetividade das decisões judiciais¹⁵⁷.

4.2.2.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição surgiu no Tribunal Constitucional alemão e tem como finalidade fazer que nenhuma lei seja declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição.

A interpretação das leis “conforme a Constituição” passou a ser método autônomo na Hermenêutica contemporânea, pois decorre da natureza rígida das Constituições e da hierarquia das normas constitucionais, ou seja, de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional¹⁵⁸. Bonavides explica todo o procedimento da interpretação conforme a Constituição:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição¹⁵⁹.

Em outro sentido, Canotilho¹⁶⁰ entende que tal interpretação só é possível quando existe um “espaço de decisão”, ou seja, uma margem de manobra interpretativa e também que o fato de proferir o agente aquela interpretação da lei conforme a Constituição não possa jamais desbordar para uma interpretação *contra legem*.

A interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, é um princípio imanente da Carta Política, isto porque não existe nada mais imanente a uma Lei Maior do

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE. Relatora Min. Ellen Grace. Julgamento em 02.10.03. Publicada no Diário de Justiça em 14/11/2003.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 473-474

¹⁵⁹ Ibidem, p. 474.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 236.

que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Nesse sentido, sendo um princípio imanente, os juízes e tribunais não podem sonegar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição¹⁶¹.

Para ilustrar o referido princípio, citamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da ADIn 1946-DF, movida pelo Partido Socialista Brasileiro, relatado pelo Min. Sidney Sanches, que suscitava a inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, que preceitua que o limite do valor máximo de benefício pago pela Previdência Social devia ser de R\$ 1.200,00.

A suprema Corte, apesar de não ter declarado a inconstitucionalidade da referida regra, concedeu liminar, para afastar a sua incidência em relação ao salário-maternidade, sob os fundamentos de que não é objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV); de que imputar o ônus ao empregador constitui ofensa ao art. 7º, XXX, pois enseja a prática da discriminação; e empregou os argumentos de interpretação do art. 7º, XVIII, *conforme a Constituição*. Com isso, o STF decidiu manter integralmente os direitos dos trabalhadores a expensas da previdência social¹⁶².

Podemos concluir, após a análise dos princípios de interpretação constitucional, que todos os princípios não existem por si, sempre estão se relacionando uns com os outros, não podem ser considerados como compartimentos estanques, pois se complementam. Esta relação conectiva entre os princípios se mostra bastante clara, pelo fato de o princípio da concordância prática decorrer da unidade da Constituição. Outra peculiaridade que não podemos deixar de mencionar é a importância desses princípios para a interpretação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente para solucionar a colisão, no caso concreto, pois a colisão de direitos é também um problema de interpretação constitucional.

4.2.3 A nova Hermenêutica

Cumpre-nos, nesse momento, após o estudo dos princípios de interpretação constitucional, fazer referência à nova Hermenêutica. Para tanto, expomos as contribuições de

¹⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. op. cit., p. 248-249.

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946/DF. Relator Min. Sidney Sanches. Julgamento em 03.04.03. Publicado no Diário de Justiça em 16.05.03.

dois grandes filósofos - Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer - que nos remetem a um universo em que a Hermenêutica se refere ao mundo da experiência, da pré-compreensão, em que já somos e nos compreendemos como seres a partir da estrutura prévia de sentido. As obras de Heidegger e Gadamer propiciaram o nascimento de nova Hermenêutica em que o processo interpretativo não decorre da descoberta do "exato" ou do "correto" sentido do texto ou da norma, mas do exame das condições em que ocorre a compreensão.

Atualmente, a Hermenêutica é considerada como uma teoria ou Filosofia de interpretação, capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua mera aparência ou superficialidade. Nesse sentido, o significado está relacionado com a Hermenêutica, cuja origem grega é "hermeneia", estando atrelada à figura de Hermes, o tradutor da linguagem dos deuses, tornando-a acessível aos homens. A divindade Hermes (mercúrio dos latinos) vinculava-se a uma função de transmutação, isto é, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que tal entendimento pudesse alcançar.

A Hermenêutica, porém, visa a descobrir qual o significado mais profundo que está oculto, não apenas de um texto ou norma, mas também da linguagem. Com a Hermenêutica chegamos a compreender o próprio homem, o mundo em que vive, sua história e existência.

Dessa forma, houve uma necessidade de se implementar uma mudança na questão hermenêutica, ultrapassando-se a concepção tradicional, que a tem como um problema normativo e metodológico, ou seja, um conjunto de métodos e técnicas destinado a interpretar a essência da norma, para chegar-se à visão contemporânea, que a tem como um problema universal, isto é, filosófico e ontológico, que afeta em geral toda a relação entre o homem e o real.

Com o advento da nova Hermenêutica, a interpretação deixa de ser concebida sob a perspectiva normativo-metodológica, mas como algo inerente à totalidade da experiência humana, vinculado à sua condição de possibilidade finita, sendo uma tarefa criadora, circular, que ocorre no âmbito da linguagem.

4.2.3.1 A contribuição de Heidegger para a Hermenêutica em *Ser e o Tempo*

Streck¹⁶³ entende que é imperiosa a contribuição da Hermenêutica filosófica para o Direito, trazendo nova perspectiva para a Hermenêutica jurídica, considerando como de grande importância as obras de Heidegger e Gadamer.

De fato, Heidegger foi o grande impulsionador de uma mudança de paradigma em relação à hermenêutica tradicional, com sua obra "Ser e o Tempo", propondo uma hermenêutica ontológica, de fundamental importância para o desenvolvimento da obra de Gadamer, *Verdade e Método*. Heidegger, ao buscar o sentido do "Ser", verifica que só pode ser determinado a partir de seu próprio; no entanto, na busca incessante por se definir o "Ser", cada vez mais se compreende que ele não pode ser aprisionado numa definição, porque ele não se pode dissociar do tempo de seu sentido.

Heidegger encontrou na fenomenologia de Edmund Husserl um método que explicava os processos do "Ser" na existência humana, de tal modo que o "Ser", e não simplesmente a ideologia de cada um, pudesse tornar-se patente, isto porque a fenomenologia tinha aberto o campo de uma apreensão preconceptual dos fenômenos. Vale destacar que esse novo campo tinha um significado novo em Heidegger, diferente daquele que tivera em Husserl, que o empregou com a idéia de tornar visível o funcionamento da consciência com subjetividade transcendental. Já Heidegger viu, no novo campo, o meio vital do ser-no-mundo histórico do homem¹⁶⁴.

Impende destacar o fato de que o tipo de fenomenologia que Heidegger desenvolveu em *Ser e Tempo* é por vezes designado como hermenêutica fenomenológica. Tal designação é mais do que uma subdivisão da área que Husserl tinha em mente; ao contrário, indicava dois tipos de fenomenologia muito diferentes. Nesse sentido, não seria correto afirmar que o método fenomenológico foi formulado por Edmund Husserl e usado por Martin Heidegger para outros fins, isto porque Heidegger repensou o conceito de fenomenologia de modo que esta e o método fenomenológico adquirissem um caráter diferente. Tal diferença apresenta-se na própria palavra hermenêutica, Heidegger assinalou que a autêntica dimensão de um

¹⁶³ STRECK, Luiz Lenio. op. cit., p. 165-166.

¹⁶⁴ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70, p. 129-130.

método fenomenológico o torna hermenêutico; o seu projeto era o de uma Hermenêutica do *Dasein*, o *ser-aí* circunstanciado histórico.

Heidegger não deixou de analisar a linguagem, isto porque, ao falar do "Ser" e do "Ser e seu Sentido" na correspondência histórica de sua verdade, verificamos uma grande oferta de palavras e gramática que exige grande esforço do Autor. O interesse de Heidegger pela linguagem remonta ao início de sua carreira, com a sua dissertação: "A doutrina do juízo no psicologismo: uma contribuição crítica e positiva para a lógica"¹⁶⁵.

Dessa forma, a interpretação se funda existencialmente na compreensão e nesse contexto as palavras e seus significados têm relevância. O intérprete já possui uma pré-compreensão daquilo que vai interpretar, inclusive das palavras que usará. Essa pré-compreensão está adstrita à circunvisão dele mesmo à medida que se chega ao compreendido, ou seja, àquilo que se abre na compreensão - este torna-se de tal forma acessível que se pode explicitar em si mesmo "*como isso ou aquilo*" e este "*como*" constitui a própria estrutura da explicitação do compreendido, a interpretação.

Assim, a compreensão é ontologicamente fundamental e anterior a qualquer ato de existência. Toda perspectiva que se tem à vista já é em si mesma uma compreensão e interpretação. E ambas partem de uma estrutura prévia caracterizada (posição prévia, visão prévia, concepção prévia) adstrita à circunvisão do intérprete.

Bleicher¹⁶⁶ leciona que "a compreensão é um existencial fundamental que constitui a revelação do ser-no-mundo; contém em si mesma a possibilidade de interpretação, i. e., a apropriação do que já foi compreendido". Nesse sentido, a compreensão não só é uma derivação da compreensão fundamental, como é também dirigida por ela, no que se refere ao "para que" que constitui a estrutura de *algo como algo*.

Heidegger contribuiu de forma efetiva para a Hermenêutica contemporânea, ao tentar dissecar a essência do "Ser", o que nos leva a concluir que não há interpretações definitivas, pois elas não de ser estudadas à luz do tempo em que foram concebidas e tendo em vista as possíveis pré-compreensões do intérprete, de maneira que nós mesmos ao lê-las, a partir de nossas pré-compreensões, estaremos abrindo outro sentido, ou seja, uma nova possibilidade de interpretar.

¹⁶⁵PALMER, Richard E. op. cit., p. 156

¹⁶⁶BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980, p. 143.

A compreensão, para Heidegger, opera no interior de um conjunto de relações já interpretadas, num todo relacional, vale dizer, que atua dentro de um "círculo hermenêutico", inseparável da existência do intérprete. Não se pode conceber a compreensão fora de um contexto histórico e social¹⁶⁷.

4.2.3.2 A contribuição de Gadamer para a nova Hermenêutica

Gadamer, com a sua obra *Verdade e Método*, contribuiu expressivamente para o desenvolvimento da nova Hermenêutica, abandonando também a Hermenêutica tradicional. Essa obra apresenta, num só volume, não só uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica, numa perspectiva essencialmente heideggeriana, como também uma nova Hermenêutica filosófica baseada na ontologia da linguagem¹⁶⁸.

Com o advento da obra *Verdade e Método*, a teoria hermenêutica ingressa em uma importante fase, com a nova concepção radical de Heidegger acerca da compreensão, onde são esclarecidas as implicações desta concepção no modo como se concebem o estético e o histórico.

A interpretação inicia-se sempre com prévios conceitos que serão substituídos por outros mais adequados. Assim, toda a constante reprojeção perfaz o movimento de sentido dos atos de compreender e interpretar.

A compreensão ocorre a partir de nossos preconceitos ou prejuízos, que são muito mais do que meros juízos individuais, pois significa a realidade histórica do nosso ser. Tais preconceitos, entretanto, não são arbitrários, isto porque a compreensão somente alcança verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias não são arbitrárias. Assim, o intérprete não se dirige diretamente aos textos, mas examina tais opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem¹⁶⁹.

Os prejuízos são a base para a compreensão, isto porque não pode haver interpretação sem pressupostos, que vêm da tradição em que se insere o intérprete. Vale ressaltar que uma

¹⁶⁷ PALMER, Richard E. op. cit., p. 136

¹⁶⁸ Ibidem, p. 167.

¹⁶⁹ D'AGOSTINI, Franco. *Analíticos e continentais*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2003, p. 414.

mente hermenêuticamente educada estará apta a respeitar a alteridade do texto. Ao realizar a atividade de interpretar, o intérprete deverá deixar que o texto *fale*, ou seja, deverá perquirir a intenção do autor, demonstrando, assim, uma consciência dos pressupostos¹⁷⁰.

Impende destacar a noção gadameriana de tradição, isto porque compreendemos e buscamos verdade a partir das nossas expectativas de sentido que nos dirigem e se originam de nossa tradição específica. Tal tradição, antes de estar sob nosso poder, estamos sujeitos à ela. Se compreendemos algo, o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que torna essa compreensão possível¹⁷¹.

Barreto e Moreira¹⁷², citando Gadamer, acentuam que a tradição pensada sob o enfoque romântico se opõe à liberdade da razão, concebendo-a como dado análogo ao da natureza. A tradição se apresenta como oposição à livre autodeterminação, isto porque a sua validade não requer nenhuma motivação racional. Pela concepção romântica, a tradição se impõe de forma indiscutida, não aceitando críticas.

Círculo hermenêutico, preconceitos e tradição constituem as condições iniciais do trabalho interpretativo. A relação do intérprete com a tradição é instaurada por ele mesmo enquanto compreende, no instante em que participa do acontecimento da tradição, que é continuamente determinada a partir dele próprio. Assim, Gadamer entende o círculo hermenêutico não sob a perspectiva tradicional, ou seja, uma perspectiva metodológica, mas como algo que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão¹⁷³.

Devemos ressaltar que, na Hermenêutica gadameriana, não há distinção entre a interpretação e a compreensão, pois compreender é sempre interpretar. A compreensão é um processo hermenêutico unitário. A interpretação, a aplicação e o trabalho do intérprete acontecem a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre a fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete¹⁷⁴.

¹⁷⁰ BARRETO, Jose Anchieta Esmeraldo e MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (org.). A hermenêutica filosófica de Gadamer. *O elefante e os cegos*. Fortaleza: Casa de José Alencar, 1999, p. 54.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 415.

¹⁷² *Ibidem*, p. 56.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 415.

¹⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. *op. cit.*, p. 267.

A citada fusão de horizontes acontece, pois, pela interpretação. O ato de interpretar implica a produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que lhe fora dada pelo intérprete dentro de uma concepção dialógica. A Hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, não podendo, quando se deparar com um texto, ficar limitada à intenção do autor ou o primeiro significado, mas considerar, sobretudo, o influxo operado no decurso da história.

Nesse sentido, cumpre-nos fazer referência ao princípio da história “efeitual”, citado por Gadamer. Esse princípio não exige um desenvolvimento como nova disciplina auxiliar das ciências do espírito, mas exige que se aprenda a conhecer-se melhor e que se reconheça que os efeitos da história “efeitual” operam em toda a compreensão, esteja ou não consciente disto¹⁷⁵. Urge a necessidade de tornar consciente esse princípio, haja vista que é uma exigência necessária à consciência científica. Afirmar, porém, que tal princípio pode chegar a se tornar completamente consciente é tão híbrido quanto a pretensão hegeliana de um saber absoluto, isto porque a consciência da história “efeitual” é um momento de realização da própria compreensão¹⁷⁶.

A reflexão da história “efeitual” não pode ser plenamente realizada. Essa impossibilidade é encontrada na essência mesma do ser histórico que somos, ou seja, não se esgotar no saber-se. Vale destacar que todo saber-se procede de um dado histórico prévio, que Hegel, denomina de “substância”, isto porque suporta toda opinião e comportamento subjetivo e, com isso, delimita toda possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica¹⁷⁷.

Gadamer¹⁷⁸, ao se referir à compreensão histórica, faz referência aos horizontes, isto porque a tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico, com o objetivo de mostrar o que queremos compreender em suas verdadeiras medidas. Citado autor garante que, quando a consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, não quer dizer que se traslade a mundos estranhos, mas todos juntos formam esse grande horizonte que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente.

¹⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997, p. 450.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 451.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 451

¹⁷⁸ Ibidem, p. 455.

Por conseguinte, compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes, que ocorre constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem juntos para uma validade vital.

Impende fazer um estudo comparado entre os princípios da efetividade e o da história “efetual”. Quanto ao primeiro princípio, demonstramos no item 4.2.2.6 deste trabalho que tem a finalidade de realização dos direitos, ou seja, da atuação prática da norma, isto porque a norma constitucional deve ser interpretada de forma que confira o máximo de capacidade de regulação, pois nenhuma norma constitucional pode ser interpretada de maneira que lhe retire ou diminua sua razão de ser, evitando soluções que se justifiquem pela não-aplicabilidade da norma. O segundo princípio revela que, quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontrar-nos-emos sob os efeitos da história “efetual”, ou seja, sob os efeitos que esse princípio pode proporcionar à experiência humana. Nesse contexto, ambos os princípios podem ser aplicados pelo intérprete na hipótese de colisão de direitos fundamentais.

5 A COLISÃO DE DIREITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cumpre-nos fazer referência à colisão de direitos no Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, pois o objeto do nosso estudo é a análise desses conflitos na jurisprudência da nossa Corte Suprema. Para tanto, procederemos a detida análise da evolução dos casos de colisão no Supremo e o reconhecimento do choque via *Habeas corpus*.

5.1 Evolução da jurisprudência do Supremo

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1890 com grandes expectativas em torno de sua atuação na defesa dos direitos e liberdades individuais. Essa Corte recebeu influência da Suprema Corte dos EEUU, em virtude da influência que o Direito Constitucional desse País exercia sobre Rui Barbosa, jurista mais influente da época e autor do anteprojeto da Constituição de 1891.

Em 1893 o Supremo Tribunal Federal proferiu a primeira decisão importante, no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, quando determinou a soltura de algumas pessoas que haviam sido presas após a apreensão do vapor *Jupter*. A doutrina defendida por Rui Barbosa, na defesa dos direitos individuais, foi o fundamento para a decisão¹⁷⁹.

Malgrado a nossa Suprema Corte haver surgido em 1890, sua primeira decisão em que foi suscitado conflito entre direitos e uma possível aplicação do princípio da proporcionalidade ocorreu em 1951. O caso referia-se ao Recurso Extraordinário nº 18.331/SP, tendo como relator o Ministro Orozimbo Nonato. Tratava-se da majoração de imposto de licença sobre cabines de banho cobrado pelo Município de Santos, em que a empresa Marques & Viegas se sentiu prejudicada, alegando que tal reajustamento afetava o seu direito fundamental à liberdade do exercício profissional. O juiz de 1º grau reconheceu a inconstitucionalidade da elevação do valor do imposto, considerando que esta estaria colidindo com o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão. Já o Tribunal de

¹⁷⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333.

Justiça do Estado de São Paulo houve o imposto cobrado como perfeitamente exigível e constitucional, haja vista que a desproporção entre o aumento do tributo e a capacidade econômica do contribuinte foi em decorrência de contratos onerosos celebrados pela empresa. Então, esta interpôs Recurso Extraordinário perante o STF.

O Supremo Tribunal Federal suscitou no julgamento do caso em tela a colisão entre o poder de taxar e o direito à liberdade profissional, vislumbrando possível aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a denominação da Teoria do Desvio de Poder. Vejamos parte do voto do relator:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e como o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado¹⁸⁰.

Apesar de a Suprema Corte haver feito referência ao fato de que o poder de taxar não é absoluto, no caso em foco reconheceu que a majoração do imposto sobre cabines de banho não era inconstitucional nem violou o direito à liberdade de exercício profissional da empresa recorrente, porquanto foi comprovado pela perícia que não foi a cobrança do tributo que tornou improdutiva a sua atividade profissional, e sim os contratos celebrados pela recorrente.

Podemos perceber pela análise do caso há pouco relatado que o Supremo suscitou pela primeira vez conflito entre direitos e que deu prevalência pelo direito à liberdade de taxar do Poder Público, haja vista que o direito à liberdade de exercício profissional não foi infringido no presente caso. Ressaltamos, ainda, o fato de a Corte entender que a desproporção entre a majoração e a capacidade econômica do contribuinte foi conseqüência de contratos gravosos.

Para demonstrar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citamos um caso julgado em 17/03/05, também em sede de Recurso Extraordinário este de número 413.782/SC, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Trata-se este de conflito entre lei estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, quando o contribuinte se encontra em débito para com o fisco, sujeitando-o ao requerimento de expedição deste documento avulso e o direito fundamental ao exercício da atividade comercial.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 18.331/SP*. Julgado em 21/09/1951.

O litígio em caso fez instaurar discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em Lei, com a finalidade de compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam por inviabilizar o exercício da atividade econômica pela empresa devedora.

O relator expediu voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 19 do Decreto nº 3.017/89 do Estado de Santa Catarina, que implicou a regulamentação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Vejamos parte do voto:

A Lei estadual contraria, portanto, os textos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão – inciso XIII do artigo 5º da Carta da República – e de qualquer atividade econômica parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal¹⁸¹.

No mesmo sentido, votou o Ministro César Peluso: “(...) a ofensa é ao princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional, com força coercitiva, para obter o adimplemento de tributo”¹⁸².

O exame da presente ocorrência evidencia que as sanções políticas no Direito Tributário, fundadas em exigências que transgridem o postulado da proporcionalidade, culminam por inviabilizar o exercício da atividade econômica ou profissional lícita do sujeito passivo da obrigação tributária.

Impende destacar o fato de que, no voto do Ministro Celso de Melo, este fez referência a decisão proferida pelo Supremo em acórdão no qual o ministro Orozimbo Nonato acentuou de forma expressiva que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”, conforme acentuado anteriormente.

Dessa forma, resta configurada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em 1951, começou a suscitar a questão do poder de taxar do Poder Público e, recentemente, traz em sua decisão em sede de Recurso Extraordinário, a relembração da função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional, com a finalidade de neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, por diversas vezes, não se lembram de que em nosso sistema jurídico há um estatuto constitucional do contribuinte.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 413.782/SC*. Julgado em 17/03/2005.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 413.782/SC*. Julgado em 17/03/05

5.2 O reconhecimento da colisão de direitos via *Habeas corpus*

Com a primeira Constituição Republicana 1891, houve nova concepção do Poder Judiciário, influenciado pela doutrina constitucional dos EEUU, que contribuiu para que se outorgasse ao Supremo a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito por intermédio de um recurso especial. Nessa Carta Política, foi reconhecido um peculiar significado ao *Habeas corpus*, como instrumento de proteção jurídica contra qualquer ato arbitrário do Poder Público¹⁸³.

Em sede de *Habeas corpus* nº 45.232, julgado em 21/02/1968, tendo como relator o Ministro Themístocles Cavalcante, discutiu-se a inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967 (Lei da Segurança Nacional), onde previa que a prisão em flagrante delito ou recebimento da denúncia importaria a suspensão do exercício da profissão, emprego em atividade privada, assim como de cargo ou função na administração pública. O caso em exame trata-se de violação do direito à liberdade de exercício profissional, protegido constitucionalmente.

A decisão do Supremo Tribunal Federal demonstra a utilização do princípio da proporcionalidade de forma velada. Vejamos:

(...) A inconstitucionalidade é decretada por aferir os arts. 150, *caput* e 150, §35, da CF porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O § 35 do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criada pela Constituição¹⁸⁴.

Resta demonstrada a desproporcionalidade das medidas adotadas em caso de prisão em flagrante ou denúncia por crime definido como atentado à segurança nacional no que se refere à suspensão do exercício profissional do acusado, haja vista que o acusado sofre verdadeira pena, antes mesmo que contra ele se apure qualquer responsabilidade, com reflexos graves em sua vida profissional e pessoal. Nesse sentido, a medida significaria uma aniquilação dos direitos garantidos pela Constituição.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-26.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 45.232. Julgado em 21/02/1968.

Impende destacar a noção de que um dos temas mais relevantes da Teoria do Direito e da moderna Teoria Constitucional é aquele relativo à evolução ou “involução” das decisões jurisprudenciais no que se refere a conflitos entre direitos, isto porque os tribunais podem perfeitamente abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram de que era incorreta, que se assentava em falsas suposições ou conclusões não seguras, podendo também resultar de uma interpretação antes entendida correta, agora não o seja.

Dessa forma, fica demonstrado que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensará de determinada forma, havendo a necessidade, em certos casos, de fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnicas de decisão que traduzam mudança de valoração. Esses casos de modificação na concepção jurídica podem produzir uma evolução, fazendo que seja reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

Nesse sentido, citamos os *Habeas corpus* números 84.852/RS e 82.959/SP, para demonstrar a evolução ou “involução” das decisões do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao conflito entre a vedação de progresso do regime prisional e o direito à individualização da pena.

No *Habeas corpus* nº 84.852/RS¹⁸⁵, relatado pelo Ministro Carlos Veloso, discutia-se a constitucionalidade ou não do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90. O paciente condenado por crime de atentado violento ao pudor, sendo considerado hediondo, postulava o reconhecimento do direito à progressão do regime prisional, sustentando que a matéria não está pacificada, na medida em que se encontra sob apreciação do Plenário do Supremo o *Habeas corpus* nº 82.959/SP. O paciente alegava, ainda, que a fixação do regime integralmente fechado ofende o artigo 5º, incisos III, XLVI, XLVII e LXIX da Carta Política de 1988.

O voto do relator foi pelo indeferimento do pedido, pois até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgue definitivamente o *Habeas corpus* nº 82.959/SP, prevalece a jurisprudência da Casa no sentido de que a pena por crime previsto no artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, deverá ser cumprida em regime fechado.

Já em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu inconstitucional o referido dispositivo da Lei de crimes hediondos, porquanto a vedação do progresso de regime viola o princípio fundamental à individualização da pena. Esse Ministro demonstrou, ainda, que a lei

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.862/RS. Relator ministro Carlos Veloso. Julgado em 22/02/05.

citada apresenta contornos contraditórios, na medida em que a um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena em regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, isto é, o retorno do condenado à vida gregária, antes mesmo do integral cumprimento da pena. Vejamos parte do seu voto¹⁸⁶:

(...) É de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

(...) Propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Restou evidenciado no sucesso em comento o conflito entre o impedimento da progressão do regime prisional e o direito fundamental à individualização da pena. Apesar de o voto do Ministro Gilmar Mendes ter manifestado a concessão do *Habeas corpus*, a maioria do Pleno do STF decidiu indeferir o pedido.

Malgrado o Supremo Tribunal Federal tenha passado desde a promulgação da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos) até janeiro deste ano de 2006 declarando a constitucionalidade do artigo 2º, §1º da citada lei, a partir de fevereiro, mais precisamente em 23/02/06, passou a declarar a inconstitucionalidade de tal dispositivo de lei. Trata-se do pedido de *Habeas corpus* nº 82.959/SP¹⁸⁷ em favor de Oseas de Campos, condenado por atentado violento ao pudor. O relator do *writ* foi o Ministro Marco Aurélio, que se posicionou favorável à concessão do *H. c.* remediativo.

Inicialmente, o impetrante em *writ* suplicado ao Superior Tribunal de Justiça, alegava que o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, considerando que dele não resultara lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, todavia, indeferiu a ordem com o fundamento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas e simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, são havidas como hediondos, de sorte que suas penas devem ser cumpridas em regime integralmente fechado.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.862/RS. Relator Ministro Carlos Veloso. Julgamento em 22/02/05.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 82.959/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 23/02/06.

Foi exatamente contra este v. acórdão que o impetrante se insurgiu, ajuizando o *writ* agora no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Marco Aurélio, relator deste *Habeas corpus*, entendeu que¹⁸⁸

Numa interpretação teleológica e sistemática, que a Lei nº 8.072/90 somente enquadra como hediondos os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considerei a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro – sem a grave lesão, sem a morte – e os crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve a incoerência – o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é.

O referido Ministro-relator entendeu ainda que a permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que, um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como partícipe do contrato social, sendo observados os valores mais elevados que o respaldam.

Pela análise dos dois *Habeas corpus* ora mencionados, podemos perceber a mudança na jurisprudência da nossa Suprema Corte que passou anos e anos decidindo pela constitucionalidade do parágrafo 1º, artigo 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos) e agora modificou entendimento predominante, passando a entender que o referido dispositivo de lei é inconstitucional. Resta indagar se tal mudança representa uma evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou “involução”, haja vista que o caso se mostra bastante complexo, com diversas interpretações, mas somente saberemos o que representará esta mudança com o passar dos tempos, para saber se a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, a possibilidade de progressão do regime prisional para os crimes hediondos realmente seja fundamento para reintegração social do apenado.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 82.959/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 23/02/06.

6 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS *in concreto*

O conflito entre direitos fundamentais que será examinado é *in concreto*, pois sabemos que as situações de conflito só se apresentam nesse sentido, não sendo possível se cogitar o conflito *in abstracto*. Os direitos fundamentais possuem um conteúdo aberto, móvel e, por isso, por vezes se encontram em situações de colisão.

As situações de conflito apresentam-se das seguintes formas, quais sejam: a concorrência entre dois ou mais direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.

6.1 Concorrência de direitos fundamentais.

Podemos assinalar que há conflito entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental por parte de outro titular¹⁸⁹. Assim, ocorre a colisão, quando o pressuposto de fato de um direito afeta diretamente o pressuposto de fato de outro direito fundamental.

Alexy¹⁹⁰ denomina essa espécie de colisão como em sentido estrito, que ocorre quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Vale evocar que a colisão em sentido estrito comporta duas espécies: de direitos fundamentais idênticos; e de direitos fundamentais diversos.

Na primeira, podemos identificar quatro situações, quais sejam: a) colisão de direito fundamental como direito liberal de defesa: v.g, a decisão entre dois grupos adversos de realizar uma reunião na mesma praça pública; b) colisão do direito de defesa de caráter liberal e direito de proteção, como, por exemplo, a decisão de atirar no seqüestrador para proteger a vida do refém ou da vítima; c) colisão do caráter negativo de um direito com caráter positivo desse mesmo direito - é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião, como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática

¹⁸⁹ CANOTILHO, J.J Gomes. op. cit., p. 637.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. op. cit., (1999), p. 69.

religiosa; d) colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático - tem-se aqui um debate comum ao direito de igualdade, como por exemplo, se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade¹⁹¹.

Quanto à colisão de direitos fundamentais diversos, podemos citar como exemplo típico, aquela entre a liberdade artística, intelectual científica ou de comunicação (art. 5º, IX da Constituição Federal/88) com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X da Carta Política/88).

Na colisão entre a liberdade de comunicação e a intimidade, a honra e a imagem, o Supremo Tribunal Federal tem admitido uma distinção quanto às posições dos eventuais envolvidos. Nesse sentido, o Supremo estabelece critérios para a aferição da eventual ofensa à honra e à imagem, haja em vista a exposição pública das pessoas. Para constatar o estabelecimento destes critérios, trouxemos a lume ementa de acórdão em sede do *Habeas corpus* nº 78.426, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence¹⁹²:

Crimes contra a honra e a vida política. È certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade de crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juizes desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-prefeito, deixado o Município com dívidas causadas por suas falcatruas.

Analisando o caso ora citado, podemos depreender que o Supremo Tribunal Federal define critérios que irão justificar o exame da ponderação, fixando-se a noção de que os homens públicos estão submetidos à exposição de sua vida e sua personalidade e, conseqüentemente, terão que tolerar críticas que para um homem comum poderiam significar uma violação à sua imagem, honra e intimidade. Convém evidenciar que esta “diferença” entre o homem público e homem comum não outorga um ilimitado direito ao crítico, especialmente quando imputa a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. op. cit., (1999), p. 69-70.

¹⁹² BRASIL. O Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 78.426-6-SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 06.03.1999. Publicado no Diário de Justiça em 07.05.99.

Conforme leciona Canotilho¹⁹³, a concorrência de direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, em que o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias, é o que se pode depreender do direito à liberdade de expressão e informação em contato com o direito à liberdade de imprensa; b) acumulação de direitos, em que um determinado “bem jurídico” leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. O citado autor português exemplifica a segunda forma de concorrência de direitos fundamentais com o art. 112 da Constituição da República Portuguesa de 1976, segundo o qual a “participação na vida pública” é “instrumento de consolidação do regime democrático”.

Podemos anotar que, na hipótese de concorrência de direitos fundamentais, não há uma oposição de pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares, apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais expressos por normas constitucionais que concorrem para a subsunção da conduta ou comportamento do titular¹⁹⁴.

6.2 Conflito entre um direito fundamental e outros bens jurídicos constitucionais

A colisão entre um direito fundamental e outro valor jurídico constitucional ocorre quando interesses individuais se contrapõem aos interesses da comunidade, reconhecidos pela Constituição Federal, tais como: educação, saúde, patrimônio cultural¹⁹⁵. A doutrina costuma classificar esse tipo de colisão como em sentido amplo, citando como exemplo a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g., à utilização da água ou à defesa do meio ambiente¹⁹⁶.

Canotilho e Moreira¹⁹⁷ asseveram que os interesses da comunidade não são todos e quaisquer bens jurídicos, são apenas aqueles bens coletivos protegidos pela Constituição. Podemos citar como exemplos: a saúde pública (art. 6º da Constituição Federal/88) pode colidir com o direito de livre locomoção (art. 5º, XV da Carta Magna/88); o bem jurídico

¹⁹³ CANOTILHO, J.J Gomes. op. cit., p. 1.135.

¹⁹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit. p. 65.

¹⁹⁵ FARIAS, Edilsom Pereira de. op. cit., p. 118.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. op. cit., (1999), p. 69-70.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.

patrimônio cultural (art. 216, §1 da CF/88) pode colidir com o direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF/88).

Consoante Gavara de Cara¹⁹⁸, ocorre conflito entre um direito fundamental e bens jurídicos constitucionais quando “o exercício de um direito fundamental implica uma contradição ou um prejuízo de um bem jurídico protegido pelo texto constitucional”.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário nº 153.531, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, postulado pela Associação de Defesa dos Animais em face do Estado de Santa Catarina. O caso refere-se à chamada “proibição da farra do boi”, prática desenvolvida por alguns descendentes de açorianos, que vivem especialmente na ilha de Florianópolis, e que começou a ser contestada em face do risco para a segurança dos que dela participam e da crueldade que a farra do boi importaria para os animais. Pelo voto do Ministro Marco Aurélio, retrata-se o conflito entre a proteção e o incentivo de práticas culturais e a defesa dos animais contra práticas cruéis¹⁹⁹:

Se, de um lado, como ressaltou o eminente Min. Mauricio Correia, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais - e a Constituição Federal é um grande todo -, de outro lado, no capítulo VI do art. 225, temos um proibição, um dever atribuído ao Estado: (...)

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas a prática é cruel. Admitida a chamada “farra do boi”, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O jornal da globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior.

(...) Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal.

O Supremo Tribunal Federal aponta dois fundamentos para afirmar que o Estado de Santa Catarina deveria atuar, por meio da Polícia Militar, no sentido de reprimir tal prática. O primeiro argumento está balizado no fato de que com a “farra do boi” os animais estão submetidos à crueldade, haja vista que o artigo 225 da Carta Política de 1988, inciso VII,

¹⁹⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bom*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 289.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.531. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 03.06.97. Publicado no Diário de Justiça em 13.03.98.

preceitua que o Estado não deverá tolerar crueldades contra animais. O segundo argumento se baseia na prevalência de uma visão majoritária sobre a de uma coletividade majoritária, tendo em vista que há uma idéia de que as tradições de um grupo minoritário não podem prevalecer sobre tradições que não são compartilhadas pela maioria da sociedade brasileira.

Baracho Júnior²⁰⁰ critica os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à “farra do boi”, vejamos:

Esta decisão é problemática quando consideramos estes fundamentos. O interesse público, que deveria prevalecer, é a visão de que à farra do boi está associada uma idéia de violência, uma violência que expressa a irracionalidade da “turba ensandecida”. Entretanto, esta idéia de violência não existe para os açorianos. Os descendentes de açorianos que faziam da farra do boi uma celebração anual, não associavam à manifestação uma idéia de violência que nós, que não somos descendentes de açorianos, associamos. Este é um dado importante, pois, na Espanha, por exemplo, em práticas semelhantes, a idéia de violência não está associada.

O Recurso Extraordinário foi julgado procedente, concluindo o Supremo Tribunal Federal que o caso então retratado ultrapassava os limites de uma típica manifestação cultural, isto porque, realizada a ponderação dos bens em jogo, se deu prevalência para a proteção dos animais, considerando ser a prática eivada da mais alta crueldade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no caso acima retratado nos parece ser bastante razoável, tendo em vista que, embora a Carta Política de 1988 preceitue em seu artigo 215 que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, as manifestações culturais não poderão violar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e muito menos práticas culturais que submetam os animais à crueldade. Nesse sentido, foi dado prevalência ao direito fundamental à proteção do meio ambiente.

²⁰⁰ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crises e desafios da Constituição – perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras* Belo Horizonte: Del Rey, 2004..

6.3 Mecanismos de solução de conflitos

Para solucionarmos o conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário, em primeiro lugar, verificarmos se pelo menos um dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva, ou seja, se um deles possui limitação expressa ao seu exercício, porque, se assim não estiver, caberá ao Poder Judiciário, no julgamento do caso concreto, estabelecê-lo. Ao tentar solucionar uma hipótese de colisão, o juiz deverá, inicialmente, utilizar os princípios de interpretação constitucional que se acham correlacionados, o princípio da unidade da Constituição e o princípio da concordância prática, conforme analisado anteriormente. O uso apenas desses princípios, entretanto, se mostra insuficiente, tendo que se aplicar, ainda, o princípio da proporcionalidade com os três subprincípios.

O julgador, ao se deparar com hipótese de tensão entre direitos fundamentais, deverá fazer um exame de ponderação e decidir qual o direito ou bem deverá prevalecer naquele caso concreto. Nesse sentido, parece possível se fazer uma tentativa de hierarquização dos direitos em conflito, o que sabemos que não se trata de estabelecer hierarquia a direitos fundamentais, mas tão-somente a identificação de normas com pesos diferentes, tendo em vista o caso concreto.

Rufner, citado por Mendes²⁰¹, assinala que, no Direito alemão, o postulado da dignidade da pessoa humana integra os princípios fundamentais da ordem constitucional que balizam todas as demais disposições constitucionais. A *garantia de eternidade* contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais. O direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto do seu exercício. Rufner traz como exemplo o direito de reunião a céu aberto, que é mais importante para formação de opinião pública do que o direito de reunião em salas fechadas.

Mendes²⁰² cita um caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão sobre o engajamento de soldado no serviço militar com armas, quando ainda pendente recurso contra decisão administrativa. Os impetrantes sustentavam no recurso constitucional a idéia de que não poderiam ser engajados no serviço com armas enquanto não decidida a recusa

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (2004 a), p. 80

²⁰² Ibidem, p. 83.

manifestada, porquanto, nos termos do art. 4, III, da Lei Fundamental, “ninguém pode ser obrigado, contra sua consciência, ao serviço militar com armas”.

O Tribunal Constitucional considerou que, embora a Lei Fundamental assegurasse o direito de recusa à prestação do serviço militar, a questão haveria de ser resolvida, no caso concreto, levando em conta, também, a exigência relativa ao serviço militar. A Corte Constitucional, após acentuar que o conflito entre direito fundamental de terceiros e outros valores constitucionalmente protegidos autorizava, como exceção, o estabelecimento de restrições a direitos submetidos expressamente à reserva legal, enfatizou que o conflito somente poderia ser resolvido se se identificasse a norma que, para o caso concreto, teria maior significado²⁰³.

Nesse sentido, Mendes²⁰⁴ ensina que, no caso concreto, o juízo de ponderação haveria de se fazer entre a segurança da estrutura das forças armadas e o direito de recusa do soldado engajado de prestar serviço militar com armas em período de paz. A Corte Constitucional decidiu que, tendo em vista a sofisticação tecnológica das Forças Armadas, a decisão unilateral do soldado sobre a não-prestação do serviço militar, enquanto pendente de decisão definitiva sobre a procedência ou não de sua recusa, envolvia grave insegurança e perigo para uma eventual necessidade de intervenção imediata. Embora reconhecendo que o processo relativo à recusa haveria de ser célere, afirmou o Tribunal que a exigência de prestação de serviço militar, em caráter provisório, afetava, tão-só, posições marginais e não a parte nuclear do direito de recusa.

Paradigmática é outra decisão citada por Mendes²⁰⁵, pertinente à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, em que foi reconhecido o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como emanções do princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão refere-se ao pedido postulado pelo filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro, Gustaf Gründgen, perante a Justiça estadual de Hamburg. O pedido era para proibição da publicação do romance *Mephisto* com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória do citado ator e diretor, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O Tribunal estadual de Hamburg julgou a ação improcedente.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (2004a), p. 83.

²⁰⁴ Ibidem, p. 83.

²⁰⁵ Ibidem, p. 84.

Vale destacar que a referida obra tinha uma advertência aos leitores de que, embora, constassem referências a pessoas, as personagens foram conformadas pela “fantasia poética do autor”.

O Tribunal, posteriormente, concedeu o pedido de proibição da publicação, com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido e do filho adotivo, isto porque o público teria dificuldades em distinguir poesia e realidade, sendo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havendo como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra. Nesse sentido, o direito de liberdade artística não tem precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos da personalidade ser decidido em favor do autor²⁰⁶.

Cumpre-nos destacar a distinção entre os chamados casos “rotineiros ou fáceis” e casos “difíceis”, também chamados de *hard cases*. Os casos “rotineiros” são aqueles que exigem simples aplicação da norma. Já os casos “difíceis” ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas, pois não há única solução correta possível, mas são situações que exigem complexas técnicas de decisão²⁰⁷.

A colisão entre direitos fundamentais é uma hipótese típica de casos difíceis, isto porque essa tensão ocorre entre direitos fundamentais expressos por normas constitucionais de igual hierarquia e força vinculante. Vale frisar que não se trata de invalidar um dos direitos ou bens em tensão, solução esta que se daria para o conflito de regras e que não poderia ser aplicada ao conflito de princípios.

Para retratar os casos “difíceis”, trouxemos a lume um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *Habeas corpus* (HC nº 84.025/RJ)²⁰⁸ em que a paciente pedia autorização judicial para realização de aborto, tendo em vista a constatação de que o feto era portador de grave anomalia chamada de anencefalia, ou seja, ausência da calota craniana e cérebro rudimentar. No presente caso constata-se uma hipótese de conflito entre dois direitos fundamentais, quais sejam: direito à vida do feto e o direito à integridade física e psicológica da mãe. O Juiz de 1º Grau indeferiu liminarmente o pedido, alegando falta de previsão legal,

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (2004a), p. 84.

²⁰⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit., p. 68.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.025/RJ. Julgamento em 04/03/2004.

uma vez que a postulação não se encaixaria no rol das hipóteses de exclusão de ilicitude no artigo 121 do Código Penal brasileiro.

Da decisão de indeferimento do pedido recorreu o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em apelação que foi distribuída à segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado. A relatora da apelação no Tribunal, Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira concedeu medida liminar autorizando a realização do aborto. A referida decisão foi noticiada na imprensa nacional da época, o que fez com que, dois advogados interpusessem agravo regimental, resultando na suspensão da decisão ora discutida. Ocorre, que antes de ser julgado o agravo regimental, um padre, que era presidente da Associação Pró-vida, sediada em Anápolis-GO, impetrou no Superior Tribunal de Justiça, um *Habeas corpus*, com a finalidade de desconstituir a decisão monocrática da Desembargadora. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo deferimento do *writ*, com fundamento de que a legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior a ser preservado e as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva.

Diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça, a paciente recorreu para o Supremo Tribunal Federal, alegando a coação da liberdade por proibição de antecipação do parto e a necessidade da tutela à saúde física e mental da paciente e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O relator deste processo no Supremo Tribunal Federal foi o Ministro Joaquim Barbosa, que decidiu pelo deferimento do pedido da paciente, com fundamento de que neste caso concreto o direito à liberdade individual e à dignidade da mãe terá precedência em relação ao direito à vida do feto, haja vista que se trata de uma gravidez fadada ao insucesso, pois sabe-se que o feto ao nascer terá poucos minutos de vida e com isso não seria justo o sacrifício da mãe em postergar uma situação irreversível. Vejamos o voto do relator²⁰⁹:

Com relação ao próprio mérito da impetração, tenho que a questão deva ser analisada de dois ângulos. O primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. Já o segundo refere-se aos diferentes graus da tutela penal da vida humana.

Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84025/RJ. Julgamento em 04/03/2004.

Em outras palavras, busca-se, no presente *habeas corpus*, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

Malgrado o relator ter votado favoravelmente ao deferimento do *writ*, infelizmente quando o processo foi para o Pleno do Supremo Tribunal Federal para julgamento, o feto já havia nascido ou, melhor dizendo, nasceu e morreu sete minutos após o parto, ficando, então, o julgamento do *habeas corpus* prejudicado, tendo em vista a ocorrência de fato superveniente que o tornou sem efeito.

Entendemos que a nossa Corte Suprema perdeu uma excelente oportunidade de realizar um belíssimo julgamento, haja vista que se trata de um caso de alta complexidade, envolvendo dois direitos fundamentais de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico e que com o atraso do Judiciário causou talvez, um dano irreparável para a vida daquela mãe.

Nesse momento passaremos à análise das normas legais restritivas como forma de solução do conflito entre direitos fundamentais.

6.3.1 Leis restritivas de direitos

Embora o objeto do presente estudo seja a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no que respeita ao conflito entre direitos fundamentais, entendemos ser de imperiosa relevância fazer referência à reserva de lei restritiva. Os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, por isso surge a necessidade de normas restritivas, que são regras que limitam o exercício de direito fundamental. Vale destacar que os direitos individuais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional. São as chamadas restrições imediatas, ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na Constituição Federal; são as denominadas restrições mediatas.

A Carta Política de 1988, assim como as Constituições anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica de restrição legal a direitos individuais. Para compreendermos qual tipo de limite é imposto pelo legislador, é imperioso analisar a tradicional distinção entre limites internos e limites externos aos direitos fundamentais.

Gavara de Cara²¹⁰ entende que limites internos são aqueles que servem para determinar o conteúdo direto, resultando intrínseco a este.

A doutrina constitucional alemã sustenta que limites internos não são restrições propriamente ditas, pois não constituem supostos de limitação de direitos fundamentais em sentido estrito, porque os casos em que se aplicam são aqueles em que o exercício não pertence ao âmbito jurídico específico do direito fundamental²¹¹. Em outras palavras, é uma hipótese de não-direito. Conforme essa concepção, limites internos aos direitos fundamentais não são autênticos limites.

Nesse sentido, Alexy leciona não serem limites internos, mas cláusulas restritivas constitucionais expressas com *status* de norma-regra convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. A cláusula restritiva expressa pode aparecer como parte do enunciado normativo que confere um direito fundamental ou em parágrafo separado do enunciado normativo, ressaltando, apenas, que tal fato não altera sua natureza de restrição.

Já os limites externos ou indiretamente constitucionais, assim denominados por Alexy, são restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional. Essa restrição se manifesta por meio de cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei.

Alexy²¹² entende, contudo, que as reservas de lei não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restrição. São normas dirigidas ao legislador. Daí, então, o referido autor afirmar que as restrições propriamente ditas, introduzidas no ordenamento jurídico mediante lei, são normas de mandato ou proibição dirigidas ao cidadão.

Impende destacar que a reserva de lei, em matéria de direitos fundamentais, autoriza a falarmos em um sistema geral de reservas, o qual fazemos referência à Lei Fundamental de Bonn. Essa Constituição classifica a reserva de lei em: reserva de lei ordinária, reserva de lei qualificada e reserva de lei geral²¹³.

A reserva de lei ordinária, também denominada de simples reserva legal ou simples restrição legal, é aquela que autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, por ele indicado, sem fixar pressuposto ou objetivos a ser observado pelo legislador.

²¹⁰ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. op. cit. p. 159.

²¹¹ Ibidem, p. 159.

²¹² ALEXY, Robert. op. cit., p. 272-3

²¹³ MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã. *Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 2, jun.99* – disponível em: [//www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), capturado em 29/6/99.

Podemos encontrar, no artigo 5º da Constituição brasileira vigente, inúmeros dispositivos que tratam da reserva legal simples.

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII – é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, *nos termos da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei*.

Os incisos ora referidos demonstram que o constituinte se valeu de várias expressões para caracterizar a reserva legal simples (*na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei*).

Já a reserva de lei qualificada, também denominada reserva legal ou restrição legal qualificada, é aquela em que a autorização de restrição exige o atendimento de determinados pressupostos ou objetivos a serem perseguidos. Assim, nesse tipo de reserva, tem-se, além da autorização para restrição do direito fundamental, os pressupostos e/ou objetivos a serem alcançados pelo legislador.

A Carta Política de 1988, artigo 5º, inciso LX preceitua que ”a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”. Nessa hipótese, fica demonstrado que, além da autorização de restrição, temos a persecução de pressupostos.

Das espécies de reserva de lei, a mais difícil de ser definida é a reserva de lei geral. Na Lei Fundamental alemã, o artigo 5º, parágrafo 2º, é o único caso de reserva de lei geral. Citado dispositivo dispõe que os direitos de liberdade de expressão e de informação têm seus limites nas disposições das leis gerais²¹⁴.

Nesse sentido, Gavara de Cara²¹⁵ leciona que

O pressuposto para que sejam consideradas constitucionais estas leis gerais limitadoras da liberdade de expressão é uma neutralidade valorativa desde o ponto de vista formal em relação ao direito limitado. A finalidade da lei geral deve ser proteger um interesse de caráter geral. Até onde pode chegar esta limitação de direito à liberdade de expressão, desde um ponto de vista material, deve ser examinado com prioridade a sua realização com base no caso particular. A diferença

²¹⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. op. cit., p. 144.

²¹⁵ Ibidem, p. 145.

desta reserva de lei geral deve observar lei geral em relação à reserva de lei ordinária é que a lei geral deve observar uma neutralidade valorativa em relação ao direito fundamental limitado e não estar destinada ao desenvolvimento direto do direito a liberdade de expressão.

Então, podemos concluir que, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, em que pelo menos em um desses direitos haja previsão constitucional de restrição legal, a solução será dada pelo legislador, ou seja, o próprio legislador constitucional ou infraconstitucional solucionará o conflito, mediante dispositivos que restrinjam o exercício de um dos direitos conflitantes. Entretanto, não havendo essa previsão, o conflito será solucionado pelo Poder Judiciário, aplicando os princípios de interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios.

6.3.2 Princípio da proporcionalidade em sentido amplo

Após a análise das restrições a direitos fundamentais, passaremos a estudar o princípio da proporcionalidade como forma de solução de conflitos. Conforme analisado anteriormente, há colisão de direitos fundamentais toda vez que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular afetar o exercício de outro direito fundamental ou quando um direito individual afetar interesses coletivos. Nesse sentido, havendo conflito entre normas constitucionais, de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final deverá atender ao imperativo da otimização e harmonização dos bens e direitos em conflito, observando-se os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática. O recurso apenas à interpretação constitucional, entretanto, não é suficiente e por isso foi desenvolvido um método de ponderação de bens para a solução da tensão entre direitos fundamentais.

Gavara de Cara²¹⁶ leciona que a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito, determinando qual direito ou bem prevalecerá. A realização da ponderação de bens requer o atendimento de dois pressupostos básicos: a) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro; b) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre

²¹⁶ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. op. cit., p. 332.

os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de elaboração de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto²¹⁷.

Para retratar a ponderação de bens, citamos decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3.540/DF) ajuizada pelo Procurador Geral da República, que argüiu a inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput* e parágrafos 1º ao 7º da Lei 4.771/65 (Código Florestal), na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166/67. Na ADIn se discutia o fato de que o Código Florestal preceitua que a supressão de vegetação em área de preservação permanente dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente. O Procurador Geral da República alegava que o legislador constituinte determinou que tal supressão só poderia ser realizada se fosse por meio de lei em sentido formal. Nesse sentido, alega, ainda, que a medida provisória teria ofendido a norma inscrita no artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Carta Política de 1988.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, durante o período de férias forenses, decidiu suspender cautelarmente a eficácia e aplicabilidade do dispositivo supramencionado. O relator nesse processo foi o Ministro Celso de Melo, que apesar de reconhecer o direito ao meio ambiente como prerrogativa jurídica de titularidade coletiva e que o reconhecimento desse direito constitui uma realidade a que não mais se mostram alheios os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, entendeu que o diploma normativo em causa, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no artigo 225 da Lei Fundamental brasileira, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, com finalidade de impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental.

Impende citar o voto do Ministro Marco Aurélio que se colocou contrário ao posicionamento do relator, ou seja, votando pela inconstitucionalidade do dispositivo ora discutido, vejamos parte do seu voto²¹⁸:

Incisos e parágrafo do artigo 225 remetem à lei. É sabença geral que toda vez que, na Carta, alude-se à lei, trata-se de lei no sentido formal e material; não contém o texto constitucional referência a instrumental que faça as vezes de lei, como é a

²¹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit., p. 142.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento em 01/09/2005.

própria medida provisória. Jamais o Supremo Tribunal federal assentou ser possível a regulamentação, em si, da Constituição Federal via medida provisória.

(...) Peço vênia a Vossa Excelência – aliás, não pediria se Vossa Excelência tivesse mantido o ato formalizado -, peço vênia ao relator e aos que o acompanharam, para assentar que, sopesados os valores relativos ao desenvolvimento econômico, à exploração – não no sentido pejorativo – econômica e à preservação visada pela Constituição Federal, vejo risco maior em manter-se essa avenida, em termos de delegação, aberta pela medida provisória.

No caso em tela ficou demonstrado conflito entre o direito ao desenvolvimento econômico, à exploração econômica e o direito a preservação do meio ambiente, onde sopesados os dois valores, no caso concreto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, negar referendo à decisão que deferiu o pedido de medida cautelar, ou seja, decidiu declarar a constitucionalidade do diploma legislativo ora impugnado.

Analisando o caso acima citado, concordamos que é um caso de alta complexidade, como todos que envolvem colisão de direitos, haja vista que se está em jogo um direito fundamental, constitucionalmente protegido, que é a preservação do meio ambiente, direito típico de terceira dimensão, tendo como destinatário o próprio gênero humano. Entretanto, o que se está aqui a analisar é se o órgão ambiental teria legitimidade para autorizar a supressão de área de preservação permanente, conforme preceitua o Código Florestal, no seu artigo 4º, parágrafo 1º, tendo em vista que a Magna Carta de 1988 remete à lei. Se formos analisar sob o ponto de vista meramente temporal, não seria nada razoável se cogitar que para cada hipótese de supressão em área de preservação permanente se tenha a elaboração de uma lei específica, isto seria por demais burocrático. Entretanto, se formos analisar sob o ponto de vista da importância do direito à preservação do meio ambiente, talvez fosse um risco aceitar tal delegação de poderes, como mencionou o Ministro Marco Aurélio no seu voto.

Outro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que foi aplicado o método de ponderação de valores refere-se ao exame de DNA do filho da extraditanda Glória Trévi (RCL nº 2.040/DF)²¹⁹, que engravidou misteriosamente na carceragem, enquanto aguardava pedido de extradição para o México. A extraditanda denunciou por meio da “Revista Isto É”, edição nº 1677, que havia sido estuprada na carceragem da Polícia Federal. O caso foi parar na nossa Suprema Corte, por meio de Reclamação feita pela própria extraditanda, quando soube que se pretendia à sua revelia e por ocasião do parto do seu filho, colher material genético, do líquido amniótico, com o propósito de fazer um exame de DNA, para averiguação da paternidade do nascituro.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040/DF. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento em 21/022002.

A suplicante aduz na sua Reclamação que a paternidade de seu filho reveste-se de características próprias, atinentes à personalidade do nascituro e intimidade da vida privada dela, posto que as conseqüências da eventual investigação dessa paternidade não de ter reflexos futuros na vida de ambos.

Apesar dos fatos alegados pela suplicante na sua Reclamação, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu a utilização do material biológico da placenta retirada da mexicana sob o seguinte fundamento²²⁰:

Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, o direitos á honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição – atingidos pela declaração de que a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação -, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.

No caso em tela retratou-se um caso típico de colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à intimidade da extraditanda e o direito á honra e à imagem dos policiais federais. Como foi a própria vítima que fez a denúncia, através dos meios de comunicação, não vislumbramos outro meio de solução do presente caso, ou seja, a única forma seria o exame de DNA para comprovar quem teria cometido tal ilícito penal. Se neste caso fosse prevalecer o direito à intimidade da vítima, jamais se saberia quem cometera o referido delito, então, entendemos que a ponderação dos dois direitos foi realizada de forma acertada pela nossa Corte Constitucional, tendo em vista ser o meio menos gravoso para se obter o fim desejado.

É imperioso esclarecer que a ponderação concreta de bens é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Gavara de Cara²²¹ ensina que o Tribunal Constitucional alemão, em várias decisões, considerou a proporcionalidade em sentido estrito e a ponderação de bens, como uma unidade, tendo em vista sua estreita relação. Há, porém, alguns autores que pretendem diferenciar os dois princípios, utilizando-se para tanto de dois critérios, quais sejam:

a) Considerar o processo de ponderação a partir das caracterizações, uma geral e outra mais aperfeiçoada. A ponderação de bens pode incluir em seu conteúdo o princípio da proporcionalidade, enquanto que o exame da proporcionalidade não inclui todas as ponderações que se podem estabelecer na aplicação da Constituição.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040/DF. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento em 21/02/2002.

²²¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. op. cit., p. 310

Na medida em que a ponderação de bens abstratos não seja admitida carece de sentido este critério de diferenciação.

b) Considerar que o princípio da proporcionalidade somente é aplicável a casos extremos, enquanto que a ponderação é um controle mais amplo. Neste sentido o princípio da proporcionalidade tão somente pode ser entendido como proibição de não proporcionalidade (formulação negativa) em função da aplicação de circunstâncias especiais do exame.

Pela distinção ora referida, podemos perceber que há dificuldades em se estabelecer distinção entre a ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade, pois ambos formam uma unidade, como ressalta o TCF alemão. Assim, convém analisar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, teve origem no século XIX no Direito Administrativo de polícia prussiano. Posteriormente, foi desenvolvido em todo o Direito Administrativo e finalmente surgiu não só no Direito Constitucional como em todo Direito Público. A aplicação desse princípio no Direito Constitucional apareceu por meio dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites iminentes e conflito entre direitos.

Nesse sentido, este princípio aflorou, inicialmente, como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, mas desenvolveu-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.

No que se refere à aplicação do princípio da proporcionalidade na Alemanha, Barros ensina que²²²

a importância do estudo do princípio da proporcionalidade na Alemanha deveu-se ao fato de que lá ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht*, o qual a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.

Conceituar o princípio da proporcionalidade não é tarefa simples, conforme menciona Bonavides²²³, citando Xavier Philippe, pois há princípios que se oferecem mais à compreensão do que à definição e o princípio da proporcionalidade se encontra neste rol.

De qualquer sorte, apresentamos algumas definições que a doutrina tenta elaborar deste princípio da proibição de excesso. Barroso²²⁴ exprime que “o princípio da razoabilidade

²²² BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p.

²²³ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.357.

²²⁴ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 224.

é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Na lição de Stumm²²⁵, “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição de excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito, a exigência da análise da relação meio e fim”.

Nesse sentido, Canotilho²²⁶ leciona que “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, a adequação e proporcionalidade dos atos dos Poderes Públicos em relação aos fins que eles perseguem”.

Vale destacar a noção de que outorgar dignidade constitucional a um princípio exige de qualquer estudioso, não só sua conceituação, mas também o questionamento acerca dos preceitos constitucionais que lhe conferem sustentação e lhe garantem tal categoria, bem como sua aplicação pelos tribunais. Assim, o princípio da proporcionalidade será examinado como norma da Constituição Federal de 1988. Vale frisar que a existência desse princípio no nosso sistema não depende de estar contido em uma formulação expressa na Constituição, mas tão-somente que seja possível extraí-lo de outros princípios constitucionais²²⁷.

A Corte Constitucional brasileira vem, aos poucos, abrindo caminho para a recepção do princípio da proporcionalidade, da mesma forma com que os tribunais europeus o admitem. Veremos, contudo, que o processo é lento, refletindo a falta de sistematização da matéria. A seguir analisaremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de algumas decisões em que é aplicado o princípio da proporcionalidade, ressaltando, apenas, que, para tanto, escolhemos o critério cronológico das decisões.

A aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo não é tão recente, como vimos anteriormente no item 5.1 deste trabalho, pois a primeira decisão ocorreu em 21.09.51, prolatada em Recurso Extraordinário 18.331, relator Min. Orozimbo Nonato, em que foi suscitada a aplicação da teoria do desvio de poder, desenvolvida pelos franceses e não especificamente o princípio da proporcionalidade. .

²²⁵ STUMM, Denise Raquel. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78-79.

²²⁶ CANOTILHO, J.J Gomes. op. cit., p. 177.

²²⁷ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 93.

Barros²²⁸ entende que, a partir desse julgado, o Supremo Tribunal Federal passou a produzir outras decisões em que a idéia de proporcionalidade era manejada como parâmetro de controle de constitucionalidade de atos administrativos e legislativos. Lembra a referida autora que foi com o julgamento da Representação 930/DF, de 05.05.76, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, que houve mudança no enfoque da matéria, na medida em que o mais elevado sodalício nacional passa a reconhecer o princípio da proporcionalidade como positivado em nosso sistema jurídico. Nessa Representação, se discutiu a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, em face da reserva legal prevista nos art. 153, parágrafo 23 da Carta Política de 1967/69²²⁹. O Relator, valendo-se da lição do jurista argentino Fiorini, declarou o seu voto:

Não há dúvida de que as leis regulamentárias não podem destruir as liberdades consagradas como invioláveis e fundamentais. Qual deve ser a forma como deve atuar o legislador quando sanciona normas limitativas dos direitos fundamentais? A mesma pergunta pode referir-se ao administrador quando concretiza atos particulares. Se o Estado democrático exhibe o valor inestimável democrático, com caráter absoluto, como a pessoa humana, aqui se chega à primeira regra para qualquer classe de limitações. A pessoa humana antes de tudo. Tendo em mira este suposto fundante, é como deve atuar com caráter razoável a regulamentação policial. A Jurisprudência e a lógica jurídica instituíram quatro princípios que regem este fazer: 1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, isto é, a quantidade e o modo da medida, devem ser adequados ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem manifestar-se proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser limitadas. A razoabilidade se expressa com a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas que se sancionem. [...] A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade indispensável para legitimar o poder de polícia. [...].

Mendes²³⁰ ressalta que a decisão ora citada deve ser interpretada como paradigma a ser observado pelo legislador infraconstitucional na estipulação de restrições a direitos fundamentais, acrescentando deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis).

²²⁸ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 111

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 930/DF. Relator Min. Rodrigues Alckmin. Julgamento em 05.05.76.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas LTDA, n. 23, 1ª quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175, p. 473.

Outro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal refere-se à Representação 1.077, de 28.03.1984, Relator Ministro Moreira Alves, que discutia sobre a elevação da taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro, por força da Lei estadual n. 383, de 04.12.80. O Supremo reconheceu a importância prática de se proceder um juízo de proporcionalidade sobre o exercício da competência tributária, pois a violação de direitos pode vir acobertada pela falsa impressão de que a observância aos preceitos especificamente endereçados à tributação já garante a constitucionalidade da lei criadora do tributo. Vejamos o voto do Relator²³¹:

De outra parte, como tais taxas dizem respeito à remuneração da prestação jurisdicional pelo estado, podem elas, se excessivas, criar obstáculo, que resulta da lei que determina a fixação de seu valor, capaz de impossibilitar a muitos a obtenção dessa prestação, o que acarreta a inconstitucionalidade dessa lei, por ofensa ao princípio inserido na parte inicial do § 4º do art. 153 da Constituição: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

[...] Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota variável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelos custos e emolumentos.

[...] A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.

Nesse sentido, o Relator teve por inconstitucional o art. 118 da referida Lei estadual, isto porque estabelecia percentual fixo de 2% sobre o valor do pedido a título de taxa judiciária. Podemos perceber que a Suprema Corte realizou um exame de ponderação acerca dos reflexos da tributação sobre os direitos fundamentais, típica de um juízo de proporcionalidade, entendido este como um princípio que procura conciliar direitos e deveres, equilibrando a relação entre titulares de direitos concorrentes.

Barros²³² argumenta que a taxa, em razão de sua natureza de contraprestação a serviços prestados pelo Estado, tem ínsita a idéia de proporcionalidade, em razão do que, quando é excessiva, ou seja, quando não corresponde ao custo da atividade estatal, não configura mais esta espécie de tributo.

A partir da Constituição Federal de 1988, as decisões do Supremo Tribunal Federal referentes à aplicação do princípio da proporcionalidade, começaram a proliferar,

²³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.077. Relator Min. Moreira Alves. Julgamento em 28.03.84. Publicado no Diário de Justiça em 28.09.84.

²³² BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. , p. 115.

notadamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nesse trabalho, citaremos algumas das mais importantes decisões.

É imperioso fazer referência à Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.158-AM, tendo como relator o Ministro Celso de Mello. Versava a presente ação sobre a inconstitucionalidade de Lei estadual do Amazonas que concedia gratificação de férias a servidores inativos. Vejamos a decisão²³³:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos – Vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa – Liminar deferida. A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “Substantive Due Process of law”, como insuperável limitação ao poder normativo do estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estaduais determinada vantagem pecuniária, cuja razão de ser revela absolutamente destituída de causa.

Analisando a decisão ora citada, podemos concluir que a proporcionalidade foi descumprida, porquanto, por motivos óbvios, servidor inativo não tem direito a férias, e, portanto seria desarrazoado o pagamento de gratificação correspondente, cujo objetivo é alcançar aqueles que fazem jus ao descanso anual remunerado.

6.3.2.1 Elementos ou subprincípios da proporcionalidade

O Tribunal Constitucional alemão utiliza as expressões citadas abaixo associadas à proporcionalidade, como regra condutora de toda atividade estatal decorrente do princípio do Estado de Direito: “excessivo” (*Übermässig*); “inadequado” (*Unangemessen*); “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*)²³⁴.

Braga²³⁵ ensina que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo possui o significado de proibição de excesso; já *stricto sensu*, representa um “equilíbrio” no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus.

²³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.158-AM. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 19.12.94. Publicado no Diário de Justiça em 26.05.95.

²³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____(Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 26.

²³⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 84.

Guerra Filho²³⁶ cita a jurisprudência alemã que aplica os elementos da proporcionalidade, em decisão célebre do *Bundesverfassungsgericht* acerca da armazenagem de petróleo, em 16.03.71:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Nesse sentido, os subprincípios da proporcionalidade são: adequação (*Geeignetheit*) ou conformidade, ou seja, correspondência entre meio e fim; exigibilidade (*Erforderlichkeit*) ou necessidade, isto é, escolha do meio mais suave; e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), na qual as vantagens da medida devem superar os sacrifícios.

Silva²³⁷ entende que o Supremo Tribunal Federal não aplica a proporcionalidade efetivamente, ou seja, com os seus três subprincípios. O Supremo, no entendimento do autor, somente aplica a proporcionalidade em sentido amplo.

É importante destacar que não é porque o Supremo Tribunal Federal não utiliza expressamente os subprincípios da proporcionalidade que podemos afirmar que nossa Corte brasileira não os utiliza de forma alguma, isto porque, a exemplo da proporcionalidade em sentido amplo, que também é tratada de forma implícita pela Carta Política de 1988, o Supremo também pode aplicar os elementos da proporcionalidade também de forma implícita.

6.3.2.1.1 Adequação

A adequação é um subprincípio da proporcionalidade, significando dizer que o meio adequado é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir, para tanto, uma congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma²³⁸.

Pela adequação, teremos que analisar a idoneidade da medida, para saber se, pelo menos em tese, atinge o fim colimado, sendo passível de anulação o ato que for considerado inapto para atingir determinado fim. Vale ressaltar que, para anulação do ato inadequado, não

²³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. op.cit. (1997), p. 27.

²³⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Fasc. Civil. São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50.

precisa ser demonstrado que existia outro meio para o alcance do fim e muito menos que esse meio é menos gravoso, como ocorreria no subprincípio da necessidade.

6.3.2.1.2 Necessidade e exigibilidade

O subprincípio da necessidade significa a escolha menos gravosa aos interesses constitucionalmente tutelados, isto porque, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais, ou seja, existente uma pluralidade de opções, o agente estatal deve optar por aquela menos nociva.

A medida é necessária quando traz a menor desvantagem possível, ou seja, a menos gravosa ou nociva para o alcance do fim colimado. Nesse sentido, a exigibilidade é a busca do meio menos injurioso aos bens e valores constitucionalmente protegidos, procurando a mais suave das opções, dentro das disponíveis, para o alcance do fim²³⁹.

Pelo princípio da necessidade, o intérprete deverá escolher, dentre as várias formas de concretização de determinado direito fundamental, aquela que for menos gravosa ao direito colidente, isto porque não poderá de forma alguma considerar inválido o princípio que ora se encontra em estado de colisão. A medida, para ser considerada como necessária, deverá ser a menos prejudicial a direitos dos indivíduos.

No que se refere a necessidade, Canotilho²⁴⁰ aponta quatro vertentes, quais sejam: a exigibilidade material (indispensabilidade da restrição), a espacial (limitação do âmbito interventivo), a temporal (temporiedade da restrição, que não pode se perpetuar no tempo) e a pessoal (tentativa de restringir ao mínimo o número de indivíduos cujos interesses serão sacrificados).

Mendes²⁴¹, citando Pieroth e Schlink, assevera que, para uma medida ser necessária, deverá ser adequada, pois o pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da inexigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos

²³⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. op. cit., p. 87.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 263 e 383.

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. (2004a), op. cit., p. 50.

objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Segundo Bonavides²⁴², “considera-se necessário o meio se não exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se almeja”. No entendimento de Barroso²⁴³, a idéia de proibição do excesso está diretamente ligada a este aspecto da proporcionalidade, já que é ele que impede a opção pelo meio menos gravoso.

Alexy²⁴⁴ caracteriza a necessidade com o seguinte exemplo: para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D1, podem ser aptas duas medidas M1 e M2, no entanto, se M2 é menos nociva ao Direito, por não atingir outro direito do titular ou de outrem D2, ela deverá ser a empregada. Assim, embora M1 e M2 possam atingir o fim F, somente M2 é exigível.

É importante destacar a noção de que, para não ser questionada a interferência do Poder Judiciário nos atos estatais, com uma possível ofensa à separação dos poderes, o juiz poderá avaliar se a medida escolhida é apta e necessária à obtenção do fim, afastando-a em caso contrário, e deixar ao legislador/administrador a escolha acerca de qual, entre os meios subjacentes, é o mais adequado ou exigível²⁴⁵.

6.3.2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Cumpre-nos destacar que muitas vezes os juízos de adequação e necessidade não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, pois poderá resultar uma sobrecarga ao atingido, que não se compadece à idéia de justa medida. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade *strito sensu*, complementando os princípios da adequação e necessidade, é bastante relevante para indicar se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim colimado.

Barros²⁴⁶ ensina que

²⁴² BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 361.

²⁴³ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 208.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. (1999). op. cit., p. 78.

²⁴⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. op. cit., p. 89.

²⁴⁶ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 85.

Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

A distinção que podemos apontar entre os princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização relativamente às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve a otimização de possibilidades jurídicas²⁴⁷.

Alexy²⁴⁸ cita como exemplo da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito o seguinte caso: imaginemos a situação em que M1 e M2 são meios igualmente adequados para a realização de um fim F, reclamado pelo direito D1, M2 afeta a realização de D2 menos que M1, mas, em contrapartida, M1 é menos restritivo a D3 que M2. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger M1, realizar D1 e, com isto, estabelecer preferência de D3 frente a D2; b) eleger M2, realizar D1, dando-se prevalência a D2 em relação a D3, ou c) não eleger nem M1 nem M2, elegendo preferência de D2 conjuntamente com D3 frente a D1.

Da análise do caso ora referido, podemos depreender que, qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa de precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, esse terceiro elemento ou subprincípio implica o máximo benefício possível com o mínimo de sacrifício, avaliando-se o custo-benefício da medida restritiva e ponderando os direitos em jogo. Assim: “de um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”²⁴⁹.

O mandamento da ponderação de interesses corresponde à proporcionalidade em sentido estrito, podendo ser assim formulada: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”, ou seja,

²⁴⁷ ALEXY, Robert. (1999). op. cit., p. 112-113.

²⁴⁸ Ibidem, p. 113.

²⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 89.

“quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”²⁵⁰.

Para retratar o juízo da proporcionalidade em sentido amplo desenvolvido pelo Judiciário, Barros²⁵¹ cita um caso julgado pela Corte Constitucional alemã, referente à reforma penal de 18 de junho de 1974, que modificou as condições de punibilidade do aborto. O caso discutido tratava-se de prazo para interrupção da gravidez, pois, segundo o dispositivo legal examinado, esta interrupção não seria punível, em determinadas situações, como, por exemplo, “durante as 12 primeiras semanas seguintes à concepção”. A Suprema Corte alemã declarou a incompatibilidade desta disposição com o art. 2.º.2, primeira parte, da Lei Fundamental, que garante o direito à vida e à integridade física, entendendo que a norma de direito fundamental também se destina à proteção da vida da mãe.

A decisão do Tribunal Constitucional alemão ocorreu da seguinte forma: em primeiro lugar, foi reconhecida “a tensão entre a proteção da vida do nascituro e a liberdade da mãe”. O Tribunal, sopesando vários argumentos, estabeleceu precedência à vida do nascituro sobre a liberdade da mãe, no sentido de que o feto, em princípio, desfruta da prevalência sobre a liberdade da mulher de dispor sobre si mesma e que o Estado também tem a obrigação de proteger a vida em formação frente ao direito da mãe. Mencionada precedência foi ponderada em uma derradeira etapa, na qual se concluiu que, em face de circunstâncias especiais, principalmente quando existe perigo de vida para a mulher ou quando a gravidez resulta de crime, não se poderia exigir da afetada suportar esta gravidez, independentemente do estágio de desenvolvimento do feto. Assim, o Tribunal julgou, aplicando a proporcionalidade entre meios e fins o prazo de 120 dias atentatórios à esfera de direitos da mãe.

A proporcionalidade em sentido estrito, conforme há instantes retratado, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus, mas não indica a justa medida do caso concreto. Esta deverá ser inferida, a partir de um método de ponderação de bens, no qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. (1999). op. cit., p. 78.

²⁵¹ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 86-87.

6.4 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

É muito comum encontrarmos na doutrina e jurisprudência brasileira a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como expressões semelhantes, apesar de ambas terem origens e fundamentos diferenciados. Nesse sentido, fazemos parte da corrente a reconhecer que entre as referidas expressões há nota diferenciadora.

A razoabilidade teve origem no Direito anglo-saxão, mais precisamente no devido processo legal, cuja cláusula *law of the land*, constante da Magna Carta de João Sem Terra em 1215, evoluiu para o que é chamado, no Direito norte-americano, de *due process of law*. O devido processo legal tinha a finalidade de coibir os excessos do Rei em relação à nobreza, consistindo em uma verdadeira subordinação dos atos governamentais aos procedimentos de lei, significando um avanço em direção ao Estado de Direito pelo que veiculou uma contraposição ao regime absolutista, no qual as normas impositivas de obrigações eram exclusivamente as determinadas pelo Monarca.

O devido processo legal teve a primeira aplicação no Direito Processual Penal e, posteriormente, essa garantia foi ampliada para as áreas cíveis e administrativas, ultrapassando, assim, os limites processualísticos (acesso à justiça, cientificação regular, contraditório, ampla defesa e outros), para abranger dimensão material ou substantiva, impondo limites ao Poder Público e servindo para refrear seus eventuais desmandos²⁵².

Os juízes do *Common Law* têm tradição em promover a comparação entre a situação de fato e os precedentes jurisprudenciais, tendo como parâmetro a noção de um comportamento razoável, em conformidade com as circunstâncias para a fundamentação de suas decisões. Esse sistema, característico do Direito britânico, haja vista a própria formação cultural de seus juízes, parte de conceitos abstratos, sem a necessidade de racionalizá-los em regras gerais e das experiências judiciais anteriores para a fundamentação de suas decisões, não sendo necessário que os doutrinadores e magistrados detenham grandes incursões acerca dos “juízos de razoabilidade”²⁵³.

²⁵² BRAGA, Valeschka e Silva. op. cit., p. 41.

²⁵³ GOUVÊA. Marcos Antônio Masseli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2000, p. 93-124.

Nesse sentido, podemos assinalar ter sido nos Estados Unidos que o princípio da razoabilidade foi aprofundado, haja vista o fato de que na Inglaterra não havia um Constituição rígida, o que impedia o fortalecimento do controle jurisdicional feito as leis restritivas de Direito, não havendo sequer uma Constituição escrita e, por estes motivos é que o Direito britânico não dedica atenção ao princípio da razoabilidade.

No que se refere ao uso indiscriminado da proporcionalidade e razoabilidade aqui no Brasil, podemos constatar tal prática, utilizando conceitos de alguns doutrinadores. Para Barros²⁵⁴: “a razoabilidade nos remete de imediato, à idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz tudo aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação”. Já Barroso²⁵⁵ entende que “a proporcionalidade e a razoabilidade constituem parâmetros de valorização dos atos do Poder Público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. Para o referido constitucionalista a proporcionalidade é conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.

Para ilustrar a idéia de razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário n. 192.553-SP, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio, em que era discutido se os procuradores de Estado deveriam provar a sua qualidade através de instrumento procuratório, vejamos²⁵⁶:

Princípio da razoabilidade. Interpretação de normas legais. Representação pelo Estado. Dispensa da comprovação da qualidade de procurador.

O princípio da razoabilidade, a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de procurador do Estado por quem assim se apresenta e subscreve ato processual. O mandato é legal e decorre do disposto nos arts. 12 e 132, respectivamente do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.

Nesse sentido, seria afronta a razoabilidade exigir instrumento procuratório dos procuradores de Estado, que possuem representação judicial dentre suas atribuições legais, nas quais são investidos no momento da posse no cargo.

²⁵⁴BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., p. 70.

²⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: ano 6, 1998, p. 69.

²⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 192.553 – SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 15.12.1998. Publicado no Diário de Justiça em 16.04.1999, p. 24.

Um outro caso julgado pela Suprema Corte brasileira, em que foi aplicado o princípio da razoabilidade, em sede de Recurso Extraordinário nº 192.568-0, relatado pelo Min. Marco Aurélio, discutia-se ato do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que indeferiu a prorrogação de concurso realizado para preenchimento de 50 vagas para juiz, quando apenas foram nomeados 32 candidatos, permanecendo desocupadas 18 vagas. Vejamos a decisão²⁵⁷.

Concurso público. Vagas. Nomeação. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferindo da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (CF, art. 37) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias”.

No caso então retratado, entendeu o Supremo, por maioria de votos, que, razoavelmente, há de se presumir que o concurso visa ao preenchimento das vagas ofertadas. Assim, se o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí disponibilizou 50 vagas para o cargo de juiz, deveriam todas elas serem preenchidas, com a nomeação dos respectivos candidatos aprovados.

Podemos constatar que a proporcionalidade não implica necessariamente a razoabilidade e vice-versa, porquanto podem ocorrer hipóteses nos quais apenas se configura um desses princípios. Braga²⁵⁸ cita como exemplo desta hipótese a anistia conferida pelo art. 2º da Lei 9.996/00 aos eleitores que não votaram ou não atenderam à convocação eleitoral nos pleitos de 1996 e 1998, ressaltando que essa anistia serviu para favorecer, inclusive, parlamentares responsáveis pela aprovação da norma. Nesse sentido, fica claramente caracterizada a irrazoabilidade do dispositivo, pois a intenção do legislador foi tão-somente beneficiar um determinado grupo de pessoas, configurando, assim, o desvio de finalidade. Vale destacar que não há de se falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, considerando que a anistia era adequada (apta) e necessária (não haveria outro meio menos gravoso) para que os eleitores punidos pudessem cumprir suas obrigações eleitorais vindouras.

²⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 192.568-0. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23.04.96. Publicado no Diário de Justiça em 13.09.96.

²⁵⁸BRAGA, Valeschka e Silva. op. cit., p. 101.

Fica também evidenciada a confusão realizada entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pelos comentários de Mendes²⁵⁹ acerca de acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei 8.713/93. O autor assevera que “essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua *sedes materie* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal”.

Braga²⁶⁰, defensora que é de uma distinção entre esses dois princípios ensina que “a proporcionalidade envolve a ponderação entre duas grandezas (a medida administrativa e a restrição imposta ao particular, por exemplo), enquanto a razoabilidade tende a afastar os atos destoantes do bom senso aceitável pelo homem comum”.

É importante destacar o fato de que, embora a proporcionalidade e a razoabilidade se relacionem entre si, pois vinculam todos os poderes do Estado, possuem estruturas diferentes. Essa distinção não decorre somente do fato de que o primeiro se desenvolveu na experiência judicial alemã, proveniente da idéia de Estado de Direito e o segundo proveio na jurisprudência americana, como decorrência do *substantive due process of law*.

Conforme leciona Gouvêa²⁶¹, a razoabilidade é aplicada intuitivamente pelos juízes norte-americanos, como a virtude do homem prudente, não existindo pretensão de universalidade. Já a proporcionalidade transporta as noções de simetria e harmonia, constantes no pensamento lógico-formal, presente nos mais diversos ramos do conhecimento.

Corroborando a tese de que entre a proporcionalidade e a razoabilidade existe diferença, Guerra Filho²⁶² leciona que

A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram como aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos.

Na lição de Steinmetz²⁶³, o problema da solução do choque de direitos fundamentais exige a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois nesse conflito se estrutura uma

²⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 958/DF. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 11.05.94. Publicado no Diário de Justiça em 25.08.94.

²⁶⁰BRAGA, Valeschka e Silva. op. cit., p. 104.

²⁶¹GOUVÊA. Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. op. cit., p. 99.

²⁶²GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., (1997), p.26.

²⁶³STEINMETZ, Wilson Antonio. op. cit., p. 187.

relação meio-fim. O citado autor garante que na colisão não se trata de verificar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual.

Entendemos que há não só uma separação entre as duas expressões, mas também que o princípio da proporcionalidade é superior ao da razoabilidade, o que justifica a aplicação do primeiro nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais. Essa superioridade, advém do fato de que a proporcionalidade é passível de uma definição operacional, ou seja, um artifício que se utiliza na pesquisa científica para tornar mensuráveis variáveis não mensuráveis imediatamente ou, também denominadas, variáveis potencialmente mensuráveis. A definição operacional indica como o fenômeno é medido. Os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionam como indicadores de “mensuração” de controle.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade será aplicado para solucionar a colisão de direitos fundamentais e não o princípio da razoabilidade, haja vista que o primeiro se refere a um exame da relação meio-fim.

7 CONCLUSÃO

Desde a Declaração do Bom Povo da Virginia em 1776, os direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos em declarações de direitos, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fosse a mais conhecida e influente, sendo a opressão absolutista a causa mais próxima do surgimento dessas declarações.

Apenas o reconhecimento desses direitos se mostrou insuficiente, pois, em virtude de as referidas declarações não possuírem força normativa, estas apresentavam-se como reivindicações políticas. Esse fato deu origem à positivação ou constitucionalização dos direitos fundamentais, tendo a Constituição brasileira de 1824 o mérito de ter sido a pioneira na inclusão desses direitos, ao contrário do que muitos autores alienígenas fazem referência, entendendo que foi a Constituição da Bélgica de 1831 que trouxe tal intento. A universalização de tais direitos ocorre em 1948, com a célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esses direitos deixaram de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Impende ressaltar que a expressão direito fundamental é mais utilizada quando se deseja fazer referência aos direitos positivados na Constituição de determinado Estado-membro. Já a expressão direitos humanos ficou reservada aos documentos internacionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais, assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, considerando que todos os homens são dotados de dignidade e o respeito à pessoa humana deve ser realizado, independentemente do grupo ou classe social de que faça parte. De acordo com a nossa Carta Política de 1988, esse é considerado um princípio constitucional explícito, consagrado no art. 1º, III. Vale destacar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer expressamente tal princípio.

Restou evidenciado que os direitos fundamentais têm caráter principiológico, ou seja, caracterizam um princípio e não uma regra. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, ausente das regras, que são constatados quando dois princípios colidem e a solução para tal conflito deve levar em conta o peso ou a importância de cada um, a fim de se escolher qual dos princípios deverá ter precedência ao outro, considerando o caso concreto.

Os princípios são *mandados de otimização* em que são cumpridos, considerando as condições fáticas e jurídicas. As regras são normas que possuem como fase central a subsunção de uma situação fática a uma previsão normativa. Dessa forma, os princípios cumprem também uma função interpretativa, que servirá de auxílio para a solução das hipóteses de colisão de direitos fundamentais.

Pela análise dos princípios de interpretação constitucional, podemos constatar que esses princípios são mecanismos hábeis para solução de possíveis hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais, especialmente o princípio da unidade da Constituição, considerando que a ordem jurídica é formada por um conjunto de regras e princípios que pressupõem uma harmonia, ou seja, uma unidade; o princípio da concordância prática, que presume uma harmonização entre os direitos conflitantes, de modo a se estabelecer qual dos valores em conflito prevalecerá; e o princípio da força normativa da Constituição, uma vez que na solução de conflitos, deve-se dar prevalência à solução que traga maior eficácia para a Carta Política.

Os direitos fundamentais não são absolutos, pois limitados em princípio pela esfera legal, ou seja, a intervenção do legislador ordinário torna-se imprescindível para prevenir a colisão desses direitos ou conflito destes com outros bens jurídicos constitucionais. Estamos nos referindo às normas restritivas de direitos fundamentais. Então, constatada a existência de reserva de lei na Constituição para, pelo menos, um dos direitos em conflito, o legislador poderá resolver o conflito entre esses direitos, comprimindo o direito restringível, ou seja, sujeito à reserva de lei, respeitando os limites das restrições.

Se a hipótese for de colisão entre direitos não sujeitos à reserva de lei, a solução será dada pela jurisprudência, que realizará a ponderação de bens envolvidos, com a finalidade de resolver o conflito com um mínimo de sacrifício dos direitos em jogo, aplicando os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros fornecidos pela doutrina. Dessa forma, restou evidenciada a função do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da cúpula do Poder Judiciário brasileiro na solução dos conflitos entre direitos fundamentais, o que foi comprovado mediante exame detido da composição, competência e natureza da nossa Corte Constitucional.

Dentre os mecanismos para solucionar a tensão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade ocupa um lugar de relevância no ordenamento jurídico, haja

vista que foi constatada a insuficiência da aplicação somente dos princípios de interpretação constitucional, e, por isso, tendo sido desenvolvido um método de ponderação de bens para a solução desses conflitos. Essa ponderação é um método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, determinando qual dos direitos ou bens prevalecerá. A ponderação concreta de bens se faz mediante o princípio da proporcionalidade.

No desenvolvimento do presente trabalho foram apresentadas diversas situações de conflitos entre direitos fundamentais julgados pelo Supremo Tribunal Federal e em número menor julgados pelo Tribunal Constitucional alemão, o que nos fez entender que, em muitos aspectos, os dois tribunais aplicam os mesmos critérios de solução desses conflitos. Vale destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo não é recente, isto porque a primeira decisão em que esse órgão suscitou a aplicação de tal princípio remonta ao ano de 1951 (Recurso Extraordinário 18.331, Min. Orozimbo Nonato), apesar de não ter mencionado expressamente o nome do princípio, pois naquela época esta idéia ainda não estava desenvolvida no Direito brasileiro, aplicou a teoria do desvio de poder.

A doutrina refere que, apenas em 1976, com o julgamento da Representação 930/DF pelo Supremo, discutindo-se a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, é que em outras decisões passou-se a ter a idéia de proporcionalidade como controle de constitucionalidade dos atos normativos e legislativos. Com essa Representação, houve mudança no enfoque da matéria, na medida em que a mais alta Corte brasileira passou a reconhecer o princípio da proporcionalidade como positivado em nosso ordenamento jurídico.

Na parte final do trabalho, ficou evidenciada a importância da distinção entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, apesar da semelhança entre ambos. A proporcionalidade é o princípio a ser aplicado nas hipóteses de colisão de direitos, pois transporta uma noção de harmonia e simetria que podemos encontrar no pensamento lógico-jurídico dos mais diversos ramos do conhecimento. Já a razoabilidade é princípio que se aplica intuitivamente, como a virtude de homem prudente, não havendo pretensão de universalidade e, por esta razão, não deve ser aplicado aos casos de conflito entre direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 1999, n. 217.
- _____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luis Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333.
- _____. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crises e desafios da Constituição – perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras* Belo Horizonte: Del Rey, 2004..
- BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Jose Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (orgs.). *A hermenêutica filosófica de Gadamer*. In: BARRETO, Jose Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (orgs.). *O elefante e os cegos*. Fortaleza: Casa de José Alencar, 1999.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: ano 6, 1998.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- _____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. Trad. Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital . *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CERVO, Amado L; BERVIAN, Pedro A. *Metodologia científica*. São Paulo: Pearson, 2004.
- D'AGOSTINI, Franco. *Analíticos e continentais*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2003
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bom*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, n.143, jul/set. 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- _____. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, vol. 32, n.128, 1995.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____ (coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOUVÊA, Marcos Antônio Masseli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2000.

HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Honrad. *La interpretación constitucional. Escritos de derecho constitucional*. Seleção e tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

_____. Fundamentos constitucionais do processo – sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Fortaleza: ABC editora, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004b.

_____. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Repertório de jurisprudência IOB – 1ª quinzena de março de 2003*. nº 5/2003.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas LTDA, n. 23, 1ª quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175.

_____.Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____(Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra. 1998.

MORAES, Guilherme Peña de. *Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MOREIRA, Vital. *Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 2, jun.99 – disponível em: //www.planalto.gov.Br, capturado em 29/06/99.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70.

PEREZ LUNO, Antonio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Madrid: Revista de Derecho Privado.[1927?].

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. Fasc. Civil. São Paulo, v. 798, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 203.

_____. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999..

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

STUMM, Denise Raquel. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANEXOS

