

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre. Programa de Pós-
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève**

CURITIBA

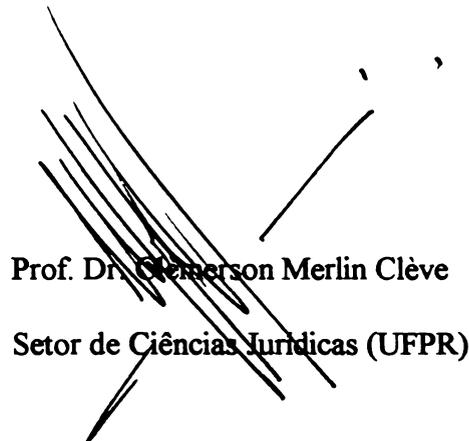
2000

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

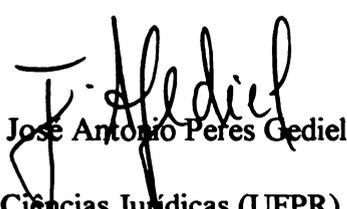
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Julgadora formada pelos professores:

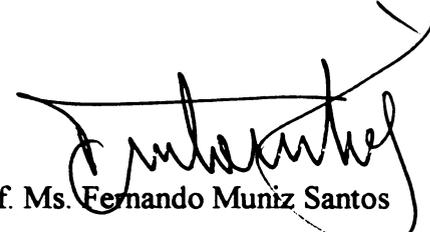
Orientador/Presidente:



Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève
Setor de Ciências Jurídicas (UFPR)



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Setor de Ciências Jurídicas (UFPR)



Prof. Ms. Fernando Muniz Santos
Universidade Tuiuti do Paraná (UTP)

Curitiba, 20 de junho de 2000

**Para Onorina, minha mãe,
e Venilde Maria, minha irmã**

Torna-se inquietante tudo aquilo em que muito se pensa.

F. Nietzsche

A Ciência do Direito ou será racional e honesta em termos de Metódica, ou não será. Ela existirá, só que não enquanto ciência, mas, na sua parte *dogmática*, como estudos jurídicos [Rechtskund] empenhados em coletar e inventariar, em desculpar a dominação, em aquietar objeções; e, na sua área de atuação *juspolitica*, como jornalismo de fim de semana com notas de rodapé, como publicação de meras opiniões e ciência jurídica das partes interessadas. Ciência do Direito somente tem chance de ser o que não se torna papel velho sob as penadas do legislador.

Friedrich Müller

SUMÁRIO

Abreviaturas	x
Resumo.....	xi
Abstract.....	xii
Notas preliminares	xiii
Introdução.....	1
Primeira parte – A colisão no contexto dos limites dos direitos fundamentais..	9
Capítulo I – Restrição e configuração legislativas dos direitos fundamentais...	10
1 Normas legais restritivas de direitos fundamentais	11
1.1 Limites internos ou restrições diretamente constitucionais?.....	13
1.2 Limites externos ou restrições indiretamente constitucionais.....	16
1.3 Reservas de lei em matéria de direitos fundamentais	18
1.3.1 Reserva de lei ordinária	19
1.3.2 Reserva de lei qualificada	20
1.3.3 Reserva de lei geral	21
1.4 Ainda sobre a restrição legislativa de direitos fundamentais.....	22
2 Normas legais configuradoras de direitos fundamentais	25

Capítulo II – Limites imanentes	30
1 Limites imanentes: autênticos ou pseudolimites?.....	31
2 O problema da fundamentação dos limites imanentes.....	38
2.1 A cláusula da comunidade.....	38
2.2 A cláusula da medida (<i>Soweit-Klausel</i>).....	39
2.3 A teoria de Peter Häberle.....	41
2.4 A justificação nas jurisprudências constitucionais alemã e espanhola.....	42
2.5 Limites imanentes e abuso de direito.....	44
2.6 Limites imanentes como resultado da ponderação de bens.....	47
3 O legislador e a concretização de limites imanentes.....	48
Capítulo III – Colisão de direitos fundamentais	52
1 Hipóteses de conflitos de direitos fundamentais.....	54
2 Casos rotineiros e casos difíceis.....	58
3 Os poderes públicos e a colisão de direitos fundamentais.....	61
Segunda parte – Referenciais teóricos e dogmáticos	68
Capítulo IV – A interpretação dos direitos fundamentais	69
1 Peculiaridades das normas constitucionais e método hermenêutico tradicional.....	70
2 Da tópic jurídica à hermenêutica constitucional concretizante.....	78
3 Princípios da interpretação constitucional.....	85
3.1 Os métodos tradicionais de interpretação.....	85
3.2 Princípios específicos da interpretação constitucional.....	88
3.2.1 Princípio da unidade da Constituição.....	88
3.2.2 Princípio da concordância prática.....	90
3.2.3 Princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora.....	90

3.2.4 Princípio da força normativa da Constituição	91
3.2.5 Princípio da correção funcional ou da conformidade funcional	91
3.2.6 Princípio da efetividade	92
3.2.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição	94
4 <i>Background</i> teórico-constitucional e interpretação dos direitos fundamentais	96
Capítulo V – Teorias dos direitos fundamentais.....	100
1 A tipologia de Böckenförde.....	100
1.1 A teoria liberal	101
1.2 A teoria institucional	102
1.3 A teoria democrático-funcional	103
1.4 A teoria dos direitos fundamentais do Estado social.....	104
1.5 A teoria axiológica dos direitos fundamentais	105
2 Teorias dos direitos fundamentais e colisão de direitos	105
3 Teoria dos valores e colisão de direitos fundamentais	108
3.1 A especificidade da Constituição Espanhola de 1978	116
4 A teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy.....	119
4.1 A teoria dos princípios	122
4.1.1 A lei da colisão.....	126
4.2 A teoria dos valores como teoria dos princípios.....	129
4.3 A teoria dos princípios como teoria material dos direitos fundamentais.....	134
4.4 A teoria dos princípios e a natureza principial dos direitos fundamentais	138

2 Lesão aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.....	211
3 Objeções metodológicas à ponderação de bens.....	213
Considerações finais.....	223
1 Recapitulação.....	223
2 A colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a racionalidade possível	226
Referências bibliográficas.....	232

ABREVIATURAS

BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão)
CE/78	=	Constituição Espanhola de 1978
CRFB/88	=	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP/76	=	Constituição da República Portuguesa de 1976
LF	=	Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949
STC	=	Sentença do Tribunal Constitucional espanhol
STF	=	Supremo Tribunal Federal
TCF	=	Tribunal Constitucional Federal alemão

RESUMO

A investigação tem por objeto de análise a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo à solução, *in concreto*, de colisão de direitos fundamentais. Pergunta-se pela possibilidade de decisões jurídicas, judiciais ou legislativas, racionalmente controláveis. Pretende-se verificar se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo – cujos princípios parciais são o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, este equivalente à ponderação de bens – satisfaz os postulados da certeza e previsibilidade jurídicas e do controle racional, objetivo e intersubjetivo, postulados inerentes ao Estado democrático de Direito. Para isso, desde um ponto de vista dogmático-constitucional, analisam-se as formulações doutrinárias e jurisprudenciais presentes no direito comparado – especialmente, nos direitos alemão, espanhol e português – e no direito brasileiro. O referencial teórico é construído com base nas teorias contemporâneas da interpretação constitucional e na teoria estrutural dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A análise desenvolvida mostra que a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo – de modo especial, em sua dimensão ponderativa –, ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, não conduz a um único resultado correto. Contudo, o resultado da aplicação pode ser racionalmente fundamentado. Não uma racionalidade total, mas uma racionalidade possível. Portanto, o princípio da proporcionalidade não necessariamente conduz a decisões jurídicas orientadas pelo subjetivismo, pelo intuicionismo, pela irracionalidade decisionista. Que isso é verdadeiro, corroboram a lei de colisão, a lei da ponderação e o modelo jusfundamental de fundamentação de Robert Alexy. A colisão de direitos fundamentais, *in concreto*, tem de ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental.

ABSTRACT

The investigation has as object of analysis an application of the principle of proportionality in large sense to a solution, *in concreto*, the conflict of fundamental rights. The possibility of juridical decisions, judicial or legislative, rationally controllable is inquired. It is intended to verify if the principle of proportionality in large sense – which partial principles are adequateness, necessity and proportionality in strict sense, this equivalent to the pondering of goods – satisfying the postulations of certainty and juridical foresight as well the rational central objective or intersubjective, immanent postulations to the Democratic State of Law. Thus, since a dogmatic-constitutional point of view, are analysed doctrinal and jurisprudential formulations present in the comparative law, specially in german, spanish and portuguese laws, as well as the brazilian law. The theoretical reference is built based upon contemporary theories of the constitutional interpretation and structural theory of fundamental rights Robert Alexy's. The developed analysis shows that the applying of the proportionality principle in large sense, specially in its ponderons dimension – to the phenomenon of conflict of the fundamental rights, does not take to a unique right result. However, the result of application can be rationally established, not a total rationality, but a possible one. Therefore, the principle of proportionality does not necessarily lead to juridical decisions oriented by subjectivism, by intuitionism or by decisive irrationality. To corroborate we have the laws of collision and ponderousness and the lawful underlying of Robert Alexy. The conflict of the fundamental rights *in concreto* has to be solved with constitutional interpretation, the principle of proportionality and justification by means of jus-fundamental argumentations.

NOTAS PRELIMINARES

1) A terminologia *principio da proporcionalidade*, nesta dissertação, refere-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo. A referência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz-se expressamente.

2) O indicativo latino *opere citato* (*op. cit.*) é empregado em duas hipóteses: (a) quando a obra referida é a única citada do autor na dissertação (por exemplo, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, de Juan Carlos Gavara de Cara); e (b) para referir-se ao livro ou ao periódico do qual o texto indicado é parte (por exemplo, *Escritos sobre derechos fundamentales*, porque é uma coletânea de artigos de Ernst-Wolfgang Böckenförde, organizados para fins de publicação na Espanha, e os textos publicados na *Revista de Direito Administrativo*). Com esse procedimento, pretende-se tornar funcional, durante a leitura, a identificação das fontes citadas.

3) As disposições normativas da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), da Constituição Espanhola (1978), da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e suas emendas, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e da Constituição da Federação Russa (1993) são transcritas de *Textos Constitucionales*, edição dirigida por Miguel A. Aparicio Pérez e publicada pela Ediciones Universitarias (Barcelona, 1995).

INTRODUÇÃO

Que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados é possível demonstrar e provar desde diversos pontos de vista.

Desde um ponto de vista fenomenológico-existencial, “toda existência humana se caracteriza, originariamente, por ser *co-existência*. O homem é um *ser-com*”, um ser inserido no processo histórico-social.¹ Assim, se os homens coexistem, então os direitos também coexistem, co-determinam-se e se co-limitam.

Os limites aos direitos fundamentais decorrem da própria sociabilidade humana.² Apenas em um estado de natureza de tipo hobbesiano, no qual os indivíduos vivem isolados e em permanente beligerância (*bellum omnium contra omnes; homo homini lupus*) os direitos

¹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 1997, p. 16.

² A sociabilidade como característica fundamental e específica do homem já aparece no pensamento político de Aristóteles: “Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza uma [sic] animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o ‘sem clã, sem leis, sem lar’ de que Homero fala com escárnio. pois ao mesmo tempo ele é ávido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de Gamão. Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é uma animal social” (*Politica*. Trad. de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília Ed. UnB. 1988, Livro I, capítulo I, 1253 a. p. 15).

são ilimitados e ilimitáveis (*ius omnium in omnia*).³ E mesmo assim seria de se indagar se o que existe nesse estado são direitos ou uma outra coisa qualquer.

Que os direitos fundamentais não são absolutos e não têm uma fundamentação absoluta, última, também o mostra a perspectiva histórica. Embora, inicialmente, no plano filosófico,⁴ os direitos fundamentais tenham sido concebidos como naturais – imutáveis e universais – é certo, como afirma Bobbio, que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por

³ HOBBS. Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico ou civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo Nova Cultural, 1988. 2 v. (Coleção Os pensadores). Ver sobretudo os capítulos XIII, XIV e XV, nos quais Hobbes descreve o estado de natureza.

⁴ Os direitos fundamentais inicialmente foram produtos de teorias filosóficas. Idéias como dignidade humana, liberdade e igualdade foram expressas no campo da filosofia, primeiramente pelos estoicos, epicuristas, romanos, depois pelo pensamento cristão e pelos grandes filósofos-teólogos da Idade Média e finalmente pelos pensadores do início da modernidade, como Locke, Hobbes, Rousseau, entre outros. Eram, porém, apenas idéias da razão humana, postulação de direitos naturais, direitos que derivavam da natureza humana. Não tinham lastro na realidade social, econômica, política. Eram idéias sem concreção histórica.

Entre os gregos, do ponto de vista concreto, não se pode afirmar que existiram direitos do homem ou fundamentais, porque admitia-se a escravidão, a exclusão das mulheres, dos estrangeiros; entre os medievais, também se pode dizer o mesmo. Apenas na Inglaterra, com a *Magna Carta* de 1215, há o respeito a alguns direitos, mas são direitos de estamentos. Segundo Canotilho, “não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 352).

Segundo Gregorio Peces-Barba Martinez, a rigor, “la aparición del concepto de derechos fundamentales se producirá en la historia a partir del tránsito a la modernidad. Cuando en estudios históricos actuales se hable de los derechos fundamentales en la Edad Antigua o en la Edad Media se está utilizando impropriamente esta palabra. Las ideas de dignidad, de libertad y de igualdad se encuentran en la historia antes del Renacimiento, pero no se formularán como derechos hasta el mundo moderno” (PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 326).

Na evolução dos direitos fundamentais, há três grandes fases. Os direitos fundamentais primeiro foram idéias da razão humana, depois foram incorporados pelas declarações setencistas, tendo mais força política do que propriamente jurídica, e, por fim, foram positivados ou constitucionalizados, ganhando força normativa e vinculante definitiva. Nesta última fase, é possível identificar três processos, segundo Peces-Barba Martinez (ibid., p. 333 *et seq.*): (a) posituação: integração dos direitos tidos como naturais no Direito positivo para que tivessem eficácia social; (b) generalização: inicialmente, os direitos fundamentais não eram para todos. Os direitos de primeira geração (dimensão, *ver* nota de rodapé 6, *infra*), eram direitos das classes proprietárias. O Estado liberal não incorporava as grandes massas. Com a passagem progressiva ao Estado Social, houve um processo de generalização dos direitos fundamentais. Foi aí que apareceram os direitos políticos para todos e o direitos sociais, estes denominados de direitos de segunda geração (dimensão). Por fim, (c) assistiu-se, na segunda metade do século XX, ao processo de internacionalização dos direitos fundamentais. É a atual fase do seu devenir histórico, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Sobre a formação e evolução histórica dos direitos fundamentais, *ver* também: PEREZ LUÑO. Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid Tecnos, 1995, p. 29-43; COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo Saraiva, 1999, 421 p.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1998, p. 36-58.

lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁵ Aos direitos de primeira geração somaram-se os de segunda e de terceira gerações,⁶ no desenrolar de um devenir histórico marcado por carências, necessidades, demandas, lutas e resistências.

Reforça ainda a idéia de historicidade dos direitos fundamentais, segundo Bobbio,⁷ a sua variabilidade. Em razão das mudanças nas condições históricas, os direitos fundamentais se modificam. A título de exemplo, Bobbio menciona o direito de propriedade. Era um direito tido como absoluto no final do século XVIII – *sacre et inviolable*. Já nas declarações e constituições contemporâneas sofreu limitações inimagináveis há duzentos anos.

Que os direitos fundamentais sejam relativos e limitáveis é também o que se verifica desde um ponto de vista dogmático-constitucional, enfoque a partir do qual se desenvolverá esta investigação. Primeiramente, porque os direitos fundamentais são direitos positivos, constitucionalizados. Em outras palavras, os limites existem, antes de tudo, por causa da posi-

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 5.

⁶ Atualmente, na teoria e na dogmática dos direitos fundamentais, prefere-se falar em *dimensão*. Diz Guerra Filho: “Que em vez de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-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, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 13). Essa preferência pelo termo *dimensão* é compartilhada por Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 525) e Sarlet (*op. cit.*, p. 46-58).

A propósito das dimensões dos direitos fundamentais, no atual estágio de desenvolvimento, há quem aponte o surgimento de direitos de quarta dimensão. Segundo Bonavides, fazem parte da nova dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (*op. cit.*, p. 525).

tividade dos direitos fundamentais.⁸ Segundamente, porque as “liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, limitadas. Limitação dos direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo”⁹ Em outros termos, “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”¹⁰ Terceiramente, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados porque possuem uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. “Não o são na sua dimensão subjetiva, pois que os preceitos constitucionais não remetem para o arbitrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse” e “não o são também enquanto valores constitucionais [dimensão objetiva], visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários”¹¹ Nas palavras de Miranda, as limitações reconduzem-se “1º) à conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais; [e] 2º) à conjugação com princípios objectivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza”¹²

⁸ MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos*. Trad. provisória de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Foz do Iguaçu, de 4 a 8 de setembro de 1994, p. 106.

⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1998, p. 250, número de margem 308.

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 251, número de margem 310.

¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra Almedina, 1987, p. 212. Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, ver também: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 228-44, números de margem 279-99; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1123 *et seq.*; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 77-80; PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, p. 19-29; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 138-53.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra Coimbra, 1998, t. IV: direitos fundamentais, p. 301.

Em razão disso, há, no campo da dogmática dos direitos fundamentais, uma intensa investigação sobre a problemática geral dos limites. No universo dessa problemática, encontram-se as restrições ou limitações legislativas, os limites imanentes, a concorrência acumulativa e a colisão de direitos fundamentais.

É objeto desta investigação a colisão de direitos fundamentais e o tratamento metódico de solução.

As constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1988, consagraram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos uma relação de harmonia. Porque são atribuídos por normas constitucionais, não há entre eles ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori*. Contudo, na vida social, seja nas relações individuais, seja nas relações entre indivíduo e poderes públicos ou comunidade, nem sempre se verifica a realização plena, harmônica e simultânea dos direitos fundamentais de diferentes titulares. Com frequência, *in concreto*, há conflitos de direitos: entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos de personalidade (direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada); entre o direito à efetividade jurisdicional e o direito à segurança jurídica; entre a liberdade de criação artística e o direito à honra; entre a liberdade de imprensa e a segurança pública interna; entre a liberdade de circulação e a saúde pública, etc. A esse fenômeno a dogmática constitucional denomina de colisão de direitos fundamentais.

Frente a esse fenômeno jurídico, um problema fundamental se põe à teoria e à dogmática constitucionais: como solucionar de forma racional e intersubjetivamente controlável a colisão de direitos fundamentais?¹³ Que metódica, que critérios, que parâmetros podem asse-

¹³ À dogmática jurídica compete o exercício e a viabilização do controle de consistência e de adequação das decisões jurídicas. Em outras palavras, à ciência jurídica em sentido estrito cabe não apenas verificar as *possibilidades* de controle racional das decisões jurídicas como também criar as *condições* para este controle racional. Como escreveu Ferraz Jr., “observa-se [...] que a Dogmática não é um simples eixo de mediação entre normas e fatos nem se resume no desenvolvimento de técnicas de subsunção do fato à norma, como chegaram a

gurar decisões válidas desde os pontos de vista da vinculação ao texto constitucional (limite de toda interpretação e toda decisão, segundo Hesse e Müller)¹⁴ e da certeza e previsibilidade jurídicas? Que princípios e procedimentos afastam o intuicionismo, o voluntarismo, o decisionismo, judicial ou legislativo?

Três propostas metodológicas podem ser consideradas: a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional (Müller) e o método da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade. Nesta investigação, será objeto de análise a terceira proposta metodológica. O problema estruturante e orientador pode ser assim enunciado: a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade à solução da colisão de direitos fundamentais é passível de controle racional, objetivo e intersubjetivo? Desde um ponto de vista dogmático-constitucional, legitima-se, justifica-se, fundamenta-se a prevalência, *in concreto*, de um direito fundamental em relação ao outro? Enfim, o princípio da proporcionalidade, de modo especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), se aplicado ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, satisfaz o postulado da racionalidade?

Como há pouco referido, a análise terá como centro disciplinar a dogmática jurídico-constitucional. Contudo, sempre que necessário serão feitas incursões na teoria do direito. Parte-se do pressuposto epistêmico-metodológico de que não há dogmática jurídica consistente e útil sem os aportes conceituais e, sobretudo, críticos da teoria do direito.

dizer os representantes da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese. Sua função repousa, outrossim, no controle de consistência de decisões tendo em vista outras decisões; em outras palavras, no controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo Max Limonad, 1998, p. 100). É certo também que a dogmática jurídica tem de ser controlada. Este controle cabe à teoria do direito enquanto teoria da ciência jurídica. Nesse sentido, é função da teoria do direito ser uma instância de reflexão crítica sobre os limites e as possibilidades da dogmática jurídica, de modo especial, uma análise crítica sobre as formas utilizadas pela dogmática jurídica para a validação (justificação) de seus resultados.

¹⁴ Ver capítulo IV (*infra*).

Na primeira parte, constituída pelos capítulos I, II e III, a análise terá por objetivos delimitar e definir o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, diferenciando-o da restrição e conformação legislativas, dos limites imanentes e da concorrência acumulativa. Na segunda parte, composta pelos capítulos IV e V, estabelecer-se-á o marco teórico da investigação. No capítulo IV, situar-se-á a colisão de direitos fundamentais no contexto da interpretação constitucional; no capítulo V, dissertar-se-á sobre a necessidade e a função de teoria(s) dos direitos fundamentais na compreensão e solução da colisão de direitos fundamentais. A análise terá como referência básica a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy. Na terceira parte, no capítulo VI, analisar-se-á o princípio da proporcionalidade: a relação com a ponderação de bens, os princípios parciais constitutivos, a natureza e o fundamento normativos. No capítulo VII, dando continuidade ao trabalho de definição e caracterização do princípio da proporcionalidade, perguntar-se-á pelas relações deste princípio com os princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade. No capítulo VIII, serão analisadas as objeções e contra-objeções ao princípio da proporcionalidade e a sua aplicação à solução de problemas surgidos no sistema de direitos fundamentais. Na conclusão, será reconstruída a trajetória percorrida e retomado o problema fundamental formulado nesta introdução, para dar, de forma sucinta, a resposta que os argumentos desenvolvidos na investigação autorizam.

Por fim, uma observação sobre a literatura utilizada. Especial ênfase foi dada à doutrina e jurisprudência estrangeiras, de modo especial à alemã. Contudo isso não implica a irrelevância ou inadequação dos conceitos, teses e argumentos desenvolvidos para o direito constitucional brasileiro, entre outras razões, por esta: os problemas básicos existentes no sistema de direitos fundamentais têm o traço da universalidade. A título de exemplificação, citem-se alguns: interpretação dos direitos fundamentais, desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais, limites imanentes, irradiação dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico, eficácia horizontal, direitos fundamentais como direitos de defesa e de proteção, exigi-

bilidade dos direitos a prestações e, evidentemente, a colisão de direitos fundamentais, objeto desta investigação. Como corretamente enfatizou Häberle,¹⁵ os textos, a dogmática e a jurisprudência dos direitos fundamentais mais do que se articularem com uma determinada Constituição, articulam-se com o tipo “Estado constitucional”, porque os direitos fundamentais pertencem à essência do tipo “Estado constitucional” Ou, na terminologia de Rawls, “os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania” são um tipo de “elementos constitucionais essenciais” do regime constitucional.¹⁶ Ao que parece, a dogmática dos direitos fundamentais é o setor mais universal da dogmática jurídica contemporânea. Isso é evidenciado pelo interesse científico crescente pelos direitos fundamentais, não só dos constitucionalistas, mas também dos civilistas, penalistas, processualistas, administrativistas, tributaristas, laboristas e internacionalistas. Tornou-se lugar comum dizer que os direitos fundamentais são o centro gravitacional do sistema jurídico, seja em nível nacional, seja em nível internacional.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. In: LOPEZ PINA, Antonio (org.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, 1991, p. 260.

¹⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo Ática, 2000, p. 277-81. Segundo o filósofo norte-americano, o outro tipo de elementos constitucionais essenciais são “os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário: o alcance da regra da maioria [...]” (*ibid.*, p. 277).

PRIMEIRA PARTE
A COLISÃO NO CONTEXTO
DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I
RESTRICÇÃO E CONFIGURAÇÃO
LEGISLATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais, no plano legislativo infra-constitucional, se materializa sob duas modalidades: a restrição – também denominada de intervenção ou limitação – e a configuração – também denominada de conformação.

A restrição ou limitação é “[...] una modificación normativa o factual no contraria a la Constitución de alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatario y objeto) con la consecuencia de que afecta a su ejercicio”¹⁷ Já a configuração ou conformação do direito fundamental “[...] es entendida como una dotación del contenido material de alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental o de la sanción vinculada a su sentido prescriptivo. En definitiva, significa la determinación del contenido o la fijación de la forma de ejercicio y de las garantías procesales de un derecho”¹⁸

¹⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo* la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 158.

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 158.

Ambas as modalidades se apresentam sob a forma de lei. Daí se dizer que o legislador atua mediante normas legais restritivas e normas legais conformadoras. Restritivas são as normas legais “[...] que limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais” Conformadoras são as normas legais que “[...] completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental”¹⁹ Em outras palavras, são normas legais que “[...] pretendem completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais”²⁰ A configuração pressupõe uma insuficiência ou déficit material do direito fundamental que impossibilita a sua máxima otimização ou prejudica a possibilidade de aplicação de seu sentido prescriptivo.²¹

Portanto, o complexo normativo dos direitos fundamentais é composto por normas constitucionais e normas infraconstitucionais, sendo que estas podem ser normas restritivas ou normas configuradoras.

1 Normas legais restritivas de direitos fundamentais

Como há pouco escrito, a restrição é uma modificação normativa ou fatural, justificada na ou não-contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental. Tais elementos são: (a) os sujeitos dos direitos fundamentais (titular e destinatário); (b) o âmbito de protecção material, definido e delimitado a partir do *objeto de prote-*

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1131.

²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 1131.

²¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 161. Segundo o autor, “los derechos fundamentales son *permisiones ambiguas* que tienen, al menos, un sentido prescriptivo y un sentido cualificatorio” (*ibid.*, p. 119). O sentido prescriptivo “[...] implica una permisión prescriptiva que se traduce en una prohibición de que el destinatario del derecho impida o obstaculice la acción descrita por el derecho fundamental o en la obligación de que el destinatario realice una determinada acción” (*ibid.*, p. 119-20). O sentido qualificatório “[...] implica

ção (suposto de fato mais bem jurídico regulado) e os *limites* que tenha o direito fundamental; e (c) a justificação constitucional dos limites, que se funda, primeiro, na autorização de restrição (reserva de lei), portanto, no aspecto formal, e, segundo, nos limites materiais (princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial do direito fundamental).²²

Em se tratando de restrição de direitos e garantias fundamentais, dos três elementos mencionados, destaque-se o segundo: o âmbito material de proteção. Antes de mais nada, é necessário conhecer o *âmbito de proteção* das normas que instituem esses direitos e garantias. Há que se verificar qual é o objeto protegido, o bem jurídico regulado e a previsão de restrição pela Constituição.²³ Como lembra Hesse, “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada – ‘realidade’, que é o objeto da garantia [...]”²⁴

Para compreender que tipo de limite é o imposto pelo legislador, quais seus efeitos (natureza eficaz) e que tipo de vinculação se estabelece entre o legislador e os direitos fundamentais, é crucial a análise da tradicional distinção entre limites internos e limites externos aos direitos fundamentais.

que os *enunciados jurídicos* que proibam o dificulten la acción descrita en el derecho fundamental sean calificados como no válidos” (*ibid.*, p. 120)

²² *Id.*, *ibid.*, p. 164. Sobre o princípio da proporcionalidade, ver capítulos VI, VII e VIII (*infra*); sobre o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ver capítulo VI (*infra*).

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1141.

²⁴ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 251, número de margem 310.

1.1 Limites internos ou restrições diretamente constitucionais?

Limites internos, na definição de Gavara de Cara, “[...] son aquellos que sirven para determinar el contenido del derecho, resultando intrínsecos al mismo”²⁵

A caracterização desses limites são objeto de polêmica na doutrina constitucional alemã.²⁶ Dois posicionamentos doutrinários básicos se defrontam.

O primeiro sustenta que os limites internos não são restrições propriamente ditas. Diz que tais limites não constituem “[...] supuestos de limitación de derechos fundamentales en sentido estricto”, porque “los casos en los que se aplican los límites internos son casos en los que el ejercicio del derecho no pertenece al ámbito jurídico específico del derecho fundamental concreto”²⁷ Em outras palavras, é uma situação de não-direito. Para ilustrar a tese dessa posição doutrinária, considere-se a disposição normativa do art. 5º, inciso XVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante, CRFB/88), segundo a qual “todos podem reunir-se *pacíficamente, sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” [sem grifo no original]. Dessa disposição, extrai-se a norma que garante a todos o direito de reunir-se. Contudo, há limites de forma (*pacíficamente, sem armas*), e, se houver concorrência de titulares do direito fundamen-

²⁵ *Op. cit.*, p. 159. “Estos límites internos están expresados formalmente en el texto constitucional no pudiendo ser considerados supuestos de limitación de derechos fundamentales en sentido estricto, ya que equivalen a posiciones de no derecho que formarían parte del supuesto de hecho de la norma que establece el derecho fundamental” (*id.*, *ibid.*, p. 171).

²⁶ Na doutrina constitucional portuguesa, Andrade (*op. cit.*, p. 215-6) parece confundir limites internos com limites imanentes, que, como se verá, ainda nesta investigação (*ver capítulo II, infra*), são fenômenos distintos. O constitucionalista português refere-se a limites imanentes expressamente formulados pelo texto constitucional, e cita como exemplo o art. 45.1 da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP/76), que prescreve: “Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização” Se são expressos, então não são imanentes. A rigor, “pacificamente e sem armas” são limites denominados ou de internos, ou de diretamente constitucionais.

²⁷ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 159.

tal, de tempo (anterioridade) e de espaço (local). Traça, portanto, uma linha entre o direito e o não-direito. Esses limites não são autênticos limites ou limites em sentido estrito, porque “las posiciones de no derecho han de derivar directamente de la Constitución debiendo formar parte de la descripción del supuesto de hecho de la norma que establece el derecho fundamental”²⁸

Portanto, à luz dessa concepção, limites internos aos direitos fundamentais não são autênticos limites, mas elementos constitutivos de parte do suposto de fato. É uma hipótese em que o constituinte decidiu descrever com mais detalhes o suposto fático.

Porém, Alexy, depois de constatar que a concepção segundo a qual este tipo de limite não são restrições de direito fundamental, mas descrições mais detalhadas que delimitam a garantia de uma disposição jusfundamental, é aceita por muitos – entre os quais Hesse –, prefere falar em *restricciones directamente constitucionales*, sob a forma ou de *cláusula re restrictiva expresa*, ou de *cláusula re restrictiva tácita*.²⁹

Como exemplo paradigmático de dúvida sobre se são cláusulas restritivas ou, como quer a teoria dos limites internos, elementos constitutivos de parte do suposto de fato, Alexy indica a formulação “pacíficamente e sem armas” do art. 8, parágrafo 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (doravante, LF). Segundo ele, uma das conseqüências indesejáveis, do ponto de vista dogmático, de se considerar essa cláusula como apenas elemento constitutivo do suposto fático é a de ter de admitir que não existem restrições diretamente constitucionais. “Todas las restricciones directamente constitucionales serían entonces – total-

²⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 159.

²⁹ Segundo Alexy, *restricção e cláusula re restrictiva* são conceitos distintos: “el concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho; el de cláusula re restrictiva, a la perspectiva de la norma. Una cláusula re restrictiva es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza *prima facie*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 277).

mente en el sentido de la teoría interna – sólo perifrasis del contenido de lo garantizado y podrían, en este sentido, ser calificadas de ‘inmanentes’”³⁰

Alexy, no marco de sua teoria dos princípios,³¹ prefere fazer uma outra construção dogmática. No caso do art. 8, parágrafo 1, da LF, a cláusula “pacíficamente e sem armas” deve ser tida como uma *regra* que transforma os direitos *prima facie* resultantes do princípio de liberdade de reunião em *não-direitos definitivos*,³² o que é coerente com a definição de restrição de direitos fundamentais de Alexy, segundo a qual “[...] las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*”³³ Assim, a cláusula expressa uma regra que limita a realização do direito fundamental, com a especificidade de ter sido o próprio legislador constitucional o instituidor da restrição definitiva. Contudo, o fato de o preceito constitucional ter o caráter de regra não elimina a importância principiológica do direito fundamental *liberdade de reunião*. Essa concepção permite em casos duvidosos – por exemplo, em uma situação fática em que há dúvida sobre se a reunião é pacífica ou não, ou sobre o que se deve entender por “não frustrar outra reunião” (CRFB/88, art. 5, XVI) – “[...] sopesar el principio iusfundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional”³⁴

Portanto, para Alexy não se tratam de limites internos, mas de *cláusulas restritivas constitucionais expressas* com *status* de norma-regra convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo.

³⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 278.

³¹ Sobre a teoria dos princípios de Alexy, *ver* capítulo V (*infra*).

³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 278.

³³ *Ibid.*, p. 272.

A cláusula restritiva expressa pode aparecer como parte do enunciado normativo que confere um direito fundamental ou em um parágrafo separado³⁵ do enunciado normativo que confere o direito fundamental. Contudo, isso em nada muda sua natureza de restrição sob a forma de regra. A única diferença é que no segundo caso torna-se mais fácil identificar a cláusula restritiva do que no primeiro caso.

Alexy também faz referência a *cláusulas restrictivas directamente constitucionais tácitas*, apontando como modelar a fórmula do Tribunal Constitucional Federal alemão (doravante, TCF), segundo a qual “teniendo en cuenta la unidad de la Constitución y la totalidad del orden de valores protegido por ella, [...] los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional pueden excepcionalmente limitar, en respectos particulares, también derechos fundamentales irrestringibles”³⁶

1.2 Limites externos ou restrições indiretamente constitucionais

Além dos limites internos ou restrições diretamente constitucionais – como prefere Alexy –, há os limites externos. Na definição de Gavara de Cara,

los límites externos o intervenciones en un sentido estricto son normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatario y objeto) y que suponen la inaplicación a dichas modificaciones del sentido prescriptivo o cualificatorio de un derecho fundamental como consecuencia de la utilización por parte del Poder Legislativo de una norma de competencia.³⁷

³⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 279.

³⁵ Cite-se, como exemplo, o art. 9 da LF que depois de, no parágrafo 1, enunciar que “todos los alemanes tienen el derecho de constituir asociaciones y sociedades”, prescreve, no parágrafo 2, que “quedan prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos”

³⁶ Tribunal Constitucional Federal alemão [BVerfGE 28, 243 (261)] *apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 281. É de se indagar se tais cláusulas restrictivas tácitas não são os denominados limites imanentes. Não estão explícitas, mas decorrem da Constituição mediante uma interpretação sistemática e unitária, com a adição da ponderação de bens, como se verá na sequência da exposição (*ver* capítulo II, *infra*).

³⁷ *Op. cit.*, p. 159-60.

São limites ou restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional. São, na teoria de Alexy, as restrições indiretamente constitucionais, cuja imposição está autorizada pela Constituição. A competência para essa imposição se manifesta por meio de cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei.³⁸

Uma reserva de lei, em matéria de direitos fundamentais, é uma norma de competência.³⁹ Do ponto de vista formal, está apta a qualificar como válidas juridicamente as normas restritivas produzidas pelo legislador ordinário, desde que atendidas as diversas dimensões competenciais: pessoal (proceder de um determinado órgão – Poder Legislativo), procedimental e material.

Uma reserva de lei como norma de competência desempenha uma função positiva: dá poder para criar outras normas. Mas uma reserva de lei é também uma regra ou norma de rechaço, de exclusão. Na definição de Gavara de Cara, “por regla de rechazo se entiende todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que califica ciertos enunciados como no jurídicos o como no pertenecientes a un determinado cuerpo jurídico”⁴⁰ Assim, tendo como parâmetro a reserva de lei, não serão jurídicas as normas que não atenderem às competência pessoal, procedimental e material.

³⁸ Na definição de Alexy, “cláusulas de reserva explícitas son aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de disposiciones iusfundamentales que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 282).

³⁹ De competência são as normas que autorizam o Estado a produzir ou instituir (outras) normas. Segundo Ross, “las reglas de competencia definen cuáles son las condiciones necesarias para crear una nueva norma legal” As normas de competência constituem um conjunto unitário dividido em três partes: “(1) reglas que determinan la competencia *personal*, indicando qué personas están calificadas para participar en el procedimiento creador de nuevas leyes; (2) reglas que determinan la competencia *de procedimiento*, pues definen el procedimiento a seguir, y (3) reglas que determinan la competencia *de materia*, indicando aquellos asuntos de los que puede ocuparse el directivo en cuestión” (ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. de Jose S.-P. Hierro. Madrid Tecnos, 1971, p. 93).

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 141.

Em síntese, a reserva de lei jusfundamental é uma norma de competência, constitucional, que autoriza o legislador a instituir restrições de direitos fundamentais.

Contudo, como anotou Alexy,⁴¹ enquanto tais, as reservas de lei não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restrição, fundamentam a restringibilidade dos direitos fundamentais. São normas dirigidas ao legislador. Daí então dizer-se que as restrições propriamente ditas, introduzidas no ordenamento jurídico mediante lei, são normas de mandato ou proibição dirigidas ao cidadão. À competência de restringir direitos fundamentais (normas de competência) corresponde a sujeição do titular de direito fundamental (normas de mandato ou proibição).

Posto que as restrições indiretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo legislador, com prévia autorização constitucional, mediante reserva legal, e que, nesse sentido, enquanto normas de mandato ou proibição aos titulares de direito fundamental, são restrições externas, porque operam desde fora dos direitos fundamentais, e não desde dentro, cabe descrever, sucintamente, os tipos de reserva de lei.

1.3 Reservas de lei em matéria de direitos fundamentais

Uma análise da problemática da reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, na melhor doutrina constitucional, autoriza a falar em um sistema geral de reservas.⁴² E aqui é obrigatória a referência à LF. Essa paradigmática Constituição⁴³ permite estabelecer a seguinte

⁴¹ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 272-3.

⁴² Sobre a origem e a evolução históricas da reserva de lei, bem como as diferenças entre os modelos francês e alemão, ver: GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 137-40. Sobre os problemas atuais da reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais e na sistemática constitucional geral, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 638-45.

⁴³ Sobre a Constituição alemã como modelo e sua influência, por ocasião de seus 50 anos de vigência, escreveu Vital Moreira: “Mais importante, a Constituição alemã tem exercido uma influência incomparável fora de fronteiras. Não existe constituição europeia elaborada nas últimas décadas que não tenha colhido solu-

tipologia da reserva de lei: reserva de lei ordinária, reserva de lei qualificada e reserva de lei geral.

1.3.1 Reserva de lei ordinária

A reserva de lei ordinária é aquela que autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, por ela indicado,⁴⁴ sem fixar pressuposto e/ou objetivo a ser observado (pelo legislador).⁴⁵ A reserva de lei ordinária – também denominada de simples reserva legal ou simples restrição legal⁴⁶ – implica uma competência mais ampla de restrição.⁴⁷

ções na constituição alemã. Isso é evidente desde logo na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Mas tornou-se uma verdadeira vaga com as novas constituições dos países do Leste europeu, nascidas da transição democrática de há dez anos e da fragmentação da União Soviética. A *Grundgesetz* tornou-se um dos mais apreciados artigos alemães de exportação. E isso não se deve somente à influência da doutrina jurídica alemã em muitos países europeus, desde a Península Ibérica à Rússia, mas sim às virtudes intrínsecas da Lei Fundamental.

Na história constitucional europeia nenhuma constituição terá exercido tão profunda e duradoura influência. E a nível mundial seguramente só a Constituição americana supera a sua expressão referencial e a sua influência externa. Com uma diferença. É que a Constituição americana tem tido numerosas tentativas de imitação, sobretudo na América Latina, mas poucas são as que vingaram duradouramente. Ao invés, a Constituição alemã, juntamente com a Constituição francesa de 1958, noutra registo [sic] ainda assim menos influente, tem sido o principal modelo daquilo a que podemos chamar uma matriz constitucional europeia, baseada nos princípios da liberdade política, da democracia parlamentar, do Estado de direito e do Estado social.

Não admira por isso que quando se fala numa futura constituição da União Europeia o padrão da Lei Fundamental alemã seja um obrigatório ponto de referência” (MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 2, não paginado, jun. 99 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br>, capturado em 29/6/99).

⁴⁴ O art. 19, parágrafo 1, da LF, enuncia: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente” [sem grifo no original].

⁴⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 143.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade estudos de direito constitucional*. São Paulo C. Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 34.

⁴⁷ Isso não significa, evidentemente, que a reserva simples de lei é uma autorização normativa em branco ao legislador. Como afirma Clève – analisando a lei em geral, mas que, por inclusão, vale também para a hipótese de que aqui se trata –, “o legislador não está absolutamente livre para inserir na lei qualquer conteúdo”, porque, “em última análise, o conteúdo da lei já se encontra pré-definido na Constituição” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo Revista dos Tribunais. 1993, p. 68). O legislador está vinculado à Constituição e, de forma mais intensa, aos direitos fundamentais, formal e materialmente. Formalmente, em razão do princípio da supremacia das normas constitucionais e da própria norma de competência que o autorizou a impor restrições.

A título de exemplificação, na LF, a reserva de lei ordinária está presente no art. 8, parágrafo 2; na CRFB/88, no art. 5º, XV

1.3.2 Reserva de lei qualificada

A característica distintiva da reserva de lei qualificada – também denominada de reserva legal ou restrição legal qualificada⁴⁸ – é que a autorização de restrição exige o atendimento de determinados pressupostos⁴⁹ ou a persecução de determinados objetivos.⁵⁰ Em outras palavras, “[...] se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y numerados”⁵¹

Na reserva de lei qualificada, portanto, tem-se a autorização para a restrição do direito fundamental *mais* os pressupostos e/ou objetivos a serem observados pelo legislador.

Materialmente, porque deverá observar o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial do direito fundamental restringido. Em síntese, a intervenção legislativa deverá ser passível de justificação constitucional.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* estudos de direito constitucional, p. 34.

⁴⁹ Na LF, o exemplo é o art. 13, parágrafo 3: “Por lo demás, sólo podrán tomarse medidas que afecten a esta inviolabilidad [inviolabilidade do domicílio] o la restrinjan, en defensa ante un peligro común o de la vida humana; en virtud de una ley, tales medidas podrán también ser tomadas con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de vivienda, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro” Como se lê, os pressupostos para limitar a inviolabilidade do domicílio são a ordem e a segurança públicas. Na CRFB/88, cite-se como exemplo, o art. 5, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as *qualificações profissionais* que a lei estabelecer” [sem grifo no original]. O pressuposto a ser atendido são as qualificações profissionais.

⁵⁰ Na LF, o exemplo é o art. 11, parágrafo 2: “Este derecho [liberdade de circulação e residência em todo o território federal] no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y solamente respecto a los casos en los que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la colectividad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o bien para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o accidentes particularmente graves, para proteger a los menores del desamparo o para prevenir actos delictivos” Na CRFB/88, cite-se, como exemplo, o art. 5º, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer *para fins* de investigação criminal ou instrução processual penal” [sem grifo no original].

⁵¹ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 146.

Nessa hipótese, quanto à justificação constitucional, vale o que foi dito sobre a reserva de lei ordinária ou simples reserva de lei.

1.3.3 Reserva de lei geral

Dos tipos de reserva de lei, essa é mais difícil de ser definida. Aparentemente ela pode ser equiparada à reserva de lei ordinária.

O art. 5, parágrafo 2, é o único caso de reserva de lei geral, na LF. Enuncia o dispositivo que “estos derechos [direitos de liberdade de expressão e de informação] tienen sus límites en las *disposiciones de las leyes generales*, las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud, y el derecho del honor personal” [sem grifo no original]. Segundo Meinert-Brockmann, transliterado por Gavara de Cara, com a expressão “disposições das leis gerais” seria desnecessária fazer a referência a critérios (proteção da juventude e da honra pessoal).⁵²

Segundo Karl August Bettermann, a lei geral não tem a função de restrição ou limitação direta do direito fundamental em questão, mas apenas tem um carácter acessório, indireto.⁵³ Como exemplo, poderia ser citada uma lei que proibisse o barulho, ruídos ou conversações em alta voz, em vias públicas ou em zonas residenciais, em determinados horários. Tal lei não estaria restringindo a liberdade de expressão diretamente, apenas indiretamente, porque não se trataria de um desenvolvimento normativo restritivo do direito fundamental em questão.

Conforme Gavara de Cara,

el presupuesto para que sean consideradas constitucionales estas leyes generales limitadoras de la libertad de expresión es una neutralidad valorativa desde el punto de vista formal en relación al derecho limitado. La finalidad de la ley general debe ser proteger un interés de carácter general. Hasta dónde puede llegar esta limitación del derecho a libertad de expresión, desde un punto de vista material, debe ser examinado con posterioridad a su realización en base al caso particular. La diferencia de esta reserva de ley general en relación a la reserva de ley ordinaria es

⁵² *Ibid.*, p. 144.

⁵³ Referido por GAVARA DE CARA. Juan Carlos. *Ibid.*, p. 144.

que la ley general debe observar una neutralidad valorativa en relación al derecho fundamental limitado y no estar destinada al desarrollo directo del derecho a la libertad de expresión.⁵⁴

Embora não se refira explicitamente a esta modalidade de reserva de lei, ao que parece, Alexy rejeita a reserva de lei geral, quando afirma que “los autores de la Ley Fundamental renunciaron expresamente a cláusulas restrictivas generales y dotaron a las diferentes garantías de derechos fundamentales con regulaciones restrictivas muy variadas”⁵⁵ Isso também é reforçado pelo fato de Alexy apenas fazer referência explícita a três tipos de normação jusfundamental – ressalva que pode haver outros, contudo não diz quais –, a saber: direitos fundamentais outorgados sem reserva alguma, com reserva simples e com reserva qualificada.⁵⁶

A CRP/76, no ar. 18.2,⁵⁷ veda expressamente a reserva geral de lei no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição Espanhola de 1978 (doravante, CE/78) a prevê no art. 53.1.⁵⁸ Na CRFB/88, não há referência à reserva geral de lei em matéria de direitos fundamentais.

1.4 Ainda sobre a restrição legislativa de direitos fundamentais

Ainda sobre a restrição legislativa de direitos fundamentais são necessárias mais algumas considerações.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 145.

⁵⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 117.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 118-29.

⁵⁷ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” [sem grifo no original].

⁵⁸ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. *podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)” [sem grifo no original].

(a) Em hipótese alguma, o legislador poderá restringir direitos fundamentais sem que haja autorização constitucional ou em qualquer hipótese em que a restrição for contrária à Constituição ou nela não encontrar justificação. Toda restrição apenas será válida se de alguma maneira justificada constitucionalmente. Por isso, a afirmação de Alexy segundo a qual “las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*”⁵⁹

Se, de um lado, o legislador constituinte confiou essa tarefa de restrição ao legislador ordinário, de outro, o vinculou à Constituição e, de modo mais intenso, aos direitos fundamentais. Assim, a liberdade de desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais não é absoluta, mas se dará dentro dos limites constitucionais formais e materiais escritos e não-escritos, esses deduzíveis do complexo normativo constitucional.

Como anotou Medina Guerrero,⁶⁰ a vinculação do legislador aos direitos fundamentais é uma consequência da supremacia da Constituição, cuja consolidação se dá a partir do controle de constitucionalidade das leis.

A vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e, depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais.⁶¹

A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada cons-

⁵⁹ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 272.

⁶⁰ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid : McGraw-Hill. 1996, p. 1-4.

⁶¹ *Id.*, *ibid.*, p. 4.

titucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia ótima desses direitos.⁶²

Essa dupla vinculação, negativa e positiva, indica que o legislador não é considerado apenas um virtual inimigo dos direitos fundamentais, mas também compete a ele desempenhar uma tarefa positiva.⁶³

(b) As restrições indiretamente constitucionais são limites impostos ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais mediante lei pelo legislador. São limites externos, desde fora desses direitos afetados. Portanto, nessa hipótese, o legislador atua com eficácia constitutiva. Diferentemente ocorre quando se trata de normas legais configuradoras ou conformadoras, como logo a seguir se verá.

(c) Enfatize-se que as restrições de direitos fundamentais são objeto de controles formal (competência, procedimento, forma) e material (princípio da proporcionalidade e proteção do núcleo essencial).

(d) A restrição é uma necessidade que se impõem em razão da unidade da Constituição e da harmonização dos direitos e bens por ela protegidos. Daí falar-se em *princípio da excepcionalidade da restrição*.⁶⁴ Admitir-se a restrição como regra implicaria a relativização absoluta dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a destruição da própria Constituição. A restrição de direito fundamental tem sua origem na Constituição (porque ela tem de autorizar) e a ela as normas de mandato e proibição, que limitam o âmbito de proteção e sujeitam o titular do direito fundamental, devem se reconduzir, nela encontrando sua justificação formal e material.

⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 4-8.

⁶³ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 248. número de margem 304.

⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 232.

2 Normas legais configuradoras de direitos fundamentais

Há pouco se fez menção à vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais, em razão da dimensão objetiva desses direitos. As constituições democráticas contemporâneas impõem ao legislador infraconstitucional *tarefas de legislação*.⁶⁵ Tais tarefas consistem no desenvolvimento de estruturas normativas que possibilitem a máxima efetividade possível das normas constitucionais e a harmonização dos direitos e bens que por elas são protegidos. Trata-se do desenvolvimento normativo da Constituição. Uma tarefa que o legislador constituinte decidiu partilhar com o legislador ordinário.

Em matéria de direitos fundamentais, essa atuação do legislador ordinário é imprescindível. Como frisou Hesse, “para poder tornar-se [sic] eficazes, a maioria dos direitos fundamentais carecem da organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir”⁶⁶ Além disso, as normas de direitos fundamentais, de um modo geral, se explicitam por meio de enunciados normativos imprecisos, vagos, de baixa densidade semântica.⁶⁷

Assim, a atuação legislativa em direitos fundamentais não se reduz a restringi-los. Compete ao legislador – além de uma competência, é um dever – criar estruturas normativas configuradoras e reguladoras dos direitos fundamentais, dando-lhe, na vida social, eficácia ótima. Ou seja, cabe ao legislador a concretização das normas de direitos fundamentais,⁶⁸ contribuir para a sua máxima efetividade. A concretização, nesse caso, é uma mediação legislativa

⁶⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 247, número de margem 303.

⁶⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 247, número de margem 303.

⁶⁷ *Ver* capítulo IV (*infra*).

⁶⁸ “A lei pode intervir na matéria dos direitos fundamentais apenas para *concretizar* os preceitos constitucionais. Não lhes acrescenta ou tira nada, limitando-se a ‘explicar’ os conceitos, interpretando-o e repetindo mais claramente o seu conteúdo” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 226).

necessária para a melhor efetivação dos direitos fundamentais.⁶⁹ São “[...] normas que se limitam a introduzir e acomodar os direitos na vida jurídica” Isso porque “o exercício dos direitos fundamentais no espaço, no tempo e no modo, só será muitas vezes (inteiramente) eficaz se houver medidas concretas que, desenvolvendo a norma constitucional, disciplinem o uso e previnam o conflito ou proibam o abuso e a violação dos direitos”⁷⁰ Como destaca Andrade, a necessidade prática de regulação é notória principalmente quando se refere à efetivação de direitos em que predomina o aspecto institucional.⁷¹

A conformação ou configuração e a regulação não decorrem de uma necessidade jurídica. Isso porque os direitos fundamentais, passíveis de conformação ou regulação, gozam de eficácia imediata.⁷² Trata-se apenas de uma necessidade prática para uma máxima efetividade social dos direitos.

Nesse sentido, pode-se falar de uma reserva de configuração e regulação dos direitos fundamentais.⁷³ Contudo, como alerta Canotilho, há que se ter atenção com expressões semânticas encontráveis nas diversas constituições, tais como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “definida em lei”, “a lei estabelecerá”, “em virtude de lei”, “por lei”, etc. Tais expressões tanto podem indicar autorização de restrição por meio de lei, como a necessidade de confor-

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1132.

⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 227.

⁷¹ *Ibid.*, p. 227. Pense-se aqui, a título de exemplo, no direito de herança. O fato de o Código Civil brasileiro discipliná-lo ou regulá-lo não significa que se está restringindo-o ou que o direito de herança não tem imediata aplicabilidade.

⁷² LF, art. 1, parágrafo 3: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable” CRP/76, art. 18.1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” CE/78, art. 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos” CRFB/88, art. 1, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” Sobre a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais, na CRFB/88, ver a exaustiva e rigorosa análise de: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 230-339.

⁷³ Na CRFB/88, essa reserva é explícita, a título de exemplo, no art. 5º, VII e XVIII.

mação ou regulação dos direitos fundamentais, de forma que “caso a caso, deve apurar-se se a remissão para a lei é apenas uma ‘remissão conformadora’ ou se se trata de uma autorização de conformação-restrição [...]”⁷⁴

Todavia, a simples remissão para a lei ainda não é um critério preciso para fazer a distinção. Há que se encontrar um critério que vá para além da simples interpretação das expressões acima referidas. A questão é então saber se existe um critério claro, preciso e seguro para distinguir entre normas restritivas e normas configuradoras de direitos fundamentais.

Mais uma vez a clareza e a precisão conceituais de Alexy são indispensáveis. Segundo ele, “los problemas de las teorías de la configuración resultan esencialmente de las confusiones que surgen del hecho de que el concepto de configuración es utilizado de múltiple manera”⁷⁵ Por isso, antes de mais nada, é necessário distinguir entre os dois tipos de uso desse conceito presentes nas teorias da configuração. A primeira acepção identificável é aquela em que o conceito de configuração se refere a toda normação ordinária no âmbito dos direitos fundamentais. Trata-se da configuração em sentido amplo. Nesse sentido, tanto as normas restritivas como as não-restritivas são configuradoras.⁷⁶ A segunda acepção do conceito de configuração apresenta-se como o conceito oposto ao de restrição. Trata-se da configuração em sentido estrito e propriamente dito. “En tanto concepto opuesto al de restricción, el concepto de configuración no puede referirse a normas de mandatos y prohibiciones, sino sólo a normas de competencia pues, por definición, las normas de mandatos y prohibiciones tienen un carácter restrictivo”⁷⁷

⁷⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1133.

⁷⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 324. Sobre as teorias da configuração dos direitos fundamentais de Peter Lerche e Peter Häberle, ver: GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 179-83. Ainda sobre a teoria de Häberle, ver também: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 322-4.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Ibid.*, p. 324.

⁷⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 324-5.

Como exemplos modelares de normas de competência configuradoras, Alexy cita as normas das instituições de direito civil, pois a eficácia e a utilidade de garantias jusfundamentais como matrimônio, herança e propriedade requerem normas de direito ordinário.⁷⁸

Para Alexy, o conceito de configuração em sentido restrito é mais adequado e gera menos confusões, porque ele não inclui o conceito de restrição. E propõe o seguinte critério para distinguir entre restrição e configuração: “El criterio de la no obstaculización de la realización de un principio iusfundamental puede ser utilizado en todos los casos para la delimitación de la configuración y de la restricción”⁷⁹ Em outras palavras, “[...] cada vez que la eliminación de una competencia obstaculiza la realización de un principio iusfundamental, no estamos frente a una mera configuración, sino frente a una restricción que, en tanto tal, tiene que ser justificada”⁸⁰

Alexy conclui afirmando que “el criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción”⁸¹

Ainda é de se indagar se a reserva de configuração e regulação tem de ser expressamente autorizada pela Constituição. A resposta é negativa. Como não se trata de restrição, não há necessidade de permissão constitucional. Ao conformar e regular, o legislador exerce um

⁷⁸ *Ibid.*, p. 325.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 328.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁸¹ *Ibid.*, p. 328.

poder que resulta da própria estrutura distributiva de poderes da Constituição. Exerce um poder que lhe é próprio.⁸²

Isso não significa que o legislador ordinário tem competência para fazer interpretação autêntica dos preceitos constitucionais.⁸³ E também não significa que os direitos fundamentais estão à livre disposição do legislador. Frise-se, mais uma vez, que o legislador está vinculado à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais gozam de eficácia imediata. Assim, não há que se inibir ou impedir o desenvolvimento legislativo conformador e regulador dos direitos fundamentais. Até porque “la validez de las leyes se medirá en función de los derechos fundamentales y no los derechos fundamentales en función de las leyes”⁸⁴ E, por fim, porque as leis estão sujeitas a um controle de constitucionalidade.

⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 226.

⁸³ “Uma interpretação autêntica da constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável”, afirma de forma contundente Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1103). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo Saraiva. 1998, p. 112-3.

⁸⁴ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 147

CAPÍTULO II

LIMITES IMANENTES

A falta de unidade terminológica e conceitual, o desencontro de teorias explicativas e as implicações decorrentes tanto do reconhecimento como autênticos limites como da qualificação de pseudolimites fazem dos limites imanentes um dos problemas mais complexos e polêmicos no campo da dogmática dos direitos fundamentais.

Entre outras razões, é necessário, nesta investigação, tratar dos limites imanentes porque é comum a confusão de limites imanentes com colisão de direitos fundamentais. Embora se reconheça que não é tarefa simples distingui-los, o fato é que são fenômenos distintos no contexto dos limites dos direitos fundamentais.

Duas são as grandes questões na abordagem dos limites imanentes: (1) os limites imanentes são autênticos limites ou pseudolimites? (2) se são autênticos limites, então qual ou quais são seus fundamentos? A primeira diz respeito a sua existência e natureza; a segunda, a sua justificação no âmbito da dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

Na seqüência da exposição, ver-se-á como essas questões foram tratadas nas doutrinas e jurisprudências constitucionais alemã, espanhola e portuguesa.

1 Limites imanentes: autênticos ou pseudolimites?

A teoria dos limites imanentes ingressou na dogmática jurídica dos direitos fundamentais pelas portas do Tribunal Federal administrativo alemão (BVerwGE) com a sentença de 15 de dezembro de 1953, na qual se decidiu que um direito fundamental não deve ser protegido quando põe em perigo um bem jurídico necessário para a estabilidade da comunidade.⁸⁵ À proteção do bem jurídico *comunidade*,⁸⁶ adicionou-se, em decisão posterior, a proteção dos direitos fundamentais de terceiras pessoas.⁸⁷ Na seqüência do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Federal administrativo, na idéia de comunidade, foram subsumidos bens como saúde pública, segurança do tráfego, administração da justiça, proteção do matrimônio e da família, etc. Também invocaram-se como limites imanentes a eficácia imediata dos limites do art. 2, parágrafo 1, da LF,⁸⁸ bem como a teoria do abuso de direito.⁸⁹

Antes de mais nada, é preciso compreender as razões que levaram ao surgimento da teoria dos limites imanentes. Como já analisado,⁹⁰ há restrições de direitos fundamentais que são internas – ou, como prefere Alexy, diretamente constitucionais –, estabelecidas pelo próprio constituinte e há outras restrições que são externas – ou, na formulação de Alexy, indiretamente constitucionais –, fixadas pelo legislador, autorizadas por reserva de lei, com eficácia constitutiva, observados, evidentemente, os critérios formais e materiais e sujeitas ao controle

⁸⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 281.

⁸⁶ Fórmula utilizada a partir de BVerwGE 1, 48 (52), conforme GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 281, nota de rodapé 247.

⁸⁷ BVerwGE 1, 92 (94), conforme GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 281.

⁸⁸ BVerwGE 7, 359 (361), decisão referida por GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 281. O art. 2, parágrafo 1, da LF, prescreve: “Todos tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o la ley moral”

⁸⁹ BVerwGE 33, 265 (268), decisão referida por GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 281.

⁹⁰ *Ver capítulo I (supra).*

da jurisdição constitucional. Contudo, como aponta Medina Guerrero,⁹¹ o fato de o constituinte, em alguns direitos fundamentais, ter descrito com alguns detalhes o conteúdo protegido e, em outros, ter estabelecido reserva de lei, com a finalidade de proteger direitos de terceiros e bens de toda a coletividade, não eliminou ou esgotou a possibilidade de conflitos de direitos e bens na vida prática.

Além disso, a ausência de restrições diretamente ou indiretamente constitucionais não autoriza a conclusão de que direitos, principalmente os reconhecidos sem reserva de lei,⁹² sejam absolutos, ilimitados, incontestáveis. Seria um equívoco pensar os direitos fundamentais apenas em abstrato e não em concreto. A construção, no plano dogmático, de uma teoria dos limites imanentes é consequência da existência de situações concretas de conflito de direitos ou de direitos e bens constitucionais, cuja decisão requer uma harmonização dos direitos e bens em jogo. Como anotou Otto y Pardo,

la finalidad de la doctrina de los límites immanentes es obvia: dado que no siempre cabe contar con una habilitación constitucional expresa para limitar los derechos, porque algunos se reconocen sin reserva de limitación [...] la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los límites immanentes al reconocimiento mismo del derecho, de todos los derechos, de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador.⁹³

Pois bem, foi diante desse tipo de situação que se encontrou o Tribunal Federal administrativo alemão em 1953, historicamente, o ponto de partida para a teoria dos limites imanentes.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 47.

⁹² Segundo Medina Guerrero, “[...] esta distinción entre ‘límites immanentes’ y ‘límites en sentido estricto’, de origen alemán, deriva en buena medida de la necesidad de *marcar diferencias* entre los derechos reconocidos sin reserva de aquellos a los que sí se anuda expresamente una reserva de ley, en el marco de una Constitución que carece de una reserva de ley de alcance general en el ámbito de los derechos fundamentales” (*op. cit.*, p. 70).

⁹³ OTTO Y PARDO, Ignacio de. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53. 1 de la Constitución. In: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid Civitas, 1988, p. 110-1.

No âmago da questão de se os limites imanentes são autênticos limites ou pseudolimites está o conceito de conteúdo de direito fundamental. Aqui é possível identificar no mínimo duas posições teóricas.

(a) A primeira é aquela que encontra em Müller um dos seus principais representantes.⁹⁴ Müller sustenta uma concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais. Não há outros limites aos direitos fundamentais reconhecidos sem reserva de lei que não os que se originam do próprio conteúdo desses direitos. O conteúdo do direito deve ser fixado ou descoberto mediante a análise do programa normativo e do âmbito normativo.⁹⁵ Assim, os limites imanentes são parte do conteúdo do direito e não um elemento estranho, externo, que se agrega ao conteúdo do direito. A interpretação do direito fundamental, mediante a análise do programa e do âmbito normativos, delimitará o direito em relação aos outros direitos e outras normas constitucionais. Dessa forma, não há direito limitado por limites imanentes. O que há é direito fundamental “delimitado” mediante interpretação constitucional. Como diz Medina Guerrero, ao expor a teoria de Müller, “[...] todos aquellos casos en los que se plantea cómo

⁹⁴ Aqui seguir-se-á, de modo principal, a resenha de Medina Guerrero sobre a teoria de Müller (*op. cit.*, p. 54-61) e, de modo subsidiário, a exposição de Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 300-6).

⁹⁵ Sobre os conceitos de programa e âmbito normativos, cite-se Müller: “Este último [o texto constitucional] somente fornece o *texto da norma* [Normtext], uma forma *prévia* da norma jurídica. Formulando em termos metodológicos, podemos dizer que o texto da norma é o ponto de partida do processo de concretização, implementado pelo jurista, v. g. pelo juiz. O texto da norma é interpretado como [sic] todos os recursos hermenêuticos [Mitteln der Auslegung], com todos os *dados da linguagem*. Quer dizer: em termos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos, mas também com procedimentos modernos de interpretação da constituição, como, por exemplo, ‘interpretação conforme a constituição’, ‘correção funcional’, ‘proporcionalidade’, ‘concordância prática’, ‘conexão [Zusammenhang] entre direitos fundamentais e competências’ O resultado dessa interpretação é chamado aqui de *programa da norma*. Com ele se elabora [a] primeira parte integrante da norma jurídica. Mas ao mesmo tempo os dados materiais [sachliche Daten] (v. g. econômicos, políticos, sociais, técnicos) do caso, os *dados reais*, são, como sempre, coletados e formulados pelo juiz enquanto ‘área material’ [‘Sachbereich’] do direito fundamental. À medida que esses fatos são (a) *relevantes* para a questão de direito em epígrafe e (b) *compatíveis* com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a *área da norma*. Ela contém, por conseguinte, os fatos que podem embasar legitimamente a decisão. Assim a *norma jurídica* acabada, construída pelo juiz – ou por outro jurista, que tomar a decisão – consiste do programa da norma e da área da norma” (Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos, *op. cit.*, p. 104). A área da norma também é denominada âmbito normativo. Sobre programa da norma e âmbito da norma, do mesmo autor, ver também: *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre Síntese, 1999, p. 43 *et seq.*

un derecho queda 'limitado' por los límites inmanentes, no son en realidad sino *pseudocolisiones*. No hay, en consecuencia, ninguna cuestión que resolver a través de la ponderación de bienes o valores, sino que se trata únicamente de un problema dogmático de interpretación del contenido del derecho en cuestión”⁹⁶

Em síntese, para Müller, autênticos limites são os estabelecidos pelo legislador em razão de reserva de lei. Os direitos reconhecidos sem reserva não são passíveis de limitação legislativa infraconstitucional,⁹⁷ mas de delimitação mediante interpretação constitucional. O conceito de limites imanes é supérfluo do ponto de vista dogmático.

A teoria de Müller é qualificada de reducionista do conteúdo de direito fundamental, “[...] pues de él se excluyen *a priori* todas las situaciones que, con base en la interpretación del ámbito normativo, resulten incompatibles con dichos límites inmanentes”⁹⁸ Ao conceber os limites imanes como já integrantes do conteúdo do direito, que “[...] contribuyen a delimitar *prima facie* el ámbito por él protegido, se excluye con ello la posibilidad de que se produzca ingerencia alguna de los poderes públicos en los derechos cuando éstos operan bajo la cobertura de los límites inmanentes”

E lapidariamente, o que justifica a longa citação, Medina Guerrero conclui sua crítica a

Müller:

Todo se confía, en suma, a la operación dogmática de interpretar el contenido del derecho. Y es aquí, precisamente, donde residen los peligros de esta tesis. Pues parte de la convicción de que es dable encontrar en los derechos, con el pertinente esfuerzo hermenéutico, unos límites inmanentes dotados de una dimensión cierta e inamovible; cuando en puridad el reconocimiento de dichos límites y la apreciación de su alcance dependen de la perspectiva subjetiva del intérprete. Y, frente a esta decisión subjetiva, la tesis en cuestión no ofrece ningún instrumento de control: las controversias sobre derechos fundamentales se resuelven mediante el sencillo expediente de declarar si la situación cuestionada forma o no parte del contenido del derecho, sin ulterior argumentación. Y, con ello, se corre el riesgo de que en resolución de estas controversias se incur-

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 57-8.

⁹⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel. *Ibid.*, p. 58.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 59.

ra en un puro decisionismo, que se presenta, sin embargo, envuelto bajo la apariencia de subsunción jurídica.⁹⁹

Na doutrina constitucional espanhola, a concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais foi adotada e desenvolvida por Otto y Pardo.¹⁰⁰ Para ele, autêntico limite é aquele que resulta da intervenção legislativa com efeitos constitutivos. Os limites imanentes, a que se referem a doutrina e a jurisprudência alemãs, a rigor, são problemas de delimitação conceitual do conteúdo protegido. Para essa delimitação, deve-se considerar não apenas a norma definidora do direito fundamental em questão, como também os outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos. Ou seja, o conteúdo do direito fundamental não resulta apenas da norma que o confere, mas é também produto da articulação ou conexão da norma com as outras normas constitucionais de direito fundamental ou que protejam bens jurídicos. O problema resolve-se com a interpretação sistemática e unitária da Constituição. É desnecessária a ponderação de bens.¹⁰¹

Para Otto y Pardo, há uma dupla operação analítica para a fixação do contorno do direito fundamental. A primeira é “[...] la identificación del ámbito de la realidad aludida, fijar qué habrá de entenderse por asociación o por reunión pacífica y sin armas [refere-se ao art. 21.1, da CE/78], y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger, por ejemplo, excluyendo de la reunión el simple estar juntos o de la información la propaganda comercial” A segunda operação analítica “[...] es lo que podemos llamar el *tratamiento jurídico* contenido en el precepto

⁹⁹ *Ibid.*, p. 60. E mais a frente em sua exposição, Medina Guerrero complementa: “La principal consecuencia de operar con un concepto restringido de contenido del derecho es, como ya sabemos, hacer inaplicables todos los mecanismos de protección constitucionalmente habilitados para controlar los límites de los derechos, pues en puridad no hay tales límites” (*ibid.*, p. 81).

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 137-50. O constitucionalista espanhol reconhece expressamente que sua posição se fundamenta na obra de Müller (*Die Positivität der Grundrechte*, Berlim, 1969) (*ibid.*, p. 172).

¹⁰¹ *Id.*, *ibid.*, p. 143. Sobre a ponderação de bens, ver capítulos V, VI e VIII (*infra*).

que reconoce el derecho, la fijación del contenido y alcance de la protección constitucional que con él se quiere dispersar”¹⁰²

Como informa Medina Guerrero, a tese de Otto y Pardo sofreu críticas na doutrina espanhola. Entre outras objeções, a mais séria é de que a tese

[...] es operativa en aquellos casos poco dudosos – en los *casos potenciales*, para utilizar la terminología de Alexy –, pero puede resultar perturbadora cuando ha de hacer frente a los *casos actuales*, los cuales, precisamente por generar dudas acerca de su resolución, requieren una argumentación que, orientada en torno a la ponderación de los derechos o bienes en conflicto, excluya el puro decisionismo en la resolución de las controversias.¹⁰³

A tese de Otto y Pardo, em última análise, supõe a possibilidade de alcançar um conteúdo declarado do direito fundamental, evidente e indiscutível, o que, como mostra a melhor hermenêutica contemporânea, não é tão evidente assim.

(b) Uma segunda posição teórica¹⁰⁴ defende uma concepção ampliada do conteúdo dos direitos fundamentais. Separa o conteúdo dos limites imanentes. Assim, os limites imanentes são considerados autênticos limites.

Para a identificação do conteúdo e dos limites imanentes, propõe uma dupla operação. Primeiramente, seleciona-se, o mais amplamente possível, as faculdades e posições jurídicas diretamente relacionadas com o direito fundamental em jogo, sem levar em conta se afetam ou não o direito de terceiros ou bem jurídico da comunidade. Com essa operação se obtém o “conteúdo inicialmente protegido” do direito.¹⁰⁵ A segunda operação consiste em averiguar os limites imanentes, enquanto limites que vêm, desde fora, recortar o “conteúdo inicialmente

¹⁰² *Ibid.*, p. 142.

¹⁰³ MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁴ Aqui mais uma vez segue-se a resenha de Medina Guerrero (*ibid.*, p. 61-2).

¹⁰⁵ Medina Guerrero define o conceito de conteúdo do direito como “[...] aquel conjunto de facultades y posiciones jurídicas que, en cuanto directamente conectado con el interés individual ínsito en cada derecho, queda *prima facie* a salvaguarda de la intromisión estatal, a menos que la Constitución autorice de algún modo la injerencia” (*ibid.*, p. 46-7).

protegido”, decorrentes da necessidade de harmonização com os demais direitos ou bens constitucionais em jogo.

Contra essa posição teórica se objeta que da adoção de uma interpretação extensiva do conteúdo dos direitos fundamentais resulta uma proliferação de limites imanentes e de colisões de direitos.¹⁰⁶

Segundo Alexy, uma concepção ampla do suposto de fato dos direitos fundamentais não é problemática como pensam os que sustentam uma concepção estreita. Segundo o jurista alemão, “una teoría amplia del supuesto de hecho es una teoría que hace caer en él ámbito protegido todo aquello en favor de cuya protección habla el respectivo principio iusfundamental”¹⁰⁷ Alexy exemplifica com o conceito de imprensa. Autores alemães que sustentam uma interpretação estreita do suposto de fato definiram imprensa como “sólo la publicación en periódicos y revistas de noticias y opiniones político-culturales-cosmovisionales, como así también de la demás información objetiva” Já o TCF, sustentando uma interpretação ampla, definiu: “El concepto ‘prensa’ debe ser interpretado amplia y formalmente; no puede hacérselo depender de una valoración – cualquiera que sea su amplitud – de los diferentes productos impresos. La libertad de prensa no está limitada a la ‘prensa’ seria”¹⁰⁸ Conforme Alexy,

interesantes son las consecuencias que el Tribunal saca de aquí para el costado de las restricciones. La versión amplia no significa que haya que otorgar protección iusfundamental ‘en igual medida a todo órgano de prensa en todo contexto jurídico y para cada contenido de sus manifestaciones’ Más bien, ‘en la ponderación entre la libertad de prensa y otros bienes jurídicos iusfundamentalmente protegidos’ podrían ser consideradas las propiedades especiales del respectivo producto de prensa.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Walter Krebs (*Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, p. 96 e 97) apud MEDINA GUERRERO, Manuel. *Ibid.*, p. 63.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 311.

¹⁰⁸ BVerfGE 34, 269 (283) apud ALEXY, *ibid.*, p. 312.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 312-3.

2 O problema da fundamentação dos limites imanentes

Nas mais influentes doutrinas e jurisprudências constitucionais – alemã, espanhola e portuguesa, apenas para exemplificar –, é hegemônica a concepção de que limites imanentes existem. O problema é justificá-los, encontrar sua fundamentação.

2.1 A cláusula da comunidade

No plano da justificação dos limites imanentes, a “cláusula da comunidade” desenvolvida pelo Tribunal Superior Administrativo alemão, segundo a qual um direito fundamental não deve ser protegido quando põe em perigo bens jurídicos da comunidade, foi sistematicamente criticada e, por fim, rejeitada no próprio país de origem, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Na Alemanha, a “cláusula da comunidade” foi criticada pela sua vaguidade, indeterminação e circularidade, o que dificulta o controle na fixação dos limites. Porém, a mais grave objeção a ela dirigida é a ausência de um fundamento constitucional, o que implica pôr os direitos fundamentais à disposição dos poderes públicos responsáveis pela criação, interpretação e aplicação de normas.¹¹⁰

Na jurisprudência constitucional espanhola, a cláusula da comunidade também não encontrou abrigo. Paradigmática, segundo informa Otto y Pardo, é a Sentença 22/1984 do Tribunal Constitucional espanhol. Segundo o constitucionalista espanhol,

la sentencia rechaza de manera explícita y absolutamente inequívoca cualquier cosa parecida a la ‘cláusula de comunidad’ de la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana, según la cual pertenece a la esencia de los derechos fundamentales el que no se les pueda hacer valer ‘cuando con ello se hagan peligrar bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comuni-

¹¹⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 173, 178 e 281. Ver também: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 250, número de margem 309, nota de rodapé 6.

dad', tesis que reduce a la nada la garantía de los derechos frente a una fuente de limitaciones prácticamente inagotable, que carece de todo fundamento constitucional y que pone los derechos por completo a disposición del poder público.¹¹¹

A rejeição à cláusula da comunidade também se manifestou na doutrina constitucional portuguesa. Segundo Canotilho,¹¹² a adoção da cláusula acabaria neutralizando o giro copernicano nos direitos fundamentais, apontado por Krüger,¹¹³ ao colocá-los à disposição do legislador.

2.2 A cláusula da medida (*Soweit-Klausel*)

Nas diversas posições doutrinárias que se sucederam no direito constitucional alemão, sempre esteve presente o problema de se os limites imanentes são deduzíveis da Constituição. Nessa perspectiva, a interpretação do art. 2, parágrafo 1, da LF,¹¹⁴ ocupa o centro da discussão. Assim, a maioria das posições doutrinárias vincula os limites imanentes ao tríplice limite a que se refere o dispositivo em questão: direitos de terceiros, ordem constitucional e lei moral. Denominou-se essa fórmula de cláusula da medida (*Soweit-Klausel*).¹¹⁵

¹¹¹ OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Op. cit.*, p. 112. Segundo Otto y Pardo, na STC 22/1984, “[...] se rechaza de manera expresa que se pueda penetrar en un domicilio para ejecutar una orden de derribo confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa, y frente al argumento de que un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que – dice la sentencia – como general es de rango superior, se afirma que tal tesis podría conducir al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona, y de todas las libertades públicas a los fines sociales y se mantiene que ‘existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyen en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución’” (*ibid.*, p. 112).

¹¹² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1146. Ver também: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 218

¹¹³ “Não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais” (*apud* Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1146).

¹¹⁴ “Todos tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral”

¹¹⁵ GAVARA DE CARA. Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 174.

Em torno da interpretação do art. 2, parágrafo 1, da LF, desde o ponto de vista da concretização de limites imanentes, concorrem duas concepções.

A primeira, cujo principal defensor foi Friedrich Klein,¹¹⁶ propõe a eficácia imediata e geral do tríplice limite sobre todos os direitos fundamentais. Todos os direitos fundamentais nada mais seriam que a concretização do livre desenvolvimento da personalidade. Esse seria o direito fundamental geral e básico. Essa concepção foi criticada por subtrair do art. 2, parágrafo 1, o carácter específico de direito fundamental e por opor-se ao art. 1, parágrafo 3, segundo o qual “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”, indicando, portanto, individualmente cada direito fundamental. A interpretação não seria sustentável porque contraditória com o texto constitucional.¹¹⁷

A segunda concepção, cujo principal expoente é G. Düring, propõe uma aplicação indireta do tríplice limite do art. 2, parágrafo 1, aos demais direitos fundamentais. Assim, ter-se-iam três tipos de limites ou restrições imanentes: o limite imanente lógico-jurídico dos direitos de terceiros, o limite socialmente imanente adscrito à ordem constitucional e o limite eticamente imanente adscrito à lei moral.¹¹⁸

¹¹⁶ Aqui acompanha-se sinopse de GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 174-5.

¹¹⁷ O Tribunal Constitucional alemão rejeitou essa interpretação do art. 2, parágrafo 1, da LF. Conforme Gavara de Cara, “el Tribunal Constitucional considera que el art. 2 pár. 1 LF establece un derecho autónomo y especial no garantizando un derecho fundamental general y superior al resto de los derechos fundamentales. Consecuentemente niega el carácter de derecho de libertad general, así como la posibilidad de una aplicación directa o indirecta de los límites del art. 2 pár. 1 LF al resto de los derechos fundamentales. Estos límites serían exclusivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, tendrían el carácter de límites internos establecidos directamente por el art. 2 pár. 1 LF para fijar las posiciones de no derecho aplicables al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estos límites internos no son equivalentes a autorizaciones para la adopción de límites externos o intervenciones para el resto de los derechos fundamentales” (*ibid.* p. 177-8).

¹¹⁸ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 175, e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 120. Alexy denomina de “[...] teoría de las restricciones de no perturbación inmanentes de Düring” Düring refere-se às “tres restricciones de no perturbación primitivas” (*apud id.*, *ibid.*, p. 120). Conforme Alexy, nessa teoria, o art. 2, parágrafo 1, da LF, é “[...] interpretado no sólo como derecho de defensa sino también como regla de interpretación para todos los derechos” (*ibid.*, p. 120).

O problema principal que se verifica nessa interpretação, segundo Gavara de Cara, diz respeito ao limite socialmente imanente,

[...] ya que supera el concepto de ‘orden constitucional’ recogido en el art. 2 p[ar] 1 LF, incluyendo otros posibles límites como pueden ser orden y seguridad p[ub]licos, que serian aplicables con car[acter] general a todos los derechos fundamentales. Con ello se pierde el car[acter] de cl[aus]ula ‘en la medida’ (*Soweit-Klausel*) para ir progresivamente convirtiendo el orden constitucional en una cl[aus]ula de protecci[on] del inter[es] general.¹¹⁹

2.3 A teoria de Peter Häberle

Outra teoria sobre limites imanentes é a de Peter Häberle, segundo a qual tais limites estão incluídos na essência dos direitos fundamentais. Toma como ponto de partida o art. 5, par[agra]fo 2, da LF,¹²⁰ segundo o qual os direitos de express[ao] e informaç[ao] têm seus limites nas disposiç[oe]s das leis gerais. Para Häberle, a reserva de lei geral seria imanente a todos os demais direitos fundamentais. Como leis gerais têm hierarquia constitucional igual ou maior que o direito fundamental afetado, conclui que os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz de toda Constituiç[ao] e dos demais direitos e bens constitucionalmente protegidos. Os limites imanentes decorrem do próprio conceito de direito fundamental, de seu conteúdo essencial. Tais limites seriam identificados mediante uma ponderaç[ao] de bens.¹²¹

A objeç[ao] que se apresenta a Häberle é a de que conteúdo e limite de direito fundamental são coisas diferentes. O limite não é parte do conteúdo essencial.¹²² O conteúdo essen-

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 176.

¹²⁰ “Estos derechos [direitos de express[ao] e de informaç[ao]] tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para protecci[on] de la juventud, y el derecho del honor personal.”

¹²¹ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 275-6. Sobre a ponderaç[ao] de bens e os limites imanentes, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 118-24.

¹²² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 277.

cial é precisamente um limite material a toda a restrição, um limite dos limites.¹²³ Além disso, parece que o problema dos limites imanentes se põe exatamente em razão de que alguns direitos fundamentais estão protegidos sem reserva de lei. Daí ser difícil justificar como ponto de partida a idéia de limites imanentes a partir do princípio de reserva geral de lei que se estende a todos os direitos fundamentais, como pretende Häberle.¹²⁴

2.4 A justificação nas jurisprudências constitucionais alemã e espanhola

Na sentença *Mephisto*,¹²⁵ o Tribunal Constitucional alemão decidiu que o direito fundamental à liberdade artística (art. 5, parágrafo 3, da LF) não poderia ser relativizado por uma cláusula indeterminada sem fundamento constitucional. Assim, rejeita a cláusula da comunidade do Tribunal Federal administrativo. Contudo, nessa mesma sentença, afirma-se que não existe uma liberdade ilimitada protegida pela LF.

Outras decisões se sucederam,¹²⁶ o que resultou na denominada fórmula imanente, “[...] en virtud de la cual sólo mediante la justificación en base a derechos fundamentales de terceras personas que entren en colisión y a otros valores jurídicos con rango constitucional pueden ser

¹²³ Sobre o conteúdo essencial como limite dos limites, ver: OTTO Y PARDO, *Op. cit.*, p. 125-35.

¹²⁴ Como lembra Canotilho, precisamente porque para os limites imanentes não há norma constitucional ou legal de restrição é que a doutrina tem de justificá-los de outra forma (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1145).

¹²⁵ Trata-se da decisão do TCF alemão (BVerfGE, 30, 173) sobre o romance *Mephisto* de Klaus Mann. *In concreto*, havia um conflito entre a liberdade artística (LF, art. 5º, parágrafo 3) e o direito à honra (direito de personalidade).

¹²⁶ Conforme Gavara de Cara, “los principales casos que dieron lugar a esta fórmula se basaban en el derecho a la objeción de conciencia (BVerfGE 28, 243 (259 y ss.), en el derecho a la libertad artística (BVerfGE 30, 173 (191 y ss.) y en el derecho a la libertad de conciencia (BVerfGE 32, 98 (108 y ss.). En el primer caso se planteaba si los soldados que no han sido reconocidos jurídicamente como objetores de conciencia pueden posteriormente ser sancionados disciplinariamente si deciden objetar. El Tribunal Constitucional alemán decidió rechazar el recurso de amparo de los afectados [...]” (*op. cit.*, p. 282, nota de rodapé 252).

limitados y configurados los derechos fundamentales. Para ello se recurre al principio de unidad de la Constitución y al orden conjunto de valores protegidos por ella”¹²⁷

A fórmula imanente do Tribunal Federal alemão também foi criticada.¹²⁸ Entre outras razões, porque o Tribunal apenas a aplicava aos direitos fundamentais sem reserva de lei, prevendo a prevalência de um dos direitos constitucionais em questão mediante uma ponderação,¹²⁹ sem, contudo, estabelecer as regras de argumentação a serem utilizadas.

Na jurisprudência espanhola, paradigmática é a Sentença 11/1981 do Tribunal Constitucional, na qual formula-se a tese de que se bem “la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones”, há outras hipóteses em que “el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”¹³⁰ Segundo Otto y Pardo, “de acuerdo con esta afirmación, los derechos fundamentales no están sometidos únicamente a los límites que de manera expresa les imponen las normas constitucionales que los reconocen, sino también a los que resulten justificados por la protección de los derechos y bienes a que se alude, esto es, están sujetos a una limitación genérica establecida de modo tácito para todo derecho”¹³¹

Ainda na precisa análise de Otto y Pardo, dessa posição do Tribunal decorrem duas conseqüências lógicas, no âmbito do direito constitucional espanhol. A primeira

¹²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 283.

¹²⁸ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 283-4.

¹²⁹ Como se verá mais a frente (capítulo V, *infra*), o método da ponderação foi utilizado pela primeira vez no caso *Lüth*.

¹³⁰ *Apud* OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Op. cit.*, p. 107.

¹³¹ *Ibid.*, p. 107-8.

[...] es que cuando la Constitución habilite al legislador para limitar un derecho fundamental deberá entenderse que no lo hace sólo para proteger el bien a que se aluda – por ejemplo, el orden público frente a la libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1), o el mantenimiento de los servicios esenciales frente a la huelga (art. 28.2) [ambos da Constituição espanhola] –, sino que le habilita también para imponer otras limitaciones en cuanto resulten justificadas por la protección de los demás derechos fundamentales y de los bienes constitucionalmente reconocidos.¹³²

A segunda é que “[...] hay que deducir que también los derechos reconocidos sin reserva de ley son limitables a pesar de ello, en cuanto lo justifique la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente reconocidos”

Assim, o Tribunal Constitucional espanhol adere à idéia de limites imanentes, fundamentando-os modelarmente na Sentença 11/1981.

2.5 Limites imanentes e abuso de direito

Ainda no âmbito da justificação, houve quem associasse limites imanentes com abuso de direito. Na doutrina constitucional alemã, Hans-Ulrich Gallwas, a partir da noção de abuso de direito, desenvolveu uma teoria da imanência de caráter geral. Segundo Gavara de Cara,

Gallwas define el abuso de derecho como la realización del contenido de libertad de una formulación de derecho fundamental implicando una carga para intereses relacionados con el derecho fundamental (de otro titular del derecho fundamental, de la generalidad o del Estado), pudiendo ser protegidos objetivamente dichos derechos fundamentales cuando se planteen conjuntamente con una norma constitucional de mayor rango, una idea fundamental preconstitucional o una idea jurídica suprapositiva.¹³³

Gallwas classifica o abuso de direito em três tipos. O exercício do direito fundamental mediante: infração de interesses digno de proteção de outros titulares de direito fundamental; infração de interesses digno de proteção da generalidade e infração de interesses dignos de proteção do Estado.¹³⁴

¹³² *Ibid.*, p. 108.

¹³³ *Ibid.*, p. 279.

¹³⁴ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 278-9.

Para Gallwas, os direitos de liberdade, que colidem, devem prevalecer quando garantidos por normas constitucionais de maior hierarquia, de idéias fundamentais pré-constitucionais ou de idéias suprapositivas.¹³⁵

A teoria de Gallwas apresenta insuficiências. Uma delas é que “la línea de división entre el ejercicio de un derecho fundamental admisible y el inadmisibile depende de preconcepciones de los intérpretes constitucionales y de valoraciones subjetivas sobre la determinación de las ideas preconstitucionales o supraconstitucionales”¹³⁶

A outra crítica à teoria de Gallwas é de ser contraditória com a LF, porque esta já apresenta hipóteses que contêm sanções específicas para abuso de direito. Cite-se, apenas para exemplificar, o art. 18 da LF, que prescreve:

Quien abuse de la libertad de opinión, en especial de la libertad de prensa (art. 5º, apdo. 1), de enseñanza (art. 5º, apdo. 3), de reunión (art. 8º), de asociación (art. 9º), del secreto de la correspondencia, del correo y del telégrafo (art. 10), de propiedad (art. 14) o del derecho de asilo (art. 16a) para combatir el orden fundamental demoliberal, pierde estos derechos fundamentales. La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por la Corte Constitucional Federal.

Portanto, associar abuso de direito a limites imanentes é tornar inútil supostos de fato regulados pela LF em alguns de seus dispositivos,¹³⁷ que contêm sanções para certas hipóteses de abuso de direito.

Na doutrina constitucional espanhola, a hipótese do abuso de direito fundamental como limite também foi objeto de análise. Para Otto y Pardo, a idéia de delimitação conceitual constitucional do conteúdo protegido torna desnecessária a noção de abuso de direito: “no es preciso descalificar el acto lesivo como abuso del derecho ni elevar el bien legalmente protegido a

¹³⁵ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 279.

¹³⁶ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 279.

¹³⁷ Outros dispositivos são os art. 5, parágrafo 3, art. 9, parágrafo 2 e art. 21, parágrafo 2. Na CRFB/88, cite-se, exemplificativamente, o art. 9, § 1º, segundo o qual os que exercerem abusivamente o direito de greve estarão sujeitos às penas da lei. Ou seja, o legislador constituinte quis dizer que o exercício abusivo do direito de greve é um não-direito.

un rango que no le corresponde, sino examinar, en primer lugar, si la conducta en cuyo apoyo se invoca el derecho fundamental pertenece realmente al ámbito protegido por éste”¹³⁸

Inicialmente, há que se verificar se uma determinada conduta pertence ou não ao âmbito de proteção do direito fundamental. Para tanto, além dos outros preceitos constitucionais, há que se considerar a idéia básica, sem a qual não há ordenamento jurídico, de que os direitos não excluem o cumprimento de deveres e obrigações nascidos de outras normas.¹³⁹ De modo que, no exemplo de Otto y Pardo, não pode invocar liberdade de cátedra quem leciona Ciência Política tendo sido nomeado professor de Direito Constitucional.¹⁴⁰

Tomando por base decisões do Tribunal Constitucional espanhol em matéria de relações laborais, principalmente aquelas que se referem ao direito de greve, Medina Guerrero sustenta que abuso de direito fundamental não é um problema de limitação, mas de delimitação do “conteúdo inicialmente protegido” do direito fundamental.¹⁴¹ “Si la huelga no ha sido abusiva, tendremos que determinar en qué medida la sentencia impugnada al admitir la legalidad del cierre empresarial ha afectado al derecho de huelga (...). Por el contrario, si la huelga ha sido abusiva, la actuación realizada por los trabajadores *no estaría comprendida dentro del derecho fundamental de huelga...*”, diz a STC 72/1982. Conforme Medina Guerrero, “[...] allí donde el Tribunal Constitucional constate la existencia de una conducta abusiva, no pueden entrar en juego las garantías previstas frente a las injerencias en los mismos, dada la inexistencia de éstas; de tal modo que al juez constitucional sólo resta emitir su fallo sin ulterior argumentación”¹⁴²

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 145.

¹³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 145.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 146.

¹⁴¹ Em sua análise. Medina Guerrero faz referência às STC 11/1981, STC 72/1982, STC 6/1988 e STC 99/1994 (*ibid.*, p. 79-87).

¹⁴² *Ibid.*, p. 81.

A conduta abusiva não é parte do conteúdo do direito fundamental, conclusão que, no caso concreto, deve resultar de uma correta interpretação das normas constitucionais, sendo desnecessária a aplicação do princípio da proporcionalidade ou a garantia do conteúdo essencial.¹⁴³

2.6 Limites imanentes como resultado da ponderação de bens

A existência na Constituição de direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei poderia induzir, em uma análise simples e apressada, à conclusão de que há direitos não passíveis de restrição. Porém, como alerta Alexy,¹⁴⁴ apenas *prima facie* não são restringíveis. Nem tudo que cai sob o suposto fático de uma norma de direito fundamental sem reserva está protegido definitivamente. Pode ocorrer que, no caso concreto, um direito fundamental colida com um outro direito fundamental ou um bem constitucionalmente protegido. E, então, segundo Alexy, de uma ponderação de bens resultará a restrição.

Segundo Canotilho, trilhando o mesmo caminho de Alexy, “limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia” A título de exemplo, Canotilho cita um que é clássico na dogmática jurídica dos direitos fundamentais:

[...] o pintor que coloca o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, *prima facie*, o direito de criação artística, mas, *a posteriori*, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor e a acabar noutros direitos como o exercício da actividade profissional dos outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à ‘existência’ dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo.¹⁴⁵

¹⁴³ *Id.*, *ibid.*, p. 83 e 84.

¹⁴⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 119-24.

¹⁴⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1148.

Ou seja, “[...] *a posteriori*, através do jogo de ‘argumento e contra-argumento’, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma *otimização* racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais”,¹⁴⁶ resultando na restrição de um direito fundamental que, *prima facie*, não possuía reserva de restrição.

Portanto, para Alexy e Canotilho, os limites imanentes resultam da e são solucionados pela ponderação de bens.

3 O legislador e a concretização de limites imanentes

Já foi dito que há um sistema geral de reservas de lei no âmbito dos direitos fundamentais: reserva de lei ordinária, reserva de lei qualificada, reserva geral de lei e reserva de configuração e regulação.¹⁴⁷ Contudo, na leitura das constituições, contata-se que há direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei. Daí duas questões surgem: podem ser os direitos sem reserva de lei limitados pelo legislador? Pode o legislador concretizar limites imanentes?

Para Müller,¹⁴⁸ em tais hipótese, o legislador não pode intervir. Nenhum dos poderes públicos pode limitar direitos garantidos sem reserva de lei. A ausência de reserva de lei não pode dar lugar a considerações metapositivas ou sobrepositivas.

Na doutrina constitucional espanhola, Otto y Pardo, embora prefira falar em delimitação do conteúdo de direito fundamental a limites imanentes, a partir da análise de decisões do Tribunal Constitucional e do art. 53.1 da Constituição espanhola, conclui que o legislador poderá intervir nos direitos fundamentais limitando-os também quando não está habilitado ex-

¹⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 1147.

¹⁴⁷ *Ver* capítulo I (*supra*).

¹⁴⁸ Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 149.

pressamente para tanto, desde que seja para salvaguardar outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos.¹⁴⁹

Também para Medina Guerrero, a reserva de lei inscrita no art. 53.1 da Constituição espanhola autoriza o legislador a decifrar os limites imanentes que a Constituição contém. E, a partir da análise de decisões do Tribunal Constitucional, conclui que “[...] no hay más límites que los inmanentes que la propia Constitución prefigura”¹⁵⁰ Cabe ao legislador selecionar e modelar os limites imanentes traçados pela própria Constituição, observando-se a vinculação aos direitos fundamentais, o conteúdo essencial desses direitos e o princípio da proporcionalidade.¹⁵¹

Situação duvidosa se põe no direito constitucional português. A CRP/76 prevê direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei: liberdade de criação cultural (art. 42º), liberdade de aprender e ensinar (art. 43º), direito de deslocação e de emigração (art. 44º), entre outros. E no art. 18.2 prescreve que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição [...]” Assim, uma primeira interpretação conduziria à conclusão de que direitos fundamentais sem reserva de lei não podem ser restringidos. Conseqüentemente, o legislador infraconstitucional não poderia concretizar limites imanentes. Contudo, Andrade,¹⁵² tendo como ponto de partida o fato de que tais direitos conferidos sem reserva de lei podem, *in concreto*, entrar em conflito com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, sustenta que a falta de autorização constitucional para a restrição de certos direitos fundamentais pode ser solucionada invocando-se, com fundamento no

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 107-10.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 73.

¹⁵¹ *Id.*, *ibid.*, p. 75-6.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 230-2.

art. 16.2 da CRP/76,¹⁵³ o art. 29.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que autoriza o legislador, por meio de lei, a limitar direitos e liberdades do homem “[...] exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”

A CRFB/88 não prevê uma reserva geral de lei no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, é de se indagar se o legislador brasileiro está autorizado a concretizar limites imanescentes.

Aqui é elucidativa a análise empreendida por Mendes¹⁵⁴ em matéria de colisões de direitos fundamentais, mas que também vale para o problema dos limites imanescentes. O constitucionalista brasileiro toma como referência a liberdade de expressão (art. 5º, IX) garantida sem reserva de lei. Não significa, segundo Mendes, que a liberdade de expressão é um direito absoluto, não-restringível, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário. Lembra que a própria Constituição, no art. 220, prescreve que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto nesta Constituição*” [sem grifo no original]. Como se vê, a interpretação sistemática já é suficiente para demonstrar que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de restrições à liberdade de expressão e comunicação.

Segundo Mendes,¹⁵⁵ isso parece ser ainda mais expressivo quando se interpreta a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” Significa que “[...] a

¹⁵³ CRP/76, art. 16.2: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”

¹⁵⁴ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* estudos de direito constitucional, p. 86-7.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 86.

formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa”¹⁵⁶

¹⁵⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 87.

CAPÍTULO III

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora nem todos os constitucionalistas tenham o necessário cuidado analítico e, de fato, possa haver confusão, porque a delimitação não é uma tarefa simples, é certo que a colisão de direitos é fenômeno distinto daquele dos limites imanentes.¹⁵⁷ Os limites imanentes são

¹⁵⁷ Hesse (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 251-5, números de margem 310-6), ao descrever as formas de limitação de direitos fundamentais, menciona limites imanentes (para referir-se ao que Alexy, por exemplo, denomina de restrições diretamente constitucionais e outros de limites internos, como antes visto) e limitações mediante reservas legais qualificadas e reservas legais ordinárias. Na seqüência da exposição afirma: “Na medida em que as determinações, que protegem a ambos [liberdades jurídico-fundamentais e outros bens jurídicos], em seu alcance material cruzarem uma a outra, ou *colidirem* [sem grifo no original] uma com a outra, limitação de direitos fundamentais é, fundamentalmente, *produção de concordância prática*” (*ibid.*, p. 255, número de margem 317). Vê-se, pois, que a noção de colisão está em Hesse. Contudo, não é tratada separadamente no universo das limitações de direitos fundamentais. E, quanto aos limites imanentes, a caracterização de Hesse parece menos clara quando comparada com a de outros autores, como Alexy e Canotilho, por exemplo. No texto de Otto y Pardo (*op. cit.*), a idéia de colisão aparece por diversas vezes quando da análise da teoria dos limites imanentes. Contudo, não dá à colisão *status* de fenômeno autônomo. Além disso, como já foi registrado nesta investigação (*ver* capítulo II, *supra*), o constitucionalista espanhol rejeita a noção de limites imanentes adotada pela doutrina alemã, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelo Tribunal Constitucional espanhol. Para ele, trata-se de um problema de delimitação constitucional do conteúdo protegido. Já, o também espanhol, Medina Guerrero (*op. cit.*) aceita a noção de limites imanentes e quando dela trata menciona a palavra colisão, contudo também não concebe a colisão como fenômeno autônomo. Alexy, na linha de orientação do TCF, atribui caráter principal aos direitos fundamentais e trata do fenômeno da colisão de princípios como fenômeno autônomo (*Teoría de los derechos fundamentales*, de modo especial, p. 89 *et seq.* e *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999). Contudo, ao menos de forma direta e explícita, não faz referência aos limites imanentes. Quando aos limites imanentes se reporta – ao comentar a teoria de Düring – o faz como um banco de provas para refutar o modelo puro de regras no âmbito dos direitos fundamentais garantidos ser reserva de lei (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 119-24). Parece que é legítimo supor que Alexy aceita a noção de limites imanentes, porém não explicita a distinção entre limites imanentes e colisão. Já Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria*

uma construção dogmática para explicar a necessidade e justificar a possibilidade de limitação ou restrição a direito fundamental conferido por norma constitucional, escrita ou não-escrita, sem reserva de lei. Limites imanentes são um problema de interpretação constitucional e, segundo Alexy e Canotilho, de ponderação de bens, mas, ao que parece, mais de interpretação unitária e sistemática da Constituição do que de ponderação de bens. Já a colisão de direitos fundamentais se caracteriza por um conflito *in concreto* de direitos fundamentais. A descrição de Andrade é precisa: “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta [...] O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais”¹⁵⁸

Por que há colisões? Além de tudo quanto foi dito acerca de por que os direitos não são absolutos e ilimitáveis – já na introdução (*supra*) desta investigação –, é oportuno citar Karl Larenz: “Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada”¹⁵⁹ Em outras palavras, os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida so-

da Constituição, p. 1137-41, 1145-9) e Andrade (*op. cit.*, 215-24) tiveram o cuidado analítico de tratar limites imanentes e colisão como fenômenos distintos, embora o primeiro sem dizer as razões de por que o fez.

¹⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 220.

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 491.

cial. Daí a ocorrência de colisões.¹⁶⁰ Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, mais ou menos extenso, há e haverá colisões *in concreto*.¹⁶¹

1 Hipóteses de conflito de direitos fundamentais

Inicialmente, é necessário distinguir os tipos de situações de conflito que ocorrem, objetivando determinar com precisão os contornos da colisão de direitos fundamentais.

As situações de conflito são de três tipos: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.¹⁶²

Na definição de Gavara de Cara, “*la concurrencia de derechos fundamentales se da cuando a través de un único comportamiento el titular de un derecho fundamental ejerce varios derechos a la vez, de tal modo que la misma acción puede ser subsumida en varios supuestos de hecho de distintos derechos fundamentales*”¹⁶³

Canotilho, também referindo-se à concorrência de direitos fundamentais, diz que ela pode se manifestar sob duas formas: (a) *cruzamento* de direitos fundamentais, hipótese em que “[...] o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de protecção de vários direitos, liberdades e garantias” (exemplo: direitos de expressão e informação em contato com o

¹⁶⁰ Que existam colisões decorre da natureza mesma dos direitos fundamentais: são direitos relativos. Já em conferência de 1967, Bobbio frisara que não só não há um fundamento absoluto para os direitos do homem bem como “[...] deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente” (*A era dos direitos*, p. 42).

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 287.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 287. Canotilho, referindo-se ao mesmo fenômeno, afirma que é a situação na qual “[...] um comportamento do mesmo titular preenche os ‘pressupostos de facto’ (*Tatbestände*) de vários direitos fundamentais” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1135).

direito à liberdade de imprensa e direito de reunião e manifestação),¹⁶⁴ e (b) *acumulação de direitos*, hipótese em que “[...] um determinado ‘bem jurídico’ leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais”¹⁶⁵ Canotilho exemplifica essa hipótese de conflito com o art. 112º [?] da CRP/76, segundo o qual a “participação na vida pública” é “instrumento de consolidação do regime democrático”.

Para se obter uma eficaz protecção deste ‘bem constitucional’ é necessário *acumular* no cidadão vários direitos que vão desde o direito geral de ‘tomar parte na vida pública e na direcção dos assuntos políticos do país’ (art. 48º) até o direito do sufrágio (art. 49º), passando pela liberdade partidária (art. 51º), o direito de esclarecimento e informação sobre os actos do estado e gestão de assuntos públicos (art. 48º/2), o direito de petição e acção popular (art. 52º) e o direito de reunião e manifestação (art. 45º).¹⁶⁶

Como se vê, na hipótese de concorrência de direitos fundamentais não há uma contradição de pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares. Há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais expressos por normas constitucionais que concorrem para a subsunção da conduta ou comportamento do titular.

A segunda situação possível ocorre quando há um *conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais*. Nessa hipótese, “[...] el ejercicio de un derecho fundamental implica una contradicción o uno perjuicio de un bien jurídico protegido por el texto constitucional”¹⁶⁷

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1135.

¹⁶⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 1135-6.

¹⁶⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 1136. Conforme Canotilho, “o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a *limites divergentes* (*Problem der schrankendivergenten Grundrechte*), devendo determinar-se qual, dentre os vários concorrentes, assume relevo decisivo” (*ibid.*, p. 1136). Para a solução, há dois *topoi* orientadores: (a) aplicação da norma mais especial em relação ao suposto de fato concreto (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibid.*, p. 1136; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 288); e (b) “prevalência dos direitos fundamentais menos limitados ou que reúnam em maior grau elementos estruturantes de um dos direitos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibid.*, p. 1137).

¹⁶⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 289. Na definição de Gavara de Cara, “un bien jurídico es una especificación de un sector material o una unidad de sentido determinada en las normas constitucionales. Este planteamiento implica incluir a bienes materiales como ideales (inmateriales). Los derechos fundamentales son bienes jurídicos, pero también existen otros bienes jurídicos reconocidos por la Constitución,

Por fim, uma terceira hipótese de situação de conflito: *colisão de direitos fundamentais*. Segundo Gavara de Cara, “la *colisión de derechos fundamentales* se da cuando el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un titular impide o perjudica el ejercicio de otro derecho fundamental de otro titular, siendo indiferente que se trate del mismo derecho o de otro distinto”¹⁶⁸

Para Canotilho, à luz de uma tipologia de conflitos de direitos constitucionais, a colisão pode verificar-se: (a) entre vários titulares de direitos fundamentais; (b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.¹⁶⁹ Como se vê, o constitucionalista português abriga a segunda situação de conflito apontada por Gavara de Cara – *conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais* – na hipótese da colisão de direitos fundamentais.

De fato, a segunda e a terceira hipóteses de conflito – a saber, *conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais* e *colisão de direitos fundamentais* – referem-se a um mesmo fenômeno: colisão de direitos fundamentais. Ambas as hipóteses são espécies ou tipos de colisão. Essa caracterização figura de modo claro nos refinamentos teórico-conceituais de Alexy. Este autor distingue entre colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisões de direitos fundamentais em sentido amplo. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem “[...] quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de

como puedan ser la salud pública o el orden básico democrático-liberal, que deben ser aplicados al mismo tiempo” (*ibid.*, p. 289).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 288.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 1137-8.

outros titulares de direitos fundamentais”¹⁷⁰ Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito manifestam-se ou como colisões de direitos fundamentais idênticos,¹⁷¹ ou como colisões de direitos fundamentais diferentes.¹⁷² Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.¹⁷³

Em síntese, os conflitos no âmbito dos direitos fundamentais se manifestam sob as formas de concorrência de direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Esta investigação terá como ob-

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático, *op. cit.*, p. 68-9.

¹⁷¹ *Id.*, *ibid.*, p. 69-70. Alexy (*loc. cit.*) classifica em quatro tipos as colisões de direitos fundamentais idênticos. Primeiro tipo: afetação de idêntico direito de defesa liberal. Exemplo: dois grupos políticos opostos pretendem manifestar-se no mesmo local e horário. Segundo tipo: afetação de idêntico direito fundamental, que para um dos titulares é direito de defesa e para o outro é direito de proteção. Exemplo: atiradores de elite da polícia pretendem salvar a vida do refém eliminando a vida do detentor do refém. De um lado, o direito de defesa do detentor; de outro, o direito de proteção do refém. (Nesse exemplo, como observa Alexy, ainda entra em jogo o bem coletivo segurança pública, que exige do Estado medidas que desestimulem ou inibam outras tomadas de reféns.) Terceiro tipo: colisão de direitos fundamentais idênticos em razão de que podem manifestar-se positiva ou negativamente. Típico desse tipo de colisão é a de liberdade de crença. “Ela compreende tanto o direito de ter e de praticar uma crença, como também o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença” (*id.*, *ibid.*, p. 69). Como exemplo, Alexy cita a resolução-crucifixo do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nela, tratava-se de decidir se o Estado pode ordenar que em salas de aula de escolas públicas coloque-se uma cruz. Neste caso, colidiam a liberdade de crença negativa dos não-cristãos e a liberdade de crença positiva dos cristãos. Quarto tipo: a dimensão jurídica de um direito fundamental colide com a sua dimensão fática. Exemplo: igualdade jurídica *versus* igualdade fática. Alexy ilustra esse tipo de colisão com a jurisprudência do TCF alemão sobre auxílio de custas processuais. Diz o autor alemão: “se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de concretizar seu direito são tomadas ou estreitadas. Se se fomenta, porém, o pobre, então trata-se [sic] os ricos juridicamente de outra forma como os pobres, portanto, desigualmente, porque: ‘Fomentar determinados grupos significa já tratar outros desigualmente’ [BVerfGE 12, 354 (367)]” (*ibid.*, p. 70)

¹⁷² *Id.*, *ibid.*, p. 70-1. Aqui se poderia fazer uma extensa lista de exemplos, o que é desnecessário. Contudo, apenas para ilustrar, cite-se um dos casos mais freqüentes de colisão na atualidade: direito fundamental de comunicação (CRFB, art. 5º, IX, e art. 220, *caput* e § 1º) *versus* direitos gerais de personalidade (CRFB, art. 5º, X).

¹⁷³ *Id.*, *ibid.*, p. 71-2. Alexy cita como exemplos a colisão entre a liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco e a saúde pública e a colisão entre as liberdades individuais e a segurança pública interna. Para uma análise mais minuciosa sobre a relação entre direitos individuais e bens coletivos, *ver* do mesmo autor: *El concepto y la validez del derecho*, p. 179-208.

jeto de investigação a metódica de solução destas duas últimas formas de conflito, que doravante serão referidas apenas como colisão de direitos fundamentais.

2 Casos rotineiros e casos difíceis

Operar o direito é aplicar normas válidas em casos concretos. Evidentemente, há uma multiplicidade de casos ou situações que se apresentam a quem interpreta e aplica o plexo de princípios e regras que constituem o ordenamento jurídico nacional ou comunitário. Poder-se-ia classificar de muitos modos a infinidade de casos a serem decididos ou solucionados, dependendo do critério que se adota. Contudo, no âmbito desta investigação, interessa uma distinção produzida e consolidada pela teoria contemporânea do direito. É aquela que divide os casos em rotineiros¹⁷⁴ (também denominados de fáceis¹⁷⁵ ou claros¹⁷⁶) e casos difíceis¹⁷⁷ ou *hard cases*¹⁷⁸ (também denominados de duvidosos¹⁷⁹).

Casos rotineiros são aqueles que exigem uma simples ou mera aplicação de normas jurídicas. São casos que ocorrem em massa.¹⁸⁰ As decisões são mecânicas¹⁸¹ ou quase-

¹⁷⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 23-5; ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia : una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona : Ariel, 1997, p. 1-4.

¹⁷⁵ ATIENZA, Manuel. *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 126.

¹⁷⁷ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 23-5; ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*, p. 32, 128-31.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona : Ariel, 1997, p. 146-208.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 126.

¹⁸⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como ranozable*, p. 23.

¹⁸¹ *Id.*, *ibid.*, p. 24.

mecânicas. Neles não há margem para dúvidas e alternativas.¹⁸² Na maioria da vezes, um simples enquadramento, uma simples subsunção, uma simples interpretação de disposições normativas são o suficiente para a decisão final. Citem-se alguns exemplos: aplicação de multa por infração às normas de trânsito;¹⁸³ retenção do Imposto de Renda Pessoa Física e desconto da contribuição previdenciária devida ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), efetuados pelo empregador, quando do pagamento do salário ao empregado; cobrança judicial de títulos de créditos; a maior parte das demandas trabalhistas; ações de despejo por falta de pagamento dos aluguéis; execução de pensão alimentícia, etc. É evidente que um caso, de modo geral, não pode ser definido como fácil ou claro *ex ante*. O contexto, as circunstâncias relevantes e a eleição das normas a serem aplicadas é que vão indicar se o caso é fácil ou difícil. A clareza depende de análise sintática, semântica e pragmática. Contudo, a experiência mostra que existem certos tipos de situação que no essencial se repetem à exaustão e cuja solução advém apenas de uma mera aplicação de normas. Na terminologia de Kaarle Makkonen, são “decisões isomórficas”,¹⁸⁴ porque, como explica Aarnio, “la relación entre la norma y el hecho es similar a la de un objeto y su reflexo”¹⁸⁵

Casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos solúveis pela mera observância das normas. A solução não é a consequência de um imediato enquadramento nor-

¹⁸² *Id., ibid.*, p. 24

¹⁸³ Apenas para exemplificar, segundo balanço parcial divulgado, em 17 de janeiro de 2000, pelo Departamento de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul (Detran), foram registradas 824.419 multas em 1999. A cada 38 segundos um motorista gaúcho foi multado (UM GAÚCHO multado a cada 38 segundos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 18 jan. 2000, p. 1 e 34).

¹⁸⁴ *Apud* AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 23.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 23.

mativo. Não há uma única solução correta possível. Cogitam-se de alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão. Segundo Atienza,

[...] un caso jurídico puede ser difícil de resolver por diversas razones. Básicamente, por alguna de estas cuatro: no existe (o no está claro que exista) una norma jurídica válida que se aplique al caso; la norma existe, pero su interpretación, en relación con el caso, ofrece problemas; no está claro que se hayan producido los hechos que configurarían el supuesto previsto en la norma; los hechos sí que se han producido, pero su calificación jurídica resulta controvertida.¹⁸⁶

São casos em que, geralmente, “[...] la comunidad jurídica está profundamente dividida y, aunque no fuera así, nunca podríamos estar completamente seguros de que la opinión mayoritaria, o incluso unánime, de quienes integran la comunidad jurídica se haya formado de manera plenamente racional”¹⁸⁷

Embora sejam infinitamente menos freqüentes que os rotineiros, em todos os ramos do direito há casos duvidosos. Surgem, de modo especial, no direito constitucional, por causa, entre outras coisas, da singularidade das normas constitucionais.¹⁸⁸

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis ou duvidosos.¹⁸⁹ Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, portanto, com idênticas hierarquia e força vinculativa, o que torna im-

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p. 149.

¹⁸⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 136.

¹⁸⁸ *Ver capítulo IV (infra).*

¹⁸⁹ Apenas para exemplificar, mencione-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 71.373-4 RGS, em novembro de 1994. Tratava-se de decidir se o Poder Judiciário, em ação de investigação de paternidade, pode obrigar (“condução do Réu ‘debaixo de Vara’”) o suposto pai a coletar material para o exame de DNA. No caso, há uma colisão entre o direito fundamental à intangibilidade do corpo do suposto pai e o direito fundamental à real identidade da criança. A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia decidido que, recusando-se a comparecer, o suposto pai deveria ser “conduzido debaixo de vara” ao laboratório de análises clínicas para a coleta de sangue. Assim, deu precedência ao direito fundamental da criança. Contudo, por maioria apertada de votos, o pleno do STF deu prevalência ao direito fundamental de intangibilidade do corpo do alegado pai. Interessante observar que, na comunidade jurídica, chamou mais a atenção o teor dos votos vencidos dos Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Assim, o mesmo dissenso havido no STF manifestou-se no campo doutrinário. Referência obrigatória sobre essa decisão do STF no âmbito da doutrina é a análise de Maria Celina Bodin de Moraes (Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro Renovar, 1997, p. 169-94).

perativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática.¹⁹⁰ Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo.¹⁹¹

Incluir a colisão de direitos fundamentais na categoria dos casos duvidosos ou difíceis é relevante porque, como se verá,¹⁹² casos duvidosos em matéria de direitos fundamentais, além de interpretação constitucional, exigem ponderação de bens e argumentação jusfundamental.

3 Os poderes públicos e a colisão de direitos fundamentais

Caracterizado o fenômeno jurídico da colisão de direitos fundamentais, há que se saber a quem compete criar as regras de solução. A questão conduz a uma análise sobre a tarefa dos poderes públicos em matéria de colisão.

Evidentemente, dos poderes públicos, o mais atuante, na solução de colisão de direitos, é o Poder Judiciário. Primeiro, porque a ele compete pronunciar-se sobre qualquer questão, bastando que se invoque sua apreciação por meio de mecanismos processuais adequados, sendo-lhe, ainda, vedado o *non liquet*. É o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.¹⁹³ Segundo, porque a colisão sempre se dá em concreto. Terceiro, por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário jamais poderão oferecer uma enumeração completa.

¹⁹⁰ Sobre estes postulados, ver capítulo IV (*infra*).

¹⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 220.

¹⁹² Ver capítulos VI e VIII (*infra*).

¹⁹³ Segundo o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Embora a via judicial de construção da regra (norma individual) seja a mais comum, também é possível a solução pela via legislativa. Isso porque o legislador, em abstrato, pode prever situações de colisão em concreto. Conhecendo o mundo dos fatos, das tensões correntes entre os homens, o Poder Legislativo se antecipa e prescreve regras de solução para prováveis colisões que se manifestarão na vida social. Além disso, é também tarefa do legislador ordinário concretizar direitos fundamentais e harmonizar direitos que eventualmente entrem em colisão.¹⁹⁴

No direito brasileiro, exemplos de solução pela via legislativa são (a) o sistema do processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, (b) a Lei 7.783/89, (c) a Lei 9.296/96 e (d) as hipóteses legais de exclusão da ilicitude da interrupção de gravidez.

(a) Como demonstra Zavascki, o sistema do processo cautelar e a antecipação da tutela constituem regramento legislativo para solucionar a colisão entre os direitos fundamentais à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica. Sobre o sistema do processo cautelar, diz Zavascki: “[...] a intervenção do legislador ordinário, disciplinando o processo cautelar, as medidas cautelares e as suas liminares, representa (...) a via legislativa destinada a propiciar a convivência mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, propiciando alternativas para a resolução das eventuais colisões”¹⁹⁵ Com idêntica finalidade atuou o legislador ao introduzir, no sistema processual positivo brasileiro, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito (art. 273, do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei 8.952/94): “estabelecer mecanismos para a obtenção de concordância prática, de formas de convivência

¹⁹⁴ Nesta exposição (*ver* capítulo II), observou-se que o Poder Legislativo pode concretizar limites imanentes. Se pode concretizar limites imanentes, então pode criar regras para a solução de colisões.

¹⁹⁵ Teori Albino Zavascki (Restrições à concessão de liminares. *Revista Jurídica*, 195, p. 28) *apud* ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v. XXII, n. 64, jul. 1995, p. 401

simultânea, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos estiverem em rota de colisão”¹⁹⁶

Observe-se que o legislador determinou que realizados, no caso concreto, certos pressupostos – *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*, no processo cautelar (CPC, arts. 796 *et seq.*), e *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (CPC, art. 273, I) ou *caracterização do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu* (CPC, art. 273, II), na antecipação dos efeitos da tutela – deverá prevalecer o direito fundamental à efetividade da jurisdição em relação à segurança jurídica.

(b) O direito de greve é direito social fundamental consagrado pela CRFB/88, no art. 9º. Contudo, o próprio legislador constituinte previu a possibilidade de ocorrência, em situações fáticas, de colisão entre o direito de greve e outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos da comunidade e encarregou o legislador infraconstitucional de definir em lei os serviços ou atividades essenciais, bem como dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (CRFB/88, art. 9º, § 1º). Por isso, em 28 de junho de 1989 entrou em vigência a Lei 7.783.¹⁹⁷

(c) O art. 5º, XII, consagra como direito fundamental a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Porém, como no direito de greve, o próprio legislador constituinte previu hipoteticamente que, em determinados casos, haveria colisão entre o direito que estava consagrando e o interesse público na punição de crime. Em razão disso, delegou competência ao

¹⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ibid.*, p. 401

¹⁹⁷ No art. 9º da Lei 7.783, o legislador prevê o conflito entre o direito de greve e o direito à propriedade ao prescrever que “durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento” No art. 10, são especificados os serviços ou atividades essenciais. No art. 11, definem-se necessidades inadiáveis da comunidade como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”

legislador ordinário para que estabelecesse, em lei, as hipóteses e a forma segundo as quais o Poder Judiciário, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderia determinar a interceptação telefônica. Assim, em 24 de julho de 1996, entrou em vigência a Lei 9.296, estabelecendo as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica por ordem judicial, bem como a forma do requerimento e da decisão.¹⁹⁸ A finalidade da lei é indicar as hipóteses em que deverá prevalecer o interesse público na punição de crime sobre o direito à inviolabilidade da comunicação telefônica.

(d) Por fim, a exclusão de ilicitude da interrupção de gravidez é outro exemplo de regra legislativa de solução de colisão de direitos fundamentais. Prevendo, em determinadas situações, a colisão entre direitos fundamentais do feto e da mãe, o legislador brasileiro permite duas formas de aborto legal: o aborto necessário ou terapêutico (Código Penal, art. 128, I), hipótese na qual não há outro meio de salvar a vida da gestante; e o aborto sentimental ou humanitário (Código Penal, art. 128, II), quando a gravidez resulta de estupro.

Outros exemplos poderiam ser citados, mas esses já são suficientes para mostrar que o legislador pode prever, em abstrato, colisões que se darão em concreto, e desde já estabelecer a regra de solução, isto é, dizer qual é o direito fundamental que deverá prevalecer e em que circunstâncias. Frise-se, porém, que, mesmo que pretendesse, não conseguiria prever as infinitas possibilidades de colisões em concreto e que, por óbvio, caberá ao Poder Judiciário interpretar e aplicar a regra legislativa aos casos de colisão previstos pelo legislador. Assim, para exemplificar, caberá ao Poder Judiciário verificar se a interceptação telefônica é, em um deter-

¹⁹⁸ A Lei 9.296/96 pautou-se por dois critérios para fixar as hipóteses de autorização judicial da interceptação telefônica: a necessidade da interceptação como único meio disponível para a realização da prova e a gravidade da infração que se pretende perseguir. O primeiro critério atende ao princípio da necessidade (segundo princípio parcial da proporcionalidade em sentido amplo). O segundo critério, ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito (terceiro princípio parcial da proporcionalidade em sentido amplo).

minado caso, o único meio de prova possível; se há perigo de vida da gestante ou a ocorrência de estupro.

Agora, cabe indagar se o Poder Executivo é competente para criar regras de solução de colisão de direitos fundamentais. Aqui uma referência clara e bem fundamentada é a posição desenvolvida na doutrina e jurisprudência constitucionais espanholas. Como informa Fernández Segado, o Tribunal Constitucional espanhol firmou a doutrina de afastamento do Poder Executivo de toda e qualquer intervenção ordenadora no exercício de direitos fundamentais, salvo se houver prévia habilitação legal.¹⁹⁹ O Executivo não poderá restringir direitos por meio de seus atos normativos, nem concretizar limites imanentes e criar regras de solução para colisão de direitos fundamentais. No máximo, admite-se a possibilidade de as leis fazerem remissões a normas regulamentares, a cargo do Poder Executivo, quando for indispensável um comple-

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional, *op. cit.*, p. 97-9. Conforme Fernández Segado, “la habilitación constitucional al legislador ordinario persigue, pues, fundamentalmente, excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, dos Reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. De esta forma, el principio de reserva de ley no sólo incide sobre la posible remisión a normas reglamentarias, sino que, asimismo, acota la propia libertad de acción del legislador, en cuanto que éste se ve constreñido a dotar la ley de ‘suficientes referencias normativas de orden formal y material’, que permitan, de una parte, conocer que la manifestación de voluntad es propiamente del legislador, y, de otra, delimitar la ulterior actuación del Gobierno al adoptar las oportunas medidas de ejecución de aquella voluntad” (*ibid.*, p. 98). Ainda segundo Fernández Segado, “es paradigmática a este respecto la Sentencia 83/1984, en la que se plantea la función respectiva de la ley y el reglamento. A juicio del Tribunal, el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, consecuentemente, del ejercicio por éste de la potestad reglamentaria. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto se traduce, a su vez, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley” (*ibid.*, p. 98). Por fim, conclui Fernández Segado: “la doctrina expuesta revela bien a las claras que tanto el rango de la norma aplicable como, en su caso, el tipo de ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos (Ley orgánica o Ley ordinaria) constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos, que se traducen, sustancialmente, en la exclusión del ejecutivo, que entraña que sólo el representante en cada momento histórico de la soberanía popular pueda proceder, en su caso, a fijar los límites que han rodear el ejercicio de un derecho” (*ibid.*, p. 99).

mento, à regulação legal do Poder Legislativo, por motivos de ordem técnica ou otimização dos fins constitucionais ou da própria lei.

Essa posição doutrinária, seguramente, é válida também para o direito brasileiro. O Poder Executivo não poderá dispor sobre direitos fundamentais, seja mediante atividade normativa primária (medidas provisórias e leis delegadas), seja mediante atividade normativa secundária (regulamentos) ou de outros atos normativos veiculados por meio de portarias, resoluções ou circulares. Embora não esteja explícito na CRFB/88, é certo que as medidas provisórias não podem dispor sobre a nacionalidade, a cidadania e os direitos individuais, políticos e eleitorais.²⁰⁰ Isso resulta de uma interpretação sistemática da Constituição.²⁰¹ Quanto às leis delegadas, a CRFB/88 é explícita. O art. 68, § 1º, II, dispõe que não será objeto de delegação a legislação sobre “nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais” Ora, se nem por meio de atividade normativa primária o Executivo pode dispor sobre direitos fundamentais, então muito menos por meio de atividade normativa secundária.²⁰²

Que ao Executivo não cabe criar regras de solução nas hipótese de colisão de direitos fundamentais é o que se deduz do texto de Canotilho, cuja citação se faz a título de síntese conclusiva: “note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (ex.: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o

²⁰⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 165; e do mesmo autor: *Medidas provisórias*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 79.

²⁰¹ Sobre o papel da interpretação sistemática na identificação de matérias não passíveis de disposição pelo instrumento da medida provisória, ver, por todos: CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*, p. 75 et seq.

²⁰² Sobre as limitações formais e materiais dos regulamentos, ver: CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 223-30.

caso concreto (ex.. o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da iminência de enfarte na pessoa do acusado)”²⁰³

Delimitado o fenômeno da colisão no contexto dos limites dos direitos fundamentais, torna-se necessário agora construir o marco teórico desta investigação. Tendo como referência a teoria contemporânea da interpretação constitucional e a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy, objetiva-se viabilizar uma resposta teórica e dogmaticamente consistente e contextualizada ao problema formulado na introdução (*supra*).

²⁰³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1141.

SEGUNDA PARTE
REFERERENCIAIS TEÓRICOS E DOGMÁTICOS

CAPÍTULO IV

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No campo da teoria e da dogmática constitucionais, de modo especial na segunda metade do século XX, a interpretação das normas constitucionais tornou-se em um dos mais relevantes e decisivos problemas. Qualquer tema objeto de perquirição em direito constitucional – princípios, direitos fundamentais, jurisdição constitucional, distribuição de competências, etc. – tem relação direta ou indireta com a problemática da interpretação.²⁰⁴ Isso, entre outras razões, porque sem interpretação o que existe é apenas uma *constituição sintática*, uma justaposição de enunciados lingüísticos, de significantes estáticos, enquanto tais sem importância para a vida social. A atividade interpretativa é uma atividade de mediação entre o texto constitucional e a realidade sócio-política. Interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição.

²⁰⁴ Sobre isso anotou Díaz Revorio: “como algún autor [refere-se a Francisco Rubio Llorente] ha puesto de relieve, la Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución y, en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente un Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también, en cierto modo, tema central de la Teoría del Estado y de la Teoría del Derecho” (DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 37). Para Hesse, a importância da interpretação constitucional é ainda maior em uma ordem constitucional dotada de uma jurisdição constitucional de amplas proporções (HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, p. 34, número de margem 50). Nesse mesmo sentido, afirma Pérez Luño: “la interpretación constitucional posee una importancia decisiva en cualquier sistema democrático, especialmente en aquellos que cuentan con una jurisdicción constitucional” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid : Tecnos, 1999, p. 249).

Nesta parte da exposição, não serão feitas referências e considerações sobre a interpretação jurídica em geral e a abordagem da interpretação constitucional e dos problemas por ela suscitados não será exaustiva.²⁰⁵ Tal tarefa se situaria fora do objeto e dos objetivos da investigação. O que se pretende é destacar as peculiaridades das normas constitucionais que conferem direitos fundamentais e, em razão dessas peculiaridades, explicitar e analisar as premissas metodológicas e os princípios ou postulados orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, tendo como referência o fenômeno da colisão de direitos fundamentais.

1 Peculiaridades das normas constitucionais e método hermenêutico tradicional

Inicialmente, há que se explicitar a tarefa de toda interpretação constitucional. Nesse sentido, ninguém foi mais claro, preciso e brilhante do que Hesse: “*El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión*”²⁰⁶

A tarefa, como se vê, já foi bem definida. Realizá-la, porém, é um desafio à teoria e à dogmática constitucionais,²⁰⁷ o que explica por que, como acima frisado, a interpretação cons-

²⁰⁵ Evidentemente, não se ignora que o intérprete e aplicador terá de ter presente que a interpretação das disposições normativas de direitos fundamentais insere-se no âmbito da interpretação constitucional que, por sua vez, é uma parte da interpretação geral do direito. Isso significa que não poderá ignorar os problemas, os limites, bem como os acúmulos teóricos e dogmáticos existentes no campo da hermenêutica jurídica em geral, embora, como constatou Stern, “la teoría de la interpretación es inegotable” (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 284).

²⁰⁶ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 35, número de margem 51.

²⁰⁷ Ao propor uma metódica estruturante – inspirado em Hesse e Müller –, Canotilho sustenta que “[...] o trabalho de aplicação das normas constitucionais implica, simultaneamente, o manejo de uma *teoria da norma*, de uma *teoria da constituição* e de uma *dogmática jurídica*” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 991). Interpretar a Constituição é uma tarefa complexa, oferece dificuldades adicionais quando comparada com a interpretação das leis ordinárias. Segundo Canotilho, isso por três razões: a textura aberta das normas constitucionais, a dimensão política da atividade interpretativa e o teorismo dos métodos de trabalho.

titucional é um dos temas que mais têm ocupado a inteligência dos constitucionalistas contemporâneos.

No atual estágio da teoria e dogmática constitucionais, é pacífico que a interpretação das normas constitucionais exige uma metódica diferenciada. Daí dizer-se de uma “interpretação especificamente constitucional”²⁰⁸

Contudo, nem sempre e nem todos pensaram assim. Tal consenso é uma construção contemporânea, recente.

Na doutrina constitucional tedesca, Ernst Forsthoff, em texto de 1959 (*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*), sustentou que à interpretação da Constituição deve ser aplicado o método jurídico clássico. Segundo o jurista alemão, “como Ley, la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que

A este último refere-se não sem uma ponta de ironia: “Existe mesmo, segundo alguns autores, uma radical contradição entre os objectivos da metódica – fornecer instrumentos de trabalho de natureza prática – e o respectivo discurso pejado de teorias. Se abriremos os livros dedicados à metódica e metodologia em vez de aprendermos a resolver ‘casos constitucionais’ deparamos com uma infinidade de teorias sobre a interpretação do texto constitucional. A doutrina constitucional americana fornece um sugestivo exemplo: ‘textualism’ (‘clause bound’, ‘structuralist’, ‘purposive’), ‘originalism’, ‘developmental approach’, ‘doctrinalism’, ‘philosophic approach’, ‘systemic and transcendent structuralism’, ‘balancing’, etc. A metodologia não pode deixar de tomar em consideração alguns lugares teóricos e compreensões da constituição. A teoria não deve nem pode, porém, tornar opacos e falhos de operacionalidade os princípios hermenêuticos” (*ibid.*, p. 993). Sobre as dificuldades ou “factores de perturbação” na interpretação constitucional, ver também: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1996, t. II: Constituição e inconstitucionalidade, p. 255-6.

²⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 255-9, out./dez. 1995. Atribui-se a Smend o mérito de ter, por primeiro, sustentado a peculiaridade da interpretação jurídico-constitucional. O autor alemão enfatizou o caráter político do direito constitucional e caracterizou a Constituição como uma lei de integração (STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 284-5). Ver também e principalmente: SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. de José M^a Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985, de modo especial, p. 129-245. A rigor, o pressuposto epistemológico da especificidade da interpretação constitucional é a tese segundo a qual o método não é exterior ou estranho ao objeto. Não é possível eleger o método independentemente do objeto. Nesse sentido, é oportuno citar Pérez Luño: “la actividad hermenéutica y el método para la reconstrucción del sistema jurídico se hallan estrechamente vinculados a la propia naturaleza de las fuentes del derecho sobre las que operan” (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 285). Em outras palavras, há uma continuidade entre a teoria das fontes do direito e os métodos de interpretação (*id.*, *ibid.*, p. 286).

se han trazado a la interpretación de la Ley por su objeto”²⁰⁹ A crítica de Forsthoff era endereçada ao emprego do método científico-espiritual na interpretação constitucional, o que, a seu ver, gerava insegurança jurídica.²¹⁰

Na precisa síntese de Böckenförde,²¹¹ o método hermenêutico clássico assenta-se sobre duas premissas: a) o método de interpretação da Constituição tem de ser idêntico ao método de interpretação de qualquer outra lei; b) a interpretação da lei vincula-se às regras da hermenêutica jurídica clássica, desenvolvida inicialmente por Savigny.²¹² Logo, a interpretação da Constituição tem de estar vinculada às regras da hermenêutica jurídica clássica. O pressuposto fundamental dessa posição é a equiparação entre Constituição e lei. O texto constitucional não apresenta diferenças em relação às demais leis que compõem o ordenamento jurídico. Portanto, não há necessidade de uma metódica diferenciada.

A posição de Forsthoff foi duramente criticada. Para Hesse, essa crítica de Forsthoff estava justificada, porque, de fato, a tentativa de superar o positivismo jurídico “[...] por medio del recurso acrítico a ‘valores’, han conduzido a una creciente inseguridad” Contudo, “[...] en cuanto dicha crítica pretende responsabilizar de esta inseguridad a la expansión del método

²⁰⁹ *Apud* BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica*. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 15, nota de rodapé 8.

²¹⁰ “El método científico-espiritual, es decir, de la jerarquía de los valores, hace inseguro el derecho constitucional y disuelve la ley constitucional en la casuística” (Forsthoff *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 284). Na avaliação de Müller, a crítica de Forsthoff é “o ataque mais virulento a tendências na metódica contemporânea do direito constitucional de transformar categorias como ‘valor’, ‘ordem de valores’ ou ‘sistema de valores’ em categorias da concretização jurídica [...]” (*Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 36).

²¹¹ *Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica*, *op. cit.*, p. 15-6.

²¹² Segundo Pérez Luño, a teoria da interpretação de Friedrich Carl von Savigny, formulada no âmbito do direito privado, exerceu decisiva influência metodológica sobre a escola alemã de direito público (*Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 251). Assim, “apegado a los esquemas clásicos de la dogmática germana de derecho público, Forsthoff expresa su fidelidad hacia el método jurídico de interpretación, concebido como actitud mediadora para la subsunción del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística” (*id.*, *ibid.*, p. 284).

de las ciencias del espíritu – que no se identifica en absoluto con dicho pensamiento acrítico de valores jerarquizados –, buscando la solución en una vuelta a las tradicionales reglas de interpretación, viene a ignorar el complejo problema que hoy plantea la interpretación constitucional”²¹³ Nesse sentido, Hesse sustenta a tese da insuficiência do método jurídico tradicional. A Constituição tem um caráter aberto e amplo, o que faz com que os problemas de interpretação sejam mais freqüentes do que em outros âmbitos do ordenamento jurídico, nos quais as normas se apresentam mais detalhadas.²¹⁴

Para Müller, é correto exigir rigor técnico na interpretação da Constituição, a fim de que sejam asseguradas a clareza das normas e dos métodos e a segurança jurídica, conforme requer o Estado de Direito.²¹⁵ Contudo,

é incontestável que as regras da interpretação de Savigny expressamente *não* foram formuladas para o Direito Público e o Direito Constitucional. Tanto menos se pode reconhecer nos direitos fundamentais e na maioria das normas restantes da constituição enquanto ‘lei política’ institutos apreensíveis de forma puramente técnica, cuja realização não deve formular para a hermenêutica e metodologia jurídicas nenhum problema que transcenda o *organon* silogístico.²¹⁶

As regras exegéticas de Savigny, em direito constitucional, são “[...] *pontos de vista auxiliares* de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas [Rechtssätze] concretizadas”²¹⁷

Böckenförde aponta diferenças significativas entre as normas constitucionais e as normas legais. Enquanto estas apresentam um grau relativamente alto de determinação material e contêm uma programação condicional (se..., então...), ligando o suposto de fato à consequência jurídica, a Constituição é fragmentária e fracionada. Os preceitos constitucionais

²¹³ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 35, número de margem 52.

²¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 34, número de margem 50.

²¹⁵ *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 37.

²¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 37.

²¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 38.

contienen en lo esencial – al lado de las regulaciones comparativamente detalladas en el ámbito de las competencias y en algunas cuestiones de organización – principios que requieren previamente del rellenado y de la concretización, para ser realizables en el sentido de una aplicación jurídica. Preceptos de programación final que sólo fijan el fin – a veces en si no susceptibles de una única interpretación – pero dejan abierta la forma, medio e intensidad de la realización; fórmulas lapidárias, que a menudo heredadas de la tradición constitucional – se ponen para algo que no encuentra en su acepción literal ninguna expresión aproximada; fórmulas de compromiso que son precisamente expresión de la falta de acuerdo y que postergan la decisión.²¹⁸

Sob o ponto de vista metódico-interpretativo, a igualdade estrutural entre Constituição e lei é uma ficção.²¹⁹

A especificidade da normas constitucionais também foi objeto de análise na doutrina constitucional brasileira. Barroso destaca quatro peculiaridades que singularizam as normas constitucionais: (a) a *superioridade hierárquica*, o que “[...] confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido”;²²⁰ (b) a *natureza da linguagem*, que dá aos preceitos constitucionais “[...] maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica”;²²¹ (c) o *conteúdo específico*, porque, ao lado de normas de condutas, há normas de organização – que estruturam o Estado e disciplinam a criação e aplicação de normas de condutas, que não se apresentam sob a forma de juízos hipotéticos e não geram direitos subjetivos – e normas programáticas, “[...] indicadoras de

²¹⁸ Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica, *op. cit.*, p. 17. Ainda da doutrina alemã, sobre as peculiaridades das normas constitucionais, é oportuno citar Stern: “la interpretación de las **normas constitucionales** tiene que tomar en consideración las siguientes **particularidades**: – Las normas constitucionales incorporan el orden fundamental organizativo y material del Estado y de la vida comunitaria [...] están a menudo formuladas de manera amplia, indeterminada e incompleta [...] determinan el acontecer político [...] entrañan consecuencias para la jurisprudencia infraconstitucional [...] están confiadas en su interpretación vinculante en última instancia a una jurisdicción de un tipo especial” (*op. cit.*, p. 285).

²¹⁹ Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica, *op. cit.*, p. 17.

²²⁰ *Op. cit.*, p. 101. Sobre a superioridade hierárquica, ver também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 66; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 419.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 101. Sobre a linguagem das normas constitucionais, ver também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 67-8 e, deste mesmo autor, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 54-60.

valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados”.²²² (d) e, por fim, o *caráter político*, quanto à origem, ao objeto e aos resultados de sua aplicação.²²³

Que as normas constitucionais têm características diferentes das normas legais ordinárias é uma verdade que ninguém refuta no atual estágio da teoria constitucional. Mas por que assim o são? Canotilho explica:

sendo os preceitos constitucionais *modos* de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige *abertura, flexibilidade, extensão* ou *indeterminabilidade*, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direcção política e uma adaptação concreta do programa constitucional.²²⁴

Portanto, a rigor, a abertura semântica e estrutural não são defeitos das normas constitucionais, mas virtudes. Decorrem da natureza mesma da Constituição, como ordenamento-

²²² BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 103.

²²³ *Id.*, *ibid.*, p. 104-6. Sobre o caráter político, ver também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 66-7; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 420-3. Aqui, é oportuno e elucidativo, acerca do caráter político da Constituição, citar Wróblewski: “La Constitución es un acto político y legal. Se puede argüir que cada regla legal es política por razón de la misma naturaleza del derecho, pero aquí importa subrayar que la Constitución es un acto normativo con el carácter político especialmente pronunciado. Esto es así por razón de la génesis de la Constitución, de su contenido y de su función. La Constitución en su conjunto expresa más o menos adecuadamente las relaciones políticas de una sociedad organizada en un Estado, fija las estructuras básicas del aparato estatal y funciona como salvaguarda del mantenimiento y desarrollo del sistema sociopolítico. La Constitución garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. La Constitución, por tanto, perfila las reglas básicas de la política que se expresan en formas legales. La estructura del Estado, las relaciones entre los cuerpos representativo y administrativo, los grados de centralización y descentralización están fijados junto con el esbozo de las tareas principales y, eventualmente [sic], de las direcciones de la actividad del Estado” (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid : Civitas, 1988, p. 112). Por isso, “[...] la interpretación constitucional está usualmente más estrechamente unida a problemas políticos que la interpretación de otras reglas del nivel jerárquico legal e infralegal. La interpretación de reglas constitucionales decide más sobre problemas políticamente relevantes y está vinculada a más opciones políticas que la interpretación de otras reglas” (*id.*, *ibid.*, p. 114). Nas palavras de Stern, “el derecho constitucional regula la actividad política, la formación de la voluntad política [...]” (*op. cit.*, p. 287).

²²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Coimbra, 1994, p. 192-3. Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Canosa Usera: “se constata que la indeterminación, reflejada en las Constituciones modernas, tiene carácter, efectivamente, intencional; el constituyente la ha deseado y plasmado en el texto fundamental. Además de promover el consenso entre los grupos políticos, la ductilidad de las disposiciones ambiguas permite también una adaptación a las nuevas situaciones y cambios que sufrirá una nación durante el período más o menos largo de vigencia de cada Constitución en cuestión” (CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 62).

marco,²²⁵ como norma fundamental, como sistema normativo aberto de princípios e regras.²²⁶ O caráter aberto e amplo da Constituição é que permite a mutação constitucional, evitando o processo constituinte, originário e derivado, permanente, com resultados políticos e jurídicos nem sempre seguros, previsíveis e desejáveis para a vida social.

As normas definidoras e garantidoras de direitos fundamentais são diretamente expressas por disposições de direito fundamental inseridas na Constituição.²²⁷ Assim, para elas vale tudo quanto foi dito sobre as normas constitucionais. Contudo, algo mais é preciso acrescentar.

Além da abertura, da indeterminação, da regulamentação incompleta ou imperfeita, da abstração, da generalidade, da elasticidade, da esquematicidade, da enunciação em forma de programa-fim, os enunciados que expressam normas de direitos fundamentais fazem referência, como anotou Andrade, a conceitos indeterminados e de valor que “[...] transportam a história das idéias filosóficas ou políticas, em que mundividências diferentes disputam as mesmas palavras e as enchem de conotações próprias, numa linguagem mais apelativa que descritiva, tanto mais vaga e ambígua quanto mais heterogênea é a sociedade e mais compromissória tenha sido a elaboração do texto da Constituição”²²⁸

²²⁵ Expressão de Böckenförde (Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica, *op. cit.*, p. 17).

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1033 *et seq.* Sobre as normas-princípios e as normas-regras, *ver* capítulo V (*infra*).

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 63-6.

²²⁸ *Op. cit.*, p. 119. Trata-se do caráter axiológico das normas jusfundamentais. Todas as constituições de Estados democráticos de Direito fazem referência, de modo especial quando consignam direitos fundamentais, a conceitos como dignidade humana, liberdade, igualdade, justiça, moral, honra, valores superiores, valores supremos. etc. Sobre o caráter axiológico das normas constitucionais, *ver*: CANOSA USERA, Raúl. *Op. cit.*, p. 131-4; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 307-8.

Segundo Gavara de Cara, as indeterminações ou aberturas das normas de direito fundamental podem ser semânticas, estruturais ou em relação ao suposto de fato.²²⁹ Para explicar as indeterminações semânticas e estruturais, toma como modelar o art. 5, parágrafo 3, da LF, segundo o qual “el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”

Conforme o constitucionalista espanhol, “la indeterminación o apertura semántica implica la inexistencia de significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental. En el caso de art. 5 pár. 3 LF nos podemos preguntar qué significa arte, ciencia, investigación y enseñanza”²³⁰ Já a indeterminação ou abertura estrutural significa a não-univocidade prescritiva do direito fundamental. Da interpretação do art. 5, parágrafo 3, da LF, pode resultar a conclusão de que o destinatário deve abster-se de intervir na arte, na ciência, na investigação e no ensino. Nessa hipótese, o sentido prescritivo é proibitório. Contudo, o TCF, em uma das suas sentenças [BVerfGE 35, 79 (114 e ss.)], ao aplicar o referido dispositivo constitucional, decidiu que o Estado deve possibilitar e fomentar a ciência mediante meios pessoais, financeiros e organizatórios.²³¹ Portanto, a um mesmo direito fundamental agregaram-se diferentes sentidos prescritivos.

Por fim, “las indeterminaciones o aperturas en relación al supuesto de hecho hacen referencia a las acciones que cabe subsumir en la norma que establece un derecho fundamental”²³²

Assim, em razão das características que lhe são próprias, as normas constitucionais, aqui de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, requerem uma metódica

²²⁹ *Op. cit.*, p. 71-5. Sobre as aberturas semântica e estrutural, ver também: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 67-8.

²³⁰ *Op. cit.*, p. 71-2.

²³¹ *Id.*, *ibid.*, p. 72.

²³² *Id.*, *ibid.*, p. 73.

interpretativa diferenciada.²³³ Dadas as dificuldades adicionais, os métodos tradicionais, embora necessários e úteis, não são suficientes.²³⁴ Além deles, outros recursos têm de ser utilizados.

Constatada a insuficiência do método hermenêutico clássico, várias tentativas de superação foram feitas, buscando-se constituir uma metódica adequada à interpretação constitucional.

2 Da tópica jurídica à hermenêutica constitucional concretizante

Uma destas tentativas foi a aplicação da tópica jurídica à interpretação constitucional.²³⁵ Segundo Canotilho,

o método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (a) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.²³⁶

²³³ Conforme Guerra Filho, “praticar a ‘interpretação constitucional’ é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, numa época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas” (Da interpretação especificamente constitucional, *op. cit.*, p. 255).

²³⁴ Sobre a insuficiência dos cânones tradicionais de interpretação, Alexy faz uma crítica ainda mais abrangente, ao afirmar que enquanto regras (os cânones), embora não careçam de valor, são insuficientes para a fundamentação de decisões jurídicas. Como evidências dessa insuficiência, o autor alemão cita os problemas do número de cânones, da ordenação hierárquica entre eles e o problema de sua indeterminação; problemas que ainda são objeto de análise e discussão no campo da dogmática jurídica. *Ver*: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 24-5.

²³⁵ A retomada da tópica no âmbito da ciência jurídica deve-se a Theodor Viehweg, com a obra *Topik und Jurisprudenz* (edição brasileira: *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 153 p.). Segundo Böckenförde, Häberle foi quem levou até as últimas conseqüências a aplicação do método tópico orientado ao problema em matéria de interpretação constitucional (Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y critica, *op. cit.*, p. 24-6). A propósito, *ver*: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional : a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre S. A. Fabris, 1997. 55 p.

²³⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1085.

A interpretação constitucional se realizaria mediante um processo de argumentação, no qual a premissa básica é o primado do problema sobre a norma e o sistema normativo. Estes, no processo de argumentação, são um ponto de vista ao lado de outros.²³⁷ “Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente ao problema”²³⁸

Em objeção a essa proposta metodológica, Böckenförde afirma que a primazia do problema em relação à norma e ao sistema produz, no limite, um questionamento da vigência normativa das leis, reduzidas simplesmente a pontos de vista. Desde a perspectiva constitucional, “en sus decisiones fundamentales y normaciones singulares, la Constitución se convierte, con esto, en una combinación de puntos de vista relevantes para la solución de problemas, junto a otros, cuya relevancia en el caso concreto no viene ya determinada por sí mismos, sino por la correspondiente precompresión consensuada”²³⁹

Tendo como ponto de partida a teoria da interpretação de Smend, propôs-se o método científico-espiritual ou método integrativo. Conforme Böckenförde,

la tesis principal es [...] que el sentido y la realidad de la Constitución, no el texto literal y la abstracción dogmática, es lo que ha de constituir el fundamento y criterio de su interpretación. Tan sólo a partir de este fundamento se puede determinar convenientemente, y de forma adecuada al objeto, el contenido normativo de la Constitución. La comprensión axiológica de las ciencias del espíritu sobre la Constitución se presenta como via metódica para alcanzar este fin.²⁴⁰

A objeção principal a essa proposta metódica é a de inversão do ponto de referência na interpretação: prevalência dos juízos de realidade e da função social da Constituição sobre os

²³⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst -Wolfgang. *Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y critica, op. cit.*, p. 20-1.

²³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1085.

²³⁹ *Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y critica, op. cit.*, p. 23.

princípios e decisões normativas fundamentais da Constituição.²⁴¹ Tal como a tópica, também o método científico-espiritual é acusado de degradação normativa da Constituição.

Não obstante a influência do método tópico orientado ao problema e do método científico-espiritual, espaço privilegiado no cenário teórico da interpretação constitucional ocupa o método hermenêutico concretizador de Hesse. Para o constitucionalista alemão, “restringirse a las ‘reglas tradicionales de interpretación’ supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional; supone en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo por lo que sólo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros”²⁴² Segundo Hesse, “la interpretación constitucional es ‘concretización’”²⁴³ Que isso significa? Significa que a interpretação só deve ocorrer onde a Constituição não for clara, apresentar pontos de obscuridade, onde houver dúvidas, cabendo ao intérprete determinar o conteúdo material da Constituição.²⁴⁴ As-

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 27-8. Sobre o método científico-espiritual, ver também: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086-7; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 435-8.

²⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica*, *op. cit.*, p. 29-30.

²⁴² *La interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 40, número de margem 59.

²⁴³ *Ibid.*, p. 40, número de margem 60.

²⁴⁴ A tese de Hesse, segundo a qual só há interpretação constitucional onde há dúvida, gerou e continua gerando polémica. (Indicações sobre posicionamentos a favor e contra a tese encontram-se em: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 41-5.) Para Pérez Luño, sempre há interpretação: “frente al brocardo tradicional *in claris non fit interpretatio*, que reduce la tarea interpretativa a los supuestos de oscuridad o equivocidad del lenguaje normativo, hay que sostener que la interpretación acompaña a todo acto de aplicación y realización del derecho” (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 256). Pérez Luño se opõe expressamente à tese de Hesse, porque aceitá-la implicaria “[...] admitir que existe un único y auténtico significado de las normas constitucionales, quedando reducida su aplicación a mera actividad de subsunción mecánica; lo que se hallaría en contradicción abierta con el carácter abierto y amplio de la normativa constitucional, que el próprio Hesse reconoce expresamente. De ahí que la interpretación constitucional tenga por objeto la atribución de significado a manifestaciones del lenguaje normativo abierto a diferentes sentidos posibles, pero no la ejecución de mandatos unívocos y concluyentes” (*ibid.*, p. 257). Também para Ascensão, toda fonte de direito necessita de interpretação. Constata que “há uma certa tendência para confundir ‘interpretação’ e ‘interpretação complexa’ e supor que se a fonte é clara não há motivo para falar de interpretação” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 309). *In claris non fit interpretatio* é a expressão dessa tendência. Contudo, segundo Ascensão, “[...] esta posição é contraditória nos seus próprios termos. Até para concluir que a disposição legal é evidente

sim, a norma constitucional se completa com sua interpretação. Diz Hesse: “en este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo; el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en esse sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”²⁴⁵ A Constituição não é um sistema

foi necessário um trabalho de interpretação, embora quase instantâneo, e é com base nele que se afirma que o texto não suscita problemas particulares. Se toda a fonte consiste numa matéria e procura transmitir um sentido ou conteúdo intelectual, a que chamaremos o seu *espírito*, tem sempre de haver uma tarefa intelectual, por mais simples que seja, como condição para extrair da matéria o espírito que a matéria esconde” (*ibid.*, p. 309). Para outros autores, sempre há interpretação, porém observam que o grau de complexidade e a amplitude da interpretação é variável. Díaz Revorio distingue entre interpretação em sentido estrito, na qual interpretar é atribuir significado a uma disposição ou enunciado constitucional em razão da existência de uma dúvida ou controvérsia, e interpretação em sentido amplo, como qualquer atribuição de significado a um texto constitucional, independentemente de dúvida ou controvérsia (*op. cit.*, p. 42-3). Wróblewski (*op. cit.*, p. 21-6), a partir de um referencial semiótico, classifica a interpretação em: a) interpretação *sensu largissimo*, que é “[...] la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural” (p. 21); esta “interpretación cultural” é utilizada pelas ciências humanas; b) interpretação *sensu largo*, que é a compreensão de qualquer signo linguístico, “[...] atribuyéndole un significado de acuerdo con reglas de sentido de esse lenguaje” (p. 22); c) interpretação *sensu stricto*, que é “[...] determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación” (p. 22). Wróblewski constata duas situações no plano da comunicação: “o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación” (p. 23). Idêntica situação ocorre no discurso jurídico. Há casos em que não existe dúvida acerca do significado dos textos legais (“situação de isomorfia”) e outros em que há controvérsia, que exigem interpretação (“situação de interpretação”) (p. 23). (Observação: Wróblewski utiliza o termo “interpretación” como sinônimo de “compreensão”.) Observe-se que decisivo é identificar se há clareza ou dúvida. Para Wróblewski, clareza é uma noção pragmática. É dizer: é o contexto ou função de uso que determina a clareza ou não. Assim, “[...] los textos formulados en lenguaje legal se interpretan cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos” (p. 26). Na literatura brasileira, embora sem fazer referência à tese de Hesse, Grau teorizou sobre este problema. Grau sustenta “[...] o caráter *alográfico* do direito, por isso definindo a interpretação do direito como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*); neste sentido, o intérprete ‘produz a norma’” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 164, nota de rodapé 1). Grau, incorporando posições desenvolvidas por Wróblewski, também distingue entre interpretação em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, interpretação é atividade objetivando a compreensão de signos linguísticos. É dizer: “diante de determinado signo linguístico, a ele atribuímos um específico significado, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece” (*ibid.*, p. 164-5). Trata-se das situações em que “[...] as palavras e expressões da linguagem nela utilizadas são suficientemente claras, verificando-se, então, uma situação de isomorfia [...]” (*id.*, *ibid.*, p. 165). Há, porém, situações nas quais existem dúvidas sobre os sentidos das palavras e expressões. Então requer-se uma interpretação que não se reduz ao meramente compreender. É uma interpretação em sentido estrito (*ib.*, *ibid.*, p. 165). Em sentido estrito, a interpretação desenvolve-se em três contextos (*ib.*, *ibid.*, p. 166-7): a) *linguístico*: quando as dúvidas decorrem das ambigüidades e zonas de penumbra da linguagem jurídica; b) *sistêmico*: dúvidas quanto ao significado de uma norma em face de outras normas do sistema jurídico; c) *funcional*: aqui, “[...] as situações de dúvida consistem, basicamente, na coexistência *prima facie* de múltiplas funções, conflitivas e mesmo excluídas entre si, atribuíveis a uma mesma norma” (*ib.*, *ibid.*, p. 167).

²⁴⁵ La interpretación constitucional. *op. cit.*, p. 40-1, número de margem 60.

(lógico-axiomático ou de hierarquia de valores) fechado e unitário e sua interpretação não é a simples execução de algo pré-existente.²⁴⁶

A interpretação constitucional como concretização requer o atendimento de determinadas condições: a pré-compreensão e o problema concreto a resolver. Não há como o intérprete se desvincular de sua pré-compreensão, pretender assumir um ponto de vista a-histórico, quase arquimediano, livre de hábitos mentais consolidados, de conhecimentos e pré-juízos.²⁴⁷ A compreensão do conteúdo da norma tem como ponto de partida a pré-compreensão do intérprete. Contudo, este dela deve estar consciente, evitando a arbitrariedade interpretativa, por meio de um processo de comprovação, correção e revisão.²⁴⁸ Para Hesse, cabe ao intérprete fundamentar a pré-compreensão em uma teoria constitucional.

A segunda condição da interpretação constitucional concretizadora é o problema concreto. Segundo Hesse, “‘comprender’ y, con ello, ‘concretizar’ sólo es posible con respecto a un *problema concreto*. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora [...] No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”²⁴⁹ Também o problema

²⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 42, número de margem 66.

²⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 41, número de margem 62.

²⁴⁸ “El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la ‘cosa’ por parte de los proyectos en cada caso revisados, la unidad de sentido queda claramente fijada” (*id.*, *ibid.*, p. 41, número de margem 60).

²⁴⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 42, número de margem 64. Nesse sentido, escreve Müller: “[uma metódica] não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da ‘pré-compreensão’ da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso” No parágrafo seguinte acrescenta: “uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’ Isso se evidencia sempre somente na tentativa da concretização. Nela não se ‘aplica’ algo

depende da pré-compreensão do intérprete e, por conseguinte, ela também requer uma fundamentação teórico-constitucional.²⁵⁰

Não há método de interpretação autônomo, desvinculado da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto a ser resolvido.²⁵¹ Na precisa síntese de Bonavides, “o método concretista da interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘*compreensão prévia*’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*”²⁵²

Como se vê, o método concretizador recepciona a tópica orientada ao problema. Mas vai além, supera-o conservando-o em parte. Enquanto o pensamento tópico parte da primazia ao problema, tendo o texto normativo como um dos *topoi* ao lado de outros – o que pode produzir soluções desvinculadas do texto, ultrapassando-se os limites da interpretação –, o método concretizador dá primazia ao texto, limite último de toda interpretação constitucional. “Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas”, diz Hesse.²⁵³

A interpretação requer um procedimento de concretização: “a través de una actuación ‘tópica’ orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la mane-

pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído” (*Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 52).

²⁵⁰ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 42, número de margem 65.

²⁵¹ *Id.*, *ibid.*, p. 42, número de margem 66.

²⁵² *Op. cit.*, p. 440.

²⁵³ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 49, número de margem 78. No mesmo sentido, escreve Müller: “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Outro somente vale onde o teor literal for comprovadamente viciado. Decisões que passam claramente por cima [überspielen] do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito” (*Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 64).

ra más clarificadora y convincente posible (topoi)”²⁵⁴ De um lado, a atividade do intérprete deve excluir pontos de vista estranhos ao problema; de outro, deve incluir no programa normativo e no âmbito normativo os elementos concretizantes oferecidos pela norma constitucional e a Constituição como um todo.²⁵⁵ Some-se a isso os princípios da interpretação constitucional, aos quais “[...] corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”²⁵⁶ Tais princípios são o da unidade da Constituição, o da concordância prática, o da correção funcional, o da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição.²⁵⁷ Com esse procedimento, Hesse entende que há a superação da tópica pura aplicada à interpretação constitucional: “este procedimiento tópico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables”. Não uma racionalidade total, mas uma racionalidade possível.²⁵⁸

²⁵⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 43, número de margem 67.

²⁵⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 43-4, números de margem 67-9. Como se vê, Hesse recepciona os conceitos de programa normativo e âmbito normativo de Müller. Sobre estes conceitos, *ver* capítulo II (*supra*).

²⁵⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 45, número de margem 70.

²⁵⁷ *Id.*, p. 45-8, números de margem 71-5. Na sequência da exposição, ver-se-á o que significa cada um deles e seu significado em matéria de colisão de direitos fundamentais.

²⁵⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 48, número de margem 76. Böckenförde põe em dúvida o êxito de Hesse. Se há interpretação, é porque as normas constitucionais são indeterminadas, fragmentárias, lapidarmente concisas. Então como estabelecer uma rigorosa vinculação ao texto da norma (primado do texto) se é o próprio texto que precisa ser interpretado, ter um conteúdo certo? Como vincular a interpretação àquilo que ela mesma tem de produzir? “En la medida en que la norma es indeterminada, y sólo en la interpretación obtiene un contenido (lo que es el punto de partida para la ‘concretización’), no puede ser a un tiempo elemento de vinculación de la interpretación” (Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventário y crítica. *op. cit.*, p. 32).

3 Princípios da interpretação constitucional

Deve-se principalmente à hermenêutica concretizante de Hesse a elaboração de um catálogo de princípios tópicos da interpretação constitucional. Esse catálogo, como lembra Canotilho, tornou-se uma referência obrigatória na teoria da interpretação constitucional contemporânea.²⁵⁹

Contudo, antes da abordagem destes princípios, há que se dizer da relevância – da insuficiência já se falou – dos métodos clássicos de interpretação jurídica.²⁶⁰ Dizer que os métodos ou regras clássicas de interpretação são insuficientes não significa dizer que deles se pode prescindir.

3.1 Os métodos tradicionais de interpretação

Gramatical, histórico, teleológico e sistemático são os principais métodos tradicionais de interpretação.²⁶¹

²⁵⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1096.

²⁶⁰ Segundo a metódica estruturante (aplicada ao direito constitucional) de Müller, na interpretação do texto da norma utilizam-se todos os recursos hermenêuticos, desde os tradicionais até os modernos princípios de interpretação constitucional. Da aplicação desses recursos – que, segundo o autor alemão, pertencem ao conjunto dos elementos metodológicos *strictiore sensu* da concretização da norma –, resulta o programa da norma, com o qual se formula a primeira parte da norma de decisão (Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos, *op. cit.*, p. 104; *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 60 *et seq.*).

²⁶¹ Duas considerações aqui são necessárias. Primeira: alguns autores – Tercio Sampaio Ferraz Júnior, para citar um –, mencionam, além destes, outros métodos: sociológico, evolutivo, axiológico, lógico (*Introdução ao estudo do direito* técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo Atlas, 1994, p. 286-93). Alexy, comparando a lista de Savigny, Larenz e Wolff, constata que o número de cânones ainda é um problema não resolvido (*Teoría de la argumentación jurídica*, p. 25). Segunda: ora se fala em métodos, ora em regras, ora em elementos, ora em cânones, ora em procedimentos. Ferraz Júnior, embora os qualifique de métodos hermenêuticos, admite que “os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas [...]” (*op. cit.*, p. 286). Quanto ao número de métodos, é possível admitir uma pluralidade que ultrapasse aos gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Mas certamente estes são os principais. Além disso, alguns podem ser associados ou até mesmo reduzidos a outros: o lógico ao sistemático, o axiológico ao teleológico, o sociológico ao histórico. Quanto à terminologia, se método ou regra, parece ser de menor importância. Se se considerar a cada um deles como um processo lógico de abordagem ou uma via autônoma de acesso ao objeto, visando apreendê-lo, então a expressão mais adequada seria “método”. Se os tiver como procedimentos ou instrumentos intelectivos articulados no processo de interpretação, então o mais adequado seria “regras” ou “técnicas”. Contudo, se método ou técnica, aparentemente pouco importa do ponto de vista dos resultados da interpretação. Aqui, a distinção entre

Por meio da interpretação gramatical – também denominada de filológica, literal, semântica – atribui-se significado básico ao texto constitucional. Sua importância advém do fato de que “[...] o texto da norma é o ponto de partida do processo de concretização, implementado pelo jurista, v.g. pelo juiz”²⁶² O sentido básico ou literal servirá à interpretação como uma primeira orientação e delimitará o campo no qual se movimentará o operador do direito.²⁶³

Com a interpretação histórica busca-se o sentido da norma constitucional, investigando-se os precedentes normativos, os trabalhos preparatórios e a *occasio legis*.²⁶⁴

A interpretação teleológica pergunta pela finalidade da norma. O pressuposto é de que toda norma tem uma justificação social²⁶⁵ ou pretende ser uma regulação “materialmente adequada”²⁶⁶ Na definição de Barroso, “chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”²⁶⁷

método e técnica existente no campo da epistemologia não produz diferenças no plano das conseqüências, é indiferente para a validade ou correção dos resultados.

²⁶² MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos*, *op. cit.*, p. 104.

²⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 390. Como alerta Andrade, “[...] apesar da sua abertura e indeterminação, as normas escritas não deixam de ser o ponto de partida e a base da descoberta das soluções jurídicas” (*op. cit.*, p. 127). Segundo Barroso, “as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados” (*op. cit.*, p. 122). É dizer: abusos semânticos estão proibidos.

²⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 325-7. Segundo Barroso, o método histórico goza de certa reputação no sistema da *common law*, mas é o menos prestigiado nos sistemas romano-germânicos (*op. cit.*, p. 125). Nesse sentido, oportuna também é a manifestação de Andrade: “[...] importa confirmar que o fim da interpretação não é a determinação da vontade do legislador constituinte histórico [...] não pode esquecer-se que a Constituição não é uma pura manifestação de poder que se perpetua. A Constituição, na sua rigidez formal, tem uma intenção integradora e a sua tarefa principal é a criação e manutenção contínua da unidade política e da unidade do ordenamento jurídico – intenção e tarefa que só se cumprem através da ligação constante à realidade do momento presente” (*op. cit.*, p. 127).

²⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 327.

²⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 402.

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 129-30.

Por fim, a interpretação sistemática, segundo a qual nenhuma disposição ou preceito pode ser interpretado isoladamente ou fora de seu contexto normativo. A interpretação sistemática tem a unidade do sistema ou ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, como pressuposto e como finalidade. Vale dizer: parte da idéia de unidade e, ao mesmo tempo, tem de preservá-la, fortalecê-la.²⁶⁸

Para alguns autores, como é o caso de Pietro Merola Chierchia, a interpretação sistemática tem “prioridade lógica com respeito aos outros critérios interpretativos”²⁶⁹ De certa maneira, é dela que deriva um dos mais importantes princípios da interpretação constitucional: o da unidade da Constituição (*ver infra*).

Como antes frisado, embora insuficientes, esse métodos são necessários na interpretação das normas constitucionais. De sua aplicação resulta o programa normativo, parte integrante da norma de decisão.

Por último, saliente-se que, não obstante seja plausível cogitar de uma hierarquia entre os métodos²⁷⁰ quando da interpretação constitucional – dando-se, por exemplo, preferência ao sistemático e ao teleológico –, é certo que não é possível obter resultados satisfatórios se aplicados de forma isolada.²⁷¹

²⁶⁸ Sobre a unidade do sistema jurídico, *ver*: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1990, p. 115 *et seq.*; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : Polis, Ed. UnB, 1991, p. 37-70.

²⁶⁹ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

²⁷⁰ O ordenação hierárquica dos métodos, segundo Alexy, ainda é um problema não resolvido: “diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy” (*Teoría de la argumentación jurídica*, p. 25).

²⁷¹ Nesse sentido, é primorosa a análise de Hesse: “Tampoco los distintos ‘métodos’ de la interpretación tomados uno por uno ofrecen orientación suficiente. Es frecuente que el texto no diga aún nada que sea inequívoco acerca del significado de la palabra, con lo que se plantea el problema de cómo determinar este significado: si con arreglo al lenguaje usual, o al lenguaje jurídico especializado, o bien según la función que en cada caso asuma el concepto. La ‘interpretación sistemática’ puede ser manejada de diferente modo, según que

3.2 Princípios específicos da interpretação constitucional

3.2.1 Princípio da unidade da Constituição

Também denominado princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, é seguramente um dos mais importantes princípios da interpretação constitucional. Parte da premissa de que existe uma relação de interdependência entre todos os elementos que compõem a Constituição.²⁷² Segundo o princípio, “[...] todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales”²⁷³

lo que se tenga en cuenta sea el lugar de la ley donde se inserte el precepto, o bien su conexión material. La ‘interpretación teológica’ [sic] es prácticamente una carta blanca, pues con la regla de que hay que plantearse el sentido de un precepto no se avanza nada respecto de la pregunta fundamental, la de cómo descubrir dicho sentido” E Hesse vai mais longe ao questionar a relação entre os métodos: “finalmente, tampoco es clara la relación de los distintos métodos entre sí. Queda por decidir cuál de aquéllos haya que seguir en cada caso, o a cuál de los mismos deba darse preferencia, en particular cuando conducen a resultados diferentes” (La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 37-8, número de margem 57). Sobre a interrelação dos métodos, escreveu Müller: “[...] as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como ‘métodos’ autônomos para si. No processo da concretização elas não somente revelam complementar e reforçar-se reciprocamente, mas estar entrelaçadas materialmente já a partir do seu enfoque. Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como *facetas distintas de uma norma concretizanda no caso*” (*Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 68).

²⁷² “La idea de la unidad de la constitución parte de que la constitución no es un conglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas las unas a las otras, sino que está sostenida por una concepción, por una idea, que intenta ser un todo cerrado del orden de la vida de la comunidad y del estado. Porque el constituyente pretende este todo, las normas jurídicas que son expresión de su voluntad, tienen que ser interpretadas a la luz de esta pretensión unitaria. El hecho de que la idea de la unidad no pueda ser realizada *sin fisuras e incluso sin contradicciones*, es algo que va con la propia naturaleza de un ordenamiento constitucional, en el cual se reflejan situaciones de tensión, compromisos, contradicciones” (STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 292).

²⁷³ HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 45, número de margem 71. Acerca da origem, fundamento e relevância no pensamento teórico constitucional contemporâneo da categoria *unidade da Constituição*, veja-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 143-6. Sobre o princípio da unidade da Constituição na doutrina brasileira, ver por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 181-98.

Não há hierarquia normativa entre os preceitos constitucionais, pois “[...] *todas as normas da Constituição têm o mesmo valor*; todas as normas inseridas no texto constitucional fazem parte do *corpus constitucional*”²⁷⁴

No âmbito do direitos fundamentais, como anotou Otto y Pardo, o princípio da unidade da Constituição é o fundamento de toda limitação ou restrição. Já se observou nesta exposição²⁷⁵ que o fato de o constituinte, na enunciação de alguns direitos fundamentais, ter descrito com alguns detalhes o conteúdo protegido e, em outros, ter estabelecido reserva de lei, com a finalidade de proteger direitos de terceiros e bens de toda a coletividade, não eliminou ou esgotou a possibilidade de conflitos ou tensões de direitos e bens na vida prática. E que, além disso, a ausência de restrições diretamente ou indiretamente constitucionais não autoriza a conclusão de que direitos, principalmente os reconhecidos sem reserva de lei, sejam absolutos, ilimitados, incontrastáveis.

Também já definiu-se a colisão de direitos como uma concorrência conflitiva de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.²⁷⁶

Pois bem, na hipótese de colisão, na qual normas constitucionais conflitam no caso concreto, cabe ao intérprete, legislador ou operador do direito, encontrar a solução que preserve a unidade da Constituição, porque “[...] el principio de la unidad de la Constitución exige una labor de ‘optimación’”²⁷⁷ dos direitos e bens em colisão.

A não-observância da unidade da Constituição implica, primeiro, sua fragilização normativa, depois, a sua destruição como lei fundamental da sociedade.

²⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1013.

²⁷⁵ Ver capítulo II (*supra*).

²⁷⁶ Ver capítulo III (*supra*).

²⁷⁷ HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. *op. cit.*, p. 46, número de margem 72.

3.2.2 Princípio da concordância prática

De capital importância no âmbito dos direitos fundamentais é o princípio da concordância prática, segundo o qual

[...] los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro [...] La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.²⁷⁸

É um princípio de harmonização dos direitos em colisão.²⁷⁹

3.2.3 Princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora

Segundo Hesse, é um princípio de valoração dos pontos de vista formulados na interpretação. Trata-se de “[...] otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad”²⁸⁰ Significa que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”²⁸¹

Este princípio também é de grande importância para os direitos fundamentais. Primeiro, porque ele decorre da exigência da unidade da Constituição, e, segundo, porque os direitos

²⁷⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 45-6, número de margem 72. O imperativo da harmonização das normas constitucionais é consequência lógica do princípio da unidade da Constituição (STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 294). O princípio da proporcionalidade, como objeto desta investigação, será analisado nos capítulos VI, VII e VIII (*infra*).

²⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1098.

²⁸⁰ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 47, número de margem 74.

²⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1097.

fundamentais constituem a parte material nuclear da Constituição, cuja realização é *conditio sine qua non* para a integração política e social.

3.2.4 Princípio da força normativa da Constituição

Segundo este princípio, é preciso “[...] dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso”²⁸² Trata-se da tarefa de garantir, nas soluções jurídico-constitucionais, a atualização normativa da Constituição.

As conseqüências no âmbito dos direitos fundamentais são óbvias. A perda da força normativa significaria fazer dos direitos fundamentais, como no passado, meras declarações políticas, sem força vinculante. Seria voltar ao tempo em que esses direitos estavam à livre disposição do legislador, apenas ganhando força jurídica quando objeto de lei.

3.2.5 Princípio da correção funcional ou da conformidade funcional

Este princípio determina que “[...] el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y de resultado de dicha interpretación”²⁸³ O princípio se aplica

²⁸² HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 47-8, número de margem 75. Sobre o papel da interpretação para a força normativa da Constituição, escreveu Hesse em outro trabalho já considerado um clássico da teoria constitucional: “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre S. A. Fabris, 1991, p. 22-3).

²⁸³ La interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 47, número de margem 73.

principalmente nas relações entre o legislador e o tribunal constitucional. O tribunal, ao exercer a função de controle, não pode restringir o poder conformador do legislador mais do que permite a Constituição.²⁸⁴

Para Canotilho, hoje, a conformidade funcional é mais um princípio autônomo de competência do que um princípio de interpretação constitucional.²⁸⁵

Embora de forma menos evidente, este princípio também vale na interpretação dos direitos fundamentais, principalmente quando cabe ao tribunal constitucional fazer o controle (de constitucionalidade) das leis restritivas de direitos fundamentais.

3.2.6 Princípio da efetividade

O significado deste princípio tem, em Canotilho, uma formulação sintética e precisa: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”²⁸⁶

O fundamento do princípio advém de uma evidência tão simples que Barroso, com a sofisticação de sempre, resumiu em uma proposição: “o direito existe para realizar-se”²⁸⁷ Ainda segundo Barroso, “a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”²⁸⁸

Não há norma constitucional inútil. Todas são verdadeiras normas jurídicas. “A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser [...] a cada norma

²⁸⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 47, número de margem 73.

²⁸⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1098.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 1097.

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 227.

constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulação. *Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição*”, anotou Miranda.²⁸⁹

O princípio da efetividade ou da máxima efetividade é, seguramente, um dos mais importantes na interpretação dos direitos fundamentais.²⁹⁰ Sem o imperativo da efetividade, os direitos fundamentais seriam reduzidos a meras declarações políticas ou exortações morais, a uma retórica tão impressionante quanto vazia, com a pretensão de dar ares de civilidade a uma sociedade não-civilizada. Sem efetividade o que se tem é ou uma Constituição nominal ou uma Constituição semântica.²⁹¹

Ao analisar a interpretação dos direitos fundamentais da Constituição espanhola de 1978 pelo Tribunal Constitucional, Fernández Segado também destaca a máxima da efetividade. Mostra que o Tribunal, em razão da natureza objetiva dos direitos fundamentais, reconhe-

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 221.

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, p. 260.

²⁹⁰ A tese da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais foi formulada, originariamente, por R. Thoma, à época de Weimar (STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 295). Com a inclusão, nas constituições democráticas contemporâneas, do princípio da eficácia imediata dos direitos fundamentais (também denominado princípio da aplicabilidade direta), o fundamento normativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais deixou de ser um problema teórico de justificação, embora continue sendo um problema político e econômico de realização.

²⁹¹ Em *Teoría de la Constitución* (Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1983, p. 216-22), a partir de uma análise que denomina ontológica (porque radicada na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo político), Loweinstein classifica as constituições em normativas, nominais e semânticas. A Constituição normativa é aquela que, além de válida em sentido jurídico, é real e efetiva, sendo observada e efetivamente vivida pelos interessados (os detentores e destinatários do poder). É a Constituição viva. Ela existe quando suas normas dominam o processo político, o poder político. Na imagem de Loweinstein, é um traje que veste bem o corpo (p. 217). A Constituição nominal é aquela que é juridicamente válida, porém o processo político a ela não se adapta. “Lo que la constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes [...] en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder” (p. 218). É uma Constituição que pretende ser normativa no futuro. Na imagem de Loweinstein, o traje está no guarda-roupa e será usado quando o corpo estiver pronto para vesti-lo. A Constituição semântica é aquela que, embora aplicada, “[...] su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado” (p. 218). O traje não é um traje, mas un disfraz, uma fantasia (p. 219). Segundo Loweinstein, o ponto de partida dessa classificação ontológica “[...] es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo. sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica” (p. 217).

ceu o espaço privilegiado que eles ocupam no ordenamento jurídico, tornando-se, ao mesmo tempo, em elementos essenciais (do ordenamento) e uma decisão básica que, por força de interpretação, informa o ordenamento jurídico em sua totalidade.²⁹² A interpretação dos direitos fundamentais deverá ser da forma mais favorável à maximização do seu conteúdo.²⁹³ Conforme Fernández Segado, “se comprende de esta forma que la interpretación de los preceptos legales haya de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman e consagran derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo prevalecer en caso de duda la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental”²⁹⁴

A outra face da interpretação maximizadora do conteúdo dos direitos fundamentais é a interpretação restritiva ou minimizadora das restrições de direitos fundamentais. Principalmente, na hipótese de lei restritiva de direitos fundamentais. É dizer: a lei que restringe estes direitos deve ser interpretada restritivamente.²⁹⁵

3.2.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Finalmente, há o princípio da interpretação conforme a Constituição, cuja origem e desenvolvimento está na jurisdição constitucional alemã. Segundo a formulação do TCF, “una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de manera congruente con la constitución; pues no sólo juega a favor de ello la presunción de que una ley es compatible con la

²⁹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional, *op. cit.*, p. 87.

²⁹³ *Id.*, *ibid.*, p. 87.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 87.

²⁹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 95.

constitución, sino que el principio que se expresa en esta presunción exige también en caso de duda una interpretación de la ley conforme a la constitución”²⁹⁶

Conforme análise de Canotilho,

no caso de normas polissémicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.²⁹⁷

Há que se distinguir entre interpretação conforme a Constituição e interpretação orientada à Constituição.²⁹⁸ Esta deve ser exercida por todos os aplicadores do direito. Aquela é instrumento próprio dos tribunais constitucionais nos processos de controle de normas.²⁹⁹

* * *

Da sintética exposição dos princípios da interpretação constitucional, entre as muitas implicações ou conclusões que se pode deduzir, duas são extremamente relevantes para a investigação que aqui se empreende. Primeira: há uma profunda conexão entre eles; são princípios que se complementam na tarefa de “[...] orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del

²⁹⁶ BVerfGE 2, 266 (282) *apud* STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 298.

²⁹⁷ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1099-100. Sobre a recepção do princípio da interpretação conforme a Constituição na doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras, *ver*: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 174-81; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 473-80; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 65-6.

²⁹⁸ STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 298.

problema”³⁰⁰ Segunda: todos esses princípios são úteis na interpretação dos direitos fundamentais; contudo, na hipótese de colisão de direitos no caso concreto, destacam-se os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, do efeito integrador e da efetividade. Como já demonstrado nesta exposição, a colisão de direitos é também um problema de interpretação constitucional, embora não só.

4 Background teórico-constitucional e interpretação dos direitos fundamentais

Como já registrado, as normas de direitos fundamentais caracterizam-se pela abertura semântica e estrutural; são em geral “esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”³⁰¹ É com esses traços que elas estão inscritas nas várias constituições de Estados de Direito, e, enquanto tais (as normas), carecem de um único sentido material.³⁰²

Se de um lado, as normas definidoras de direitos fundamentais são materialmente indeterminadas, por outro, há o princípio da eficácia imediata destes direitos. Segundo Böckenförde, “la vigencia de los derechos fundamentales como derecho directamente aplicable [...] confiere a la interpretación de los derechos fundamentales una especial y transcendental importancia”³⁰³ Isso, como já exposto, exige uma metódica interpretativa diferenciada, que implica a

²⁹⁹ Segundo Canotilho, a interpretação conforme a Constituição é um princípio de controle (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1099).

³⁰⁰ HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 45, número de margen 70.

³⁰¹ RUBIO LLORENTE, F. *La Constitución como fuente del Derecho*. In: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales : Madrid, 1979, p. 63.

³⁰² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 44.

³⁰³ *Ibid.*, p. 44. O princípio da eficácia imediata dos direitos fundamentais na CRFB/88 é consagrado pelo art. 5º, § 1º

utilização dos métodos tradicionais e, principalmente, os princípios interpretativos especificamente constitucionais. Mas não é só.

Se, de um lado, inexistente um único sentido material e, mais, se há uma variedade de direitos fundamentais – direitos de defesa, de participação, a prestações –, de outro, também existe a exigência da unidade da Constituição, da concordância prática na hipótese de colisão, de harmonização de direitos. Ora, atender a essas exigências não é possível sem uma teoria da Constituição e uma teoria dos direitos fundamentais, que operem como quadros de referência “doadores” de sentido, que para além da unidade formal fundamentem ou justifiquem a unidade material.

Segundo Bonavides, “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 [...]”³⁰⁴ Consciente ou inconscientemente, sempre há uma teoria dos direitos fundamentais orientando o intérprete.³⁰⁵

Que é uma teoria dos direitos fundamentais e qual sua função? A resposta de Böckenförde é irretocável:

[...] por tal teoría [entende-se] una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución. Su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales única-

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 534.

³⁰⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1994, p. 35. Certamente, também sempre está presente uma teoria da Constituição. Todo aquele que interpreta a Constituição tem uma determinada idéia da Constituição, mesmo que difusa, e de quais as funções que ela desempenha ou deve desempenhar na vida social.

mente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/teoría de la Constitución.³⁰⁶

Portanto, a abertura semântica e estrutural, causadora da indeterminação material, deverá dar lugar à unidade de sentido, à unidade material por meio de uma interpretação mediada por uma teoria da Constituição e uma teoria dos direitos fundamentais.

Nesta investigação, não se incursionará no campo da Teoria da Constituição. Primeiramente, porque isso extrapolaria em muito aos objetivos científicos que se pretende alcançar. As relações entre teorias da Constituição e direitos fundamentais requerem uma investigação própria, com uma horizontalidade e uma verticalidade muito maiores, muito além do necessário para dar conta do problema que se formulou na *introdução (supra)*.

Em segundo lugar, porque a Teoria da Constituição tornou-se um campo complexo e movediço.³⁰⁷ Atualmente, não há uma *situação clássica* em teoria da Constituição, constata Canotilho.³⁰⁸ Com isso quer dizer que não há um acordo sobre categorias, conceitos e métodos de conhecimento. Há uma divergência profunda sobre os problemas constitucionais e as respostas a estes problemas. Embora reconheça que a Teoria da Constituição tem uma contribuição insubstituível a dar,³⁰⁹ o constitucionalista português constata a dissolução, a erosão da Teoria da Constituição. Sustenta a tese de que “[...] a teoria da constituição encontra-se hoje dissolvida noutras teorias o que conduziu à desvalorização da constituição e das teorias nela centradas”³¹⁰ A Teoria da Constituição tem sido esvaziada por teorias da justiça (Rawls, Dworkin), teorias do discurso (Habermas) e teorias sistêmicas (Luhmann, Teubner, Wilke),

³⁰⁶ Teoria e interpretación de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 45.

³⁰⁷ Para uma visão panorâmica da Teoria da Constituição contemporânea, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1181-291.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 1187.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 1188.

apenas para citar as principais. Por isso, já não é mais possível fazer Teoria da Constituição ignorando as teorias filosóficas, sociológicas, políticas (teorias da democracia), econômicas que ocupam privilegiado espaço no pensamento contemporâneo.

De qualquer forma, uma coisa é certa: “uma Teoria da Constituição, se quiser ser de alguma utilidade para a metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma *teoria da constituição constitucionalmente adequada*”,³¹¹ o que significa dizer que a Constituição positiva ainda é um elemento decisivo. Cabe à uma Teoria da Constituição adequada “[...] discutir os limites, as possibilidades e a ‘força’ actuante da constituição e do direito constitucional em várias das suas manifestações mais importante (interpretação, aplicação, âmbito material, vigência temporal)”³¹²

Se no âmbito desta investigação a não-incursão na Teoria da Constituição não prejudica, o mesmo não se poder dizer sobre as teorias dos direitos fundamentais, objeto de análise do próximo capítulo.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 1206.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 79.

³¹² *Id.*, *ibid.*, p. 80.

CAPÍTULO V

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 A tipologia de Böckenförde

A tipologia das teorias dos direitos fundamentais mais influente é a de Böckenförde, apresentada em texto de 1974.³¹³ A partir da LF e, de modo especial, da doutrina e da jurisprudência tedescas, Böckenförde identifica cinco teorias dos direitos fundamentais: a liberal, a institucional, a democrático-funcional, a do Estado social e a axiológica.³¹⁴

³¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 45-71.

³¹⁴ A tipologia das teorias dos direitos fundamentais também foi objeto de análise de Pérez Luño (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 295-310). O jusfilósofo espanhol classifica as teorias em: positivista, da ordem dos valores, institucional e jusnaturalista crítica. A teoria positivista, a rigor, corresponde à teoria liberal da tipologia de Böckenförde. São comuns à classificação de ambos os autores a teoria institucional e a teoria dos valores. Como a análise de Pérez Luño é posterior à do autor alemão, no tratamento da teoria institucional, além de referências à teoria institucional de Peter Häberle, há referências a desdobramentos teóricos mais recentes, como a teoria institucional funcionalista de Niklas Luhmann e a teoria multifuncional dos direitos fundamentais de Helmut Willke y Fritz Ossenbühl. A rigor, o que Pérez Luño apresenta de novidade é a teoria jusnaturalista crítica, por ele assumida e defendida explicitamente. Segundo ele, “[...] puede ser muy provechoso abordar la interpretación de los derechos fundamentales a partir de las premisas del iusnaturalismo crítico, que sitúa la justificación de los valores y derechos básicos en una actitud intersubjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico” (*ibid.*, p. 309). Para Pérez Luño, “el iusnaturalismo crítico de nuestro tiempo ofrece un método adecuado para lograr que la interpretación de los derechos fundamentales supere el *impasse* positivista de limitarse a la mera literalidad de la norma, lo que implica condenar al intérprete de valores o principios al silencio. Al propio tiempo evita que la determinación de los valores se traduzca en puro decisionismo, porque propugna una concepción intersubjetiva de los valores, que halla su fundamento en el consenso sobre las nece-

1.1 A teoria liberal

Para a teoria liberal – ou do Estado burguês de direito –, os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade frente ao Estado; são direitos que demarcam uma esfera de liberdade individual e social, intransponível aos poderes públicos.³¹⁵ O poder estatal é visto como um virtual inimigo das liberdades.

A teoria liberal parte do pressuposto de que a liberdade é pré-estatal.³¹⁶ É dizer: não é constituída pelo Estado, porque o precede. Isso implica que

[...] la competencia del Estado frente a esta esfera de libertad (que al mismo tiempo es también tanto la esfera de libertad de la sociedad como la del individuo en su contexto social) está limitada por principio, existiendo sólo, con respecto a las tareas de garantía, regulación y aseguramiento del Estado para la libertad y en la medida que basten para estos fines [...] El Estado tiene que procurar los presupuestos e instituciones para su garantía jurídica, y además, a través de delimitaciones jurídicas tiene que mantener compatibles la libertad jurídica de uno con la de los otros bajo relaciones cambiantes [...].³¹⁷

Na perspectiva liberal, os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa.

Da teoria liberal Böckenförde deduz implicações para a interpretação dos direitos fundamentais. Destaquem-se duas. Primeira: a liberdade garantida pelos direitos fundamentais é uma “[...] libertad *sín más*, no libertad para determinados objetivos o fines (fomento del proceso político-democrático, realización de valores, integración de la comunidad política, y cosas semejantes)”³¹⁸ É o conceito de não-funcionalização dos direitos fundamentais. Segunda: o

sidades básicas del ser humano. Un consenso que, por tanto, rebasa los límites angostos del marco estatal para presentarse como un auténtico ‘*consensus omnium gentium*’; corolario de aquel ‘*Diritto natural delle genti*’ genialmente anticipado por Giambattista Vico” (*ibid.*, p. 309).

³¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 48.

³¹⁶ Dizer que a esfera individual de liberdade é pré-estatal não significa que seja pré-social (*id.*, *ibid.*, p. 48).

³¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 48.

³¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 49.

Estado garante a liberdade em abstrato. Não lhe compete a realização efetiva. “La realización efectiva de la libertad garantizada jurídicamente se deja a la iniciativa individual o social”³¹⁹

Segundo Böckenförde, o problema fundamental da teoria liberal é “su relativa ‘cegueira’ frente a los presupuestos sociales de realización de la libertad de los derechos fundamentales”³²⁰

1.2 A teoria institucional

Os direitos fundamentais são institutos, princípios objetivos. Os direitos fundamentais como institutos não são apenas as garantias institucionais expressamente mencionadas (no caso brasileiro, exemplificativamente, citem-se a autonomia universitária, a autonomia municipal), as garantias de instituto (matrimônio, família, propriedade, herança), mas os direitos fundamentais em geral, inclusive os direitos de liberdade. A liberdade aparece como liberdade objetivada, conformada institucionalmente; é um instituto objetivo.³²¹

Da teoria institucional também derivam conseqüências jurídicas. Mencionem-se duas. Primeira: os direitos fundamentais enquanto institutos admitem um espaço maior de configuração.³²² Enquanto a teoria liberal enfatiza a limitação à intervenção estatal, dando pouco ou nenhum acento à conformação, a teoria institucional preocupa-se com o limite à restrição e com a necessidade de configuração legal do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Segunda: a liberdade não é uma liberdade *sem mais*, mas “[...] es una libertad orientada a de-

³¹⁹ *Id., ibid.*, p. 51.

³²⁰ *Id., ibid.*, p. 52.

³²¹ *Id., ibid.*, p. 53.

³²² *Id., ibid.*, p. 54.

terminados intereses, concretamente a la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de la libertad”³²³

1.3 A teoria democrático-funcional

Esta teoria enfatiza a função pública e política dos direitos fundamentais. Nela, ganham preferência direitos tais como: liberdade de imprensa, de opinião, de reunião, de associação. Além disso, “los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo a arriba) del Estado – en ello radica la coincidencia con la doctrina de la integración –, y de un proceso democrático de formación de la voluntad política”³²⁴

Uma das conseqüências jurídicas é que não há uma liberdade *sem mais*, mas uma liberdade *para*. A liberdade é um meio para garantir o processo democrático de formação da vontade política.³²⁵ A outra conseqüência é que a funcionalização das liberdades as transforma não apenas em direitos, mas também em deveres, em um serviço público.³²⁶

1.4 A teoria dos direitos fundamentais do Estado social

Esta teoria é melhor compreendida quando contraposta à teoria liberal. Para a teoria do Estado social, a liberdade jurídica liberal é mais formal do que real. Assim, pretende superar a distância entre liberdade jurídica e liberdade real. Cabe ao Estado criar os pressupostos sociais para a realização da liberdade conferida pelos direitos fundamentais. Estes não são apenas di-

³²³ *Id., ibid.*, p. 54.

³²⁴ *Id., ibid.*, p. 60.

³²⁵ *Id., ibid.*, p. 61.

³²⁶ *Id., ibid.*, p. 62.

reitos de defesa, mas também fundamentam pretensões de prestações sociais frente ao Estado.³²⁷ Um exemplo: “la libertad de prensa, entendida conforme al Estado social, fundamenta una obligación estatal para el mantenimiento de los presupuestos económicos para una pluralidad de empresas periodísticas [...]”³²⁸

No plano da interpretação dos direitos fundamentais, segundo Böckenförde, três são as conseqüências da teoria do Estado Social.³²⁹ Primeira: a efetividade dos direitos fundamentais depende das disponibilidades financeiras estatais. Segunda: como os recursos estatais são limitados (escassez de recursos), são inevitáveis decisões de prioridades. Decisões que, de uma questão de discricionariedade política, passam a ser critério de observância e interpretação dos direitos fundamentais; decisões que, no limite, migram da esfera do Poder Legislativo e Poder Executivo para a esfera jurisdicional. Assim, há uma juridicização da política. Além disso, a teoria do Estado social não oferece nenhum critério quanto à extensão da garantia dos pressupostos sociais da liberdade dos direitos fundamentais. Tais pressupostos devem ser garantidos em grau mínimo, médio ou máximo? Terceiro: tais problemas não poderiam ser resolvidos judicialmente. Os direitos fundamentais “vinculan al Legislador y al Poder ejecutivo sólo objetivamente, como normas de principio, pero no fundamentan ninguna pretensión reclamable directamente ante los tribunales fuera de la defensa ante una inactividad abusiva en extremo”³³⁰ Assim, “los derechos fundamentales son reducidos en su dimensión social a meros cometidos constitucionales”³³¹

³²⁷ *Id., ibid.*, p. 63-4.

³²⁸ *Id., ibid.*, p. 64.

³²⁹ *Ibid.*, p. 65-6.

³³⁰ *Id., ibid.*, p. 65-6.

1.5 A teoria axiológica dos direitos fundamentais

O ponto de partida da teoria axiológica está na teoria da integração de Rudolf Smend, segundo a qual o Estado é um permanente processo de integração em e de uma comunidade de valores. Assim, também os direitos fundamentais se apresentam como um sistema de valores fundamentais da comunidade; sua constitucionalização expressa uma decisão axiológica da comunidade. Os direitos fundamentais, antes de serem pretensões subjetivas, são normas objetivas.³³²

2 Teorias dos direitos fundamentais e colisão de direitos

As teorias dos direitos fundamentais, tipificadas e analisadas por Böckenförde, são teorias materiais, porque procuram atribuir um sentido, um conteúdo, dar uma explicação determinada aos direitos fundamentais. Enquanto teorias interpretativas, são concepções básicas, de caráter geral, sobre o fim e a estrutura dos direitos fundamentais.³³³ A pergunta que se impõe é se elas, de fato, dão conta do sistema de direitos fundamentais. A resposta é negativa. Não é difícil concluir que cada uma das teorias objetiva explicar os direitos fundamentais dando ênfase a uma dimensão, a um aspecto, a uma função. São teorias parciais. Na terminologia de Alexy, são teorias abstratas e unipontuais, porque expressam *uma* tese básica.³³⁴

Para Alexy, não é possível uma concepção adequada dos direitos fundamentais com base em uma teoria unipontual, “[...] dada la variedad y complejidad de aquello que regulan los derechos fundamentales y la experiencia según la cual en cuestiones prácticas de alguna im-

³³¹ *Id., ibid.*, p. 66.

³³² *Id., ibid.*, p. 57.

³³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 36.

³³⁴ *Ibid.*, p. 37.

portancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí [...]”
 Dada essa constatação, seria difícil reduzir os direitos fundamentais a uma tese ou princípio básico.³³⁵

Como alternativa à teoria unipontual apresenta-se uma teoria combinada.³³⁶ Uma teoria combinada está presente na jurisprudência do TCF, que adota as várias teorias supramencionadas, dependendo do caso.³³⁷ Conforme Alexy, “en contra de una teoría combinada surge de inmediato la objeción de que ella no ofrece teoría alguna que pueda guiar decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino sólo una colección de *topoi* sumamente abstractos que pueden ser utilizados según se desee”³³⁸

A insuficiência das teorias unipontuais revela-se com máxima clareza na hipótese de colisão de direitos fundamentais.

Como já dito,³³⁹ não há uma hierarquia entre as normas constitucionais e, em hipótese de conflito entre duas ou mais normas constitucionais de direitos fundamentais, a solução deverá preservar a unidade da Constituição. Por isso e além disso, a decisão que der preferência a uma das normas terá de ser justificada, permitindo um controle racional intersubjetivo. Não poderá ser uma decisão intuicionista, uma decisão pela decisão.

Ora, na hipótese de colisão de direitos, com base em qualquer das teorias dos direitos fundamentais, a decisão estará determinada *a priori*. Para uma teoria democrático-funcional, havendo colisão entre a liberdade de comunicação e o direito à intimidade ou à honra, deverá

³³⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 37.

³³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 37.

³³⁷ Antes de Alexy, este casuismo teórico do TCF foi apontado por Böckenförde (Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 46-7).

³³⁸ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 38.

³³⁹ *Ver capítulo IV (supra)*.

prevalecer a liberdade de comunicação. Nesta mesma hipótese, para uma teoria institucional, provavelmente prevaleceria o instituto da imprensa livre. Em caso de colisão entre um direito individual e um bem coletivo constitucionalmente protegido, à luz de uma teoria liberal, deverá prevalecer o direito individual, e à luz de uma teoria social, o bem coletivo.

É dizer: de certa maneira, essas teorias estabelecem uma hierarquia de direitos fundamentais e, portanto, das normas que os conferem.³⁴⁰

Saliente-se que não se nega a possibilidade de que qualquer uma das teorias possa ser utilizada como um *topoi*, um ponto de vista entre outros na solução do caso concreto, uma carga argumentativa a favor de um determinado direito fundamental. O que se enfatiza é a insuficiência destas teorias, isoladamente tomadas, como guia de decisões e fundamentações jurídicas.

Tratando-se de colisão, também é insuficiente uma teoria combinada. É certo que o mérito da teoria combinada é o de indicar a importância de se tomar em conta uma pluralidade de pontos de vista.³⁴¹ Contudo, como controlar os diversos pontos de vista? Em caso de colisão entre uma teoria e outra (por exemplo, entre a liberal e a do Estado social), que critério adotar para dar preferência a esta ou para aquela? Aqui, além da colisão entre direitos, ter-se-ia uma colisão entre teorias no caso concreto. Em outras palavras, uma colisão jurídica (direitos) e uma colisão metajurídica (teorias dos direitos). E mais: como preservar a unidade da Constituição a partir de uma teoria combinada?

³⁴⁰ Diante do efeito hierarquizante produzido pelas teorias dos direitos fundamentais, Andrade posiciona-se de forma radical: “por outro lado, também não pode, ainda dentro de uma concepção hierarquizante, recorrer-se a uma teoria dos direitos fundamentais para resolver o problema [das colisões ou conflitos de direitos]. Por vezes, estas teorias [sic] acentuam preponderantemente um determinado aspecto (a liberdade, a democracia, a sociabilidade) e tenderiam a resolver os conflitos entre direitos a favor daqueles que integrassem a categoria preferida. Só que a ordem dos valores constitucionais não é hierárquica e não permite, por isso, soluções abstractas conforme as eventuais patentes a que se promovam os diversos direitos fundamentais” (*op. cit.*, p. 221-2).

³⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 38.

3 Teoria dos valores e colisão de direitos fundamentais

Dissertou-se, há pouco, sobre a insuficiência das teorias liberal, democrático-funcional, institucional e do Estado social. Deliberadamente, não citou-se a teoria axiológica, porque, para os fins desta investigação, ela requer análise bem mais detalhada.

Segundo Böckenförde,³⁴² a teoria dos valores pareceu, a muitos, oferecer a solução para o problema das colisões de direitos fundamentais e do encadeamento da maioria dos direitos fundamentais. Frente a uma colisão, a decisão deveria guiar-se por uma ordem ou sistema de valores.

No âmbito da jurisprudência constitucional alemã, a concepção axiológica dos direitos fundamentais foi expressa plenamente na sentença do *caso Lüth*, em 1958. Nela, o TCF afirma:

es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso.³⁴³

³⁴² Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 60.

³⁴³ BVerfGE 7, 198 (205) *apud* BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 106.

García Torres e Jiménez-Blanco relatam desta forma os fatos que deram origem ao *caso Lüth*: “LÜTH, Presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se expresó públicamente con motivo de un festival cinematográfico celebrado en 1950 contra el director de una de las películas (HARLAN, cuyas actividades durante el Tercer Reich expuso y censuró). Requerido por la productora de la película (que temía que su explotación se resintiera) para que explicara con qué autorización había pronunciado sus palabras. LÜTH respondió con el envío de una carta abierta a la prensa en la que exhortaba a las sociedades alemanas activas en el campo cinematográfico a que no comercializaran la película de autos y, al público, a que no fuera a verla” Em primeira instância, a produtora obteve uma medida cautelar proibindo a incitação ao boicote. Lüth apelou ao Tribunal Superior do *Land* e também ao TCF alegando violação ao direito fundamental à liberdade de expressão. Cf. GARCÍA TORRES, Jesús, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid : Civitas, 1986, p. 26-7.

A sentença do TCF no *caso Lüth* é uma das mais importantes da jurisprudência constitucional alemã. Seus efeitos no campo doutrinário são impressionantes. A partir desta sentença discutem-se: os direitos funda-

Nessa decisão, está explicitamente formulada a tese dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, um sistema de valores. Com ela, o TCF incorpora, definitivamente, em sua jurisprudência, o modelo valorativo-objetivo.³⁴⁴

A partir daí, são muitas as consequências jurídicas e as questões polêmicas no âmbito dos direitos fundamentais.

No plano das consequências jurídicas, a mais importante é o início do desenvolvimento da teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Até então, de modo especial na vigência da Constituição de Weimar, os direitos fundamentais eram tidos essencialmente como garantias subjetivas de liberdade ante o Estado, principalmente contra o Poder Executivo.³⁴⁵ Sob a vigência da LF, além da continuidade do desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, houve o desenvolvimento dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio, como decisões axiológicas.³⁴⁶

O caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais desenvolve-se em duas fases na jurisprudência do TCF: “[...] por un lado [primeira fase], la parte de derechos fundamentales en su conjunto aparece como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del Derecho, de outro [segunda fase] – simultánea y

mentais como valores, os direitos fundamentais como princípios objetivos (a dimensão objetiva dos direitos fundamentais), o efeito de irradiação dos direitos fundamentais, a ponderação de bens, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

³⁴⁴ Como antes mencionado, a noção dos direitos fundamentais como valores objetivos tem origem em Smend, na vigência da Constituição de Weimar (1919).

³⁴⁵ BÖCKENFÖRDE. Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental, *op. cit.*, p. 96-8. “Una vinculación del legislador mismo a los derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente [...]” (*id.*, *ibid.*, p. 97).

³⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 99.

subsiguientemente – los derechos fundamentales en particular se interpretan como normas de principio juridico-objetivas y que deciden axiológicamente”³⁴⁷

O desenvolvimento do caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais implicará: o *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais para todos os âmbitos do Direito, a *eficácia horizontal* (eficácia frente a terceiros) destes direitos e a concepção dos direitos fundamentais como mandatos de ação e *deveres de proteção*.³⁴⁸

Se, de um lado, o modelo valorativo-objetivo produziu positivas conseqüências no âmbito da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, de outro, gerou polêmica em torno de questões suscitadas na interpretação e aplicação destes direitos.

Nesse plano, para esta investigação, interessa a validade da solução de colisões de direitos fundamentais recorrendo-se a uma ordem ou hierarquia de valores.

A questão é esta: na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é possível uma decisão fundamentada a partir de uma escala ou tábua de valores?

A resposta a essa questão pressupõe a resposta a uma outra e prévia questão, a saber: é possível fundamentar em geral (plano filosófico) e em especial (na Constituição) uma hierarquia dos valores?

³⁴⁷ *Id., ibid.*, p. 106. A primeira fase tem como marco o caso *Lüth* (1958), antes mencionado. A segunda fase “[...] comienza ya un año antes del caso Lüth con la sentencia sobre la tributación de los cónyuges. En ella se afirma expresamente que el art. 6.1 L.F. (‘El matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial protección del orden estatal’) nos es sólo un ‘derecho fundamental clásico’ para la protección de la esfera específica privada del matrimonio y la familia así como una garantía institucional, sino que ‘además de ésto representa al mismo tiempo una norma de principio, esto es, una decisión axiológica vinculante para todo el ámbito del Derecho público y privado que afecte al matrimonio y a la familia’ [BVerfGE 6, 55 (72)]” (*id., ibid.*, p. 108).

³⁴⁸ *Id., ibid.*, p. 109-16. O dever de proteção significa que “los derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos” (*id., ibid.*, p. 115). Modelar é a sentença do TCF sobre a interrupção da gravidez, na qual o dever de proteção da vida é tido como parte do direito fundamental: “El deber de protección del Estado es general. No sólo prohíbe – evidentemente – intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando, sino que obliga también al Estado a situar-se ante esta vida en términos de protección y promoción. es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de otros” (BVerfGE 39, 1 (42) *apud* Böckenförde. *ibid.*, p. 115).

Na história da filosofia, da antiguidade à contemporaneidade, a reflexão sobre valores é recorrente. E, em regra, de modo explícito ou implícito, postula-se a fundamentação dos valores e existência de uma hierarquia entre eles.³⁴⁹ Ilustrativamente, citem-se dois pensadores antigos e um contemporâneo.

Diversos valores são objeto de reflexão filosófica nos diálogos de Platão: a falsidade (*Hípias menor*), a coragem (*Laques*), a beleza (*Hípias maior*), a piedade (*Eutifron*), a amizade (*Lisis*), o bem (*O banquete*), o amor (*Fédon*), a justiça (*A República*). Na teoria das formas, Platão põe no ápice das idéias (formas) o Bem. O Bem aqui tanto pode ser considerado uma forma ideal máxima (Idéia), como um valor.³⁵⁰

Aristóteles, na *Ética a Nicômacos*,³⁵¹ aponta a felicidade como Sumo Bem, valor máximo da existência humana, objetivo principal de uma filosofia prática.

³⁴⁹ A denominada *questão da fundamentação* nasceu com a filosofia. Compete à filosofia a tarefa de fundamentar o conhecimento, a política, a ética, o sentido da existência humano-social e, evidentemente, os valores. A questão dos valores está inserida na questão da fundamentação. Escreve Oliveira, um dos mais produtivos e sofisticados filósofos brasileiros da atualidade: “Com a questão da justificação [fundamentação] nasceu a filosofia na vida humana: ela é o resultado de minha própria historicidade, de minha indeterminação, da abertura que marca meu ser, que faz emergir uma exigência fundamental: a exigência de uma avaliação crítica radical de tudo aquilo que facticamente constitui a vida efetiva do homem nas diferentes situações históricas específicas, ou seja, sobre os valores e as representações que configuram a vida humana.

Não há vida sem valores e representações, só que estes num primeiro momento são aceitos como evidências inquestionáveis. No entanto, quando os homens de uma determinada formação social não conseguem mais reconhecer-se nas representações e nos valores vigentes nesta formação social, surge, então, a exigência de uma justificação, da submissão de toda a vida ao julgamento da razão para discernir sua razão de ser” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1993, p. 10).

³⁵⁰ Significativa é esta passagem de *A República*: “Sócrates – Agora, meu caro Glauco, é preciso aplicar, ponto por ponto, esta imagem [refere-se ao mito da caverna que acabara de narrar] ao que dissemos atrás e comparar o mundo que nos cerca com a vida da prisão na caverna, e a luz do fogo que a ilumina com a força do Sol. Quanto à subida à região superior e à contemplação dos seus objetos, se a considerares como a ascensão da alma para a mansão inteligível, não te enganarás quanto à minha idéia, visto que também tu desejas conhecê-la. Só Deus sabe se ela é verdadeira. Quanto a mim, a minha opinião é esta: no mundo inteligível, a idéia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e belo existe em todas as coisas; no mundo inteligível, é ela que é soberana e dispensa a verdade e a inteligência, e é preciso vê-la para se comportar com sabedoria na vida particular e na vida pública” (PLATÃO. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo : Nova Cultural, 1997, Livro VII, p. 228).

³⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília Ed. UnB, 1999. 238 p. Diz Aristóteles: “toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem: por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam [...]”

Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhemos tudo por causa de algo mais (se fosse assim, o processo pros-

Já John Rawls, um contemporâneo, no início de *A theory of justice* (1971), diz:

a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais [...] Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.³⁵²

Como se lê, Rawls põe o valor justiça acima dos valores eficiência, organização, interesses sociais e bem-estar. Nem valores caros às maiorias justificarão o sacrifício do valor justiça.

Contudo, da filosofia, no âmbito do pensamento jurídico, maior influência exerceu a teoria dos valores de Max Scheler. Scheler, em *Der Formalismus in der Ethik un die materiale Wertethik*, em contraposição ao formalismo ético kantiano, sustenta que os valores são objetivos e mantêm uma relação hierárquica *a priori*. Essa ordem objetiva e apriorística de valores é determinável a partir de alguns critérios: durabilidade (preferência dos valores duradouros aos passageiros); divisibilidade (superioridade dos valores mais indivisíveis); fundação, profundida-

seguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens” (Livro I, 1094 a, p. 17).

“Retomando nossa investigação, e diante do fato de todo conhecimento e todo propósito visarem a algum bem, falemos daquilo que consideramos a finalidade da ciência política, e do mais alto de todos os bens a que pode levar a ação. Em palavras, o acordo quanto a este ponto é quase geral; tanto a maioria dos homens quanto as pessoas mais qualificadas dizem que este bem supremo é a felicidade, e consideram que viver bem e ir bem equivale a ser feliz [...]” (Livro I, 1095 a, p. 19).

³⁵² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo Martins Fontes, 1997, p. 3-4. O próprio Rawls, no parágrafo seguinte, admite que “essas proposições parecem expressar nossa [de Rawls] convicção intuitiva sobre a primazia da justiça. Sem dúvida estão expressas de modo excessivamente forte. De qualquer forma, desejo indagar se essas afirmações ou outras semelhantes são bem fundadas, e, caso o sejam, como se podem explicar. Com esse intuito é necessário elaborar uma teoria da justiça à luz da qual essas asserções possam ser interpretadas e avaliadas” (*ibid.*, p. 4).

de da satisfação e relatividade (embora objetivos, há uma escala de relatividade entre os valores).³⁵³

Do ponto de vista filosófico, a reflexão sobre os valores esbarra em problemas de difícil solução. O primeiro é o da fundamentação. Para Bobbio,³⁵⁴ há três modos de fundar os valores: (a) deduzi-los de um dado objetivo constante (a natureza humana, por exemplo); (b) tê-los como evidentes em si mesmos; e, por fim, (c) num dado período histórico, fundá-los no consenso. (a) A fundamentação dos valores na natureza humana teria a favor a vantagem de uma validade universal. Contudo, é inevitável perguntar sobre a existência de uma natureza humana constante e imutável e, se ela existir, se é cognoscível. Uma incursão na história do pensamento ocidental identificará as mais variadas concepções sobre a natureza humana. (b) O apelo à evidência, por definição, foge a qualquer argumentação racional ou verificação fatural. (c) A justificação pelo consenso significa que a fundamentação seria dada pela medida de aceitação dos valores. Segundo Bobbio, embora não absoluto porque histórico, esse é o único modo de fundamentação que pode ser faturalmente comprovado.³⁵⁵

³⁵³ Cf. DÍAZ REVORIO, Francisco Ravier. *Op. cit.*, p. 218. A teoria dos valores de Scheler apresenta-se como uma ética material de valores, que, na análise de Pérez Luño, pode ser resumida nos seguintes pontos: “a) Los valores son esencias ideales existentes *per se* con anterioridad e independencia a cualquier experiencia, que forman un ‘orden eterno’ integrado por una serie de principios ‘absolutamente invariables’. Este orden ideal de valores se halla estructurado según relaciones apriorísticas de jerarquía [...]. b) El orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia [...]. c) La aprehensión de los valores no deriva de su cognoscibilidad racional o empírica. Lo verdadero y lo falso, lo que es bueno y malo, en opinión de Scheler, no depende de las adquisiciones de la evolución natural del hombre, como pretenden los antropólogos, sino que es más bien la constitución ontológica de un espíritu sin más, de un espíritu que es privativo del hombre” (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 138). (Registre-se que para o desenvolvimento da teoria dos valores também foi significativa a contribuição de Nicolai Hartmann.)

³⁵⁴ *A era dos direitos*, p. 26-7.

³⁵⁵ É de se observar que, nesse modo, trata-se de uma fundamentação “fraca” Mesmo assim é de se questionar se a aceitação de determinados valores pela maioria é condição suficiente para a fundamentação (desses valores). Além disso, como se verá na seqüência, há uma pluralidade de valores e é muito pouco provável que, em muitas situações de colisão de valores, se estabeleça consenso sobre qual dos valores deve prevalecer.

O segundo problema é o da pluralidade de valores, o que gera o constante debate sobre quais valores *valem* ou *valem mais* e quais *valem menos* ou não *valem* para uma determinada comunidade estatal e qual a extensão ou abrangência dos valores.³⁵⁶ A pluralidade de valores decorre da pluralidade de orientações filosóficas, políticas e ideológicas, traço marcante da modernidade e, principalmente, da pós-modernidade.

O terceiro problema é o da incomensurabilidade dos valores. É dizer: os valores não são reduzíveis a uma medida comum e, assim, não podem ser comparados. Ao contrário do que ocorre com fatos, aos valores não se aplicam critérios de decidibilidade. Isso, segundo Thomas Nagel, demonstra a impossibilidade de se estabelecer, racionalmente, um sistema absoluto de prioridades.³⁵⁷

A aplicação no Direito das idéias filosóficas sobre os valores, de modo especial a filosofia dos valores de Scheler, teve em Schmitt uma crítica implacável. Para ele, os valores estão relacionados com a faculdade estimativa das pessoas, são subjetivos: “si algo es valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un supuesto punto de vista o criterio particular”³⁵⁸ Para o constitucionalista de Weimar, a noção de caráter objetivo tem um potencial ameaçador. Estabelecida uma hierarquia dos valores, poder-se-ia justificar qualquer ação para atingir os

³⁵⁶ Mencione-se, ilustrativamente, o debate contemporâneo entre os liberais universalistas (Habermas, Rawls, Dworkin), para quem há princípios ou valores éticos válidos universalmente, e os comunitaristas (*communitarians*), críticos dos fracassos das sociedades liberais contemporâneas (Sandel e Walzer) e que sustentam uma comunidade humana inspirada no pensamento de Aristóteles (MacIntyre) e no pensamento de Hegel (Taylor). Para uma familiarização inicial com esse debate, recomenda-se a leitura de: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* : elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro Lumen Juris, 1999, 246 p.; MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. de Ana Cecília Simões. Lisboa Gradiva, 1996, 206 p. Evidentemente, isso não dispensa a leitura da obra dos filósofos protagonistas do debate.

³⁵⁷ Thomas Nagel (The fragmentation of value. In: *Mortal questions*. Cambridge Cambridge University Press, 1979, p. 128-41) *apud* FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 32-3.

³⁵⁸ Carl Schmitt (La tiranía de los valores. In: *Revista de Estudios Políticos*, n. 115, 1961, p. 71) *apud* DÍAZ REVORIO, Francisco Ravier. *Op. cit.*, p. 219.

valores mais altos, supremos. Os valores menores seriam sacrificados em prol dos maiores. A lógica dos valores produziria a “tirania dos valores” (*tirannei der Werte*).

De fato, se os valores são incomensuráveis e a lógica dos valores pode levar à tirania, então como justificar a prevalência de um direito fundamental-valor sobre outro direito fundamental-valor na hipótese de colisão? Como preservar a unidade da Constituição à luz de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais?

Desde um ponto de vista estritamente jurídico, na doutrina tedesca, a crítica mais conhecida a uma ordem de valores foi a empreendida por Forsthoff.³⁵⁹ Para ele, uma teoria material dos valores tem natureza filosófica, mas não tem natureza e utilidade jurídicas. A argumentação a partir de um sistema de valores implica o abandono da positividade do Direito Constitucional, a sua fragilização normativa. A interpretação axiológica da Constituição conduz à insegurança jurídica, à “desformalização da Constituição” (*Entformalisierung der Verfassung*), à impossibilidade de controle do subjetivismo nas decisões judiciais e, por conseguinte, ao desenvolvimento do Estado judicial.

Outro crítico contundente da linha axio-sistêmica (*wertsystemische*) adotada pelo TCF é Müller. Esta orientação, enquanto teoria e doutrina interpretativa dos direitos fundamentais,

[...] é irracional e seduz ao comportamento decisionista [Dezision] com base em representações valorativas privadas dos juízes. Enquanto teoria, ela reinterpreta – em nome dos ‘valores’ – garantias jurídicas subjetivas como *topoi* ideológicos. Ela nega que os ‘valores’ são extremamente controvertidos na sociedade pluralista atual. Por fim, ela converte tendencialmente as liberdades em deveres, à maneira das concepções institucionais e das antigas concepções do socialismo real existente do Bloco Leste.

Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas. *Atrás* deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituições [sic] os *positiva*, eles são direito vigente. A partir de então nós ju-

³⁵⁹ Aqui segue-se sinopse de GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 84-5. Ver também: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Reimpresão. Madrid Civitas, 1996, p. 48-9.

ristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua des-valorização.³⁶⁰

3.1 A especificidade da Constituição Espanhola de 1978

O tema dos valores e, especialmente, o problema da hierarquização dos valores apresentam-se de forma parcialmente diferenciada na Constituição Espanhola promulgada em 29 de dezembro de 1978. Isso porque no artigo 1.1 se lê: “España se constituye en su Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores* [sem grifo no original] de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”³⁶¹

De imediato, chamam a atenção dois aspectos. Primeiro: a posição topográfica da disposição normativa no texto constitucional; é a primeira disposição, situando-se no *Título Preliminar*, antes do *Título I De los derechos y deberes fundamentales*. Segundo: a disposição faz

³⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. *Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos*, *op. cit.*, p. 101. (A expressão *axio-sistêmica* é de Müller.) Do mesmo autor, *ver também: Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 29-31; *Discours de la méthode juridique*. Trad. de Olivier Jouanjan. Paris Presses Universitaires de France, 1996, p. 88-90.

³⁶¹ Segundo relata Peces-Barba Martinez (*op. cit.*, p. 241), Dworkin, ao tomar conhecimento do artigo 1.1, da Constituição espanhola, manifestou-se, primeiro, surpreso, e, depois, interessado, por essa disposição normativa que não tem precedente histórico e é fora do comum no Direito Constitucional Comparado. Para Peces-Barba Martinez, o artigo 1.1 “es una aportación original del constitucionalismo español a la cultura jurídica y política contemporáneas” (*ibid.*, p. 243). A propósito, a Constituição brasileira de 1988, no *Preâmbulo*, diz que o Estado Democrático que (a Constituição) institui destina-se a assegurar a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como *valores supremos*. Comparando o preâmbulo da CRFB/88 com o art. 1.1, da Constituição espanhola, constata-se que: a brasileira não faz referência ao Estado social, porém menciona o bem-estar (o que lembra, evidentemente, o Estado social, o *Welfare State*); a espanhola não faz referência ao desenvolvimento, mas define a Espanha como um Estado social (o desenvolvimento é preocupação de todo Estado, mas é mais de um Estado social do que de um Estado liberal ou neoliberal, o que é provado pelo debate existente sobre *Welfare State* e neoliberalismo nas décadas de 80 e 90, em todo o mundo capitalista); a brasileira não menciona o pluralismo político como valor supremo, contudo o consigna como fundamento da República Federativa do Brasil que se constitui em um Estado Democrático (art. 1º, V), que, por sua vez, já fôra mencionado no preâmbulo, como garantidor dos valores supremos. Aqui, não se tratará da especificidade da Constituição brasileira, até porque na doutrina a afirmação, em texto constitucional, da existência de valores supremos mereceu pouca atenção, ao contrário dos valores superiores na doutrina espanhola. Contudo, mesmo que de maneira provisória (hipotética), portanto dependendo de posterior corroboração argumentativa dogmático-constitucional (analítica e normativa), é de se sustentar que as considerações que se farão, na sequência desta exposição, sobre os valores superiores da Constituição espanhola são aplicáveis aos valores supremos da Constituição brasileira. observadas, evidentemente, a diferença topográfica e a eleição parcialmente diferenciada de valores, embora esta mais no plano dos significantes do que dos significados.

referência explícita a quatro valores e os qualifica de superiores. Quanto à topografia constitucional, a primeira hipótese que ocorre ao intérprete é que o legislador constituinte espanhol quis destacar os valores que entendeu serem os básicos, os fundamentais, os primeiros da sociedade espanhola. Quanto à qualificação de superiores, parece que o legislador pretendeu indicar que tais valores projetam-se sobre toda a Constituição e ocupam uma posição de preferência em relação às demais disposições do texto fundamental.

Quanto à topografia, evidentemente ela é importante, mas trata-se apenas de um *topoi* a ser considerado, entre outros, na interpretação da disposição normativa. Mais delicada é a declaração de superioridade. Segundo Díaz Revorio,³⁶² duas questões têm de ser apreciadas. Primeira: os valores do artigo 1.1 e o valor dignidade da pessoa – que o autor adiciona aos outros quatro – possuem o mesmo *status* hierárquico-constitucional ou há superioridade entre eles? (Por exemplo: o pluralismo político seria inferior aos outros? A justiça seria superior aos demais?) Segunda: esses valores são efetivamente superiores aos demais valores e princípios e às demais disposições da Constituição?

Sobre a hierarquia entre os valores superiores, Peces-Barba Martínez admite-a expressamente:

creo que lo esencial son los valores de libertad y de igualdad donde cristaliza principalmente ese núcleo esencial de sentido [núcleo formado pela reflexão racional e pela tradição histórica da cultura democrática]. El pluralismo político se puede reconducir al valor libertad, aunque el constituyente lo hizo aparecer con autonomía, como ocurre con la Constitución portuguesa, para contrastar con el sistema autoritario anterior. En cuanto al valor justicia, en una concepción sistemática, no quiere decir sino libertad e igualdad, que son los contenidos en que cristaliza en el mundo moderno.³⁶³

Seguramente, essa interpretação do artigo 1.1 é muito mais filosófica do que jurídico-constitucional. A doutrina e a jurisprudência constitucionais espanholas rechaçam uma hierar-

³⁶² *Op. cit.*, p. 246.

³⁶³ *Op. cit.*, p. 256-7.

quia rígida (em abstrato) entre os valores superiores. Segundo Díaz Revorio, não há fundamento para tanto, eis que a Constituição não fixa um critério que permite, de modo geral e prévio, a prevalência de uns sobre os outros. Na hipótese de colisão entre dois ou mais valores superiores *in concreto*, deve realizar-se a ponderação, dando prevalência a um deles, considerando-se as circunstâncias do caso e/ou outros pontos de vista constitucionais.³⁶⁴

Sobre a superioridade ou prevalência dos valores superiores em relação aos demais preceitos constitucionais, vale o recém dito: a Norma Fundamental não oferece um critério, prévio e geral, de decidibilidade preferencial. Contudo, há que se considerar, segundo Díaz Revorio, a superioridade interpretativa dos valores sobre os demais preceitos. Significa que as disposições constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os valores da liberdade, igualdade, justiça, pluralismo político, mais o valor da dignidade da pessoa. São os efeitos interpretativos dos valores superiores. Díaz Revorio cita como exemplo a sentença (STC 90/1985, de 22 de julho) na qual o Tribunal Constitucional afirmou que a imunidade parlamentar compreendida como um privilégio para exclusivo benefício dos deputados e senadores, com o fim de afastar suas condutas da apreciação e das decisões judiciais, confrontaria com os valores superiores da justiça e da igualdade. Por isso, o instituto da imunidade tem de ser entendido apenas como proteção das funções parlamentares.³⁶⁵

Assim, na hipótese de colisão entre um valor superior e um outro preceito constitucional, deve-se observar os efeitos interpretativos daquele. Todavia, isso não significa que necessariamente o valor superior prevalecerá sempre no caso concreto. Se assim fosse, estar-se-ia pressupondo uma hierarquia de normas constitucionais e, por conseguinte, a não-uniidade da Constituição, o que, por sua vez, implicaria negar os efeitos interpretativos, cujo fundamento é

³⁶⁴ *Op. cit.*, p. 253-4.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 263.

a interpretação sistemática da Constituição, da qual deriva o princípio interpretativo da unidade da Constituição. Estar-se-ia diante de um paradoxo, de uma contradição.

Há fundamento para aceitar os efeitos interpretativos na aplicação a casos concretos. Contudo, no caso de colisão, a superioridade interpretativa dos valores (superiores) deve ser *apenas* um elemento, um ponto de vista, um *topoi*, entre outros, a ser considerado na ponderação de bens.

Retornando à decisão proferida pelo TCF no *caso Lüth*, parece que não é tão problemático, do ponto de vista jurídico, atribuir aos direitos fundamentais o caráter de valores, de decisões axiológicas constitucionalizadas pela comunidade, dotando as normas de direitos fundamentais de uma dimensão objetiva. Como se verá mais adiante, Alexy mostra que isso é possível. Inaceitável, juridicamente, é uma hierarquia de valores. Parece impossível fundamentar, jurídico-constitucionalmente, uma tábua de valores. Qualquer hierarquia é uma construção fundada meramente em preferências políticas, ideológicas, pessoais, de grupos, etc. E, aqui, destaque-se que uma hierarquia de valores esbarraria no pluralismo político, princípio ou fundamento consignado, expressa ou tacitamente, em todas as constituições democráticas contemporâneas. Tratando-se de uma colisão de direitos, estipular uma escala de valores e a partir dela decidir significaria a imposição estatal, via Poder Legislativo ou via Poder Judiciário, de um paradigma filosófico-jurídico não fundamentado constitucionalmente.

4 A teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy

Em matéria de direitos fundamentais, a teoria estrutural de Alexy, apresentada à comunidade jurídica alemã em meados da década de 80, é referência obrigatória. É uma teoria geral dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn, porém isso não a torna uma teoria particular ou uma “teoria regional”, porque os problemas que analisa são universais na teoria e

na dogmática dos direitos fundamentais. Tem como ideal regulador uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, porque, “para realizar en mayor medida posible *la* teoría de los derechos fundamentales (en el sentido de la teoría ideal), hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales”³⁶⁶ De uma teoria integrativa pretende ser a primeira peça e também a base e o marco para o tratamento de todos os problemas existentes no âmbito dos direitos fundamentais.³⁶⁷

A teoria estrutural dos direitos fundamentais apresenta-se como uma teoria dogmática. Pressupõe um determinado modelo de ciência jurídica estrito senso; é o modelo epistemológico tridimensional, segundo o qual a dogmática jurídica tem três dimensões: a analítica, a normativa e a empírica.³⁶⁸ A teoria estrutural é, primeiramente, uma teoria analítica, porque investiga os conceitos dos direitos fundamentais, a influência destes direitos no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Sendo a jurisprudência do TCF a matéria mais importante, é uma teoria empírico-analítico. Por fim, orientada pela pergunta sobre qual é a decisão correta desde o ponto de vista dos direitos fundamentais e da fundamentação racional

³⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 36. Segundo Alexy, uma teoria dos direitos fundamentais tem de ser avaliada segundo sua contribuição para a realização de uma teoria integrativa. Quanto maior a contribuição, mais valiosa ela é (*ibid.*, p. 35-6). A teoria integrativa tem de superar o dilema teoria unipontual *versus* teoria combinada. Essa bipolaridade “[...] no agota en modo alguno las posibilidades de una teorización sobre los derechos fundamentales. La insuficiencia de ambas versiones muestra únicamente que la teoría de los derechos fundamentales no debe mantenerse en la superficie de suposiciones fundamentales sumamente generales, sea bajo la forma de una teoría unipontual, sea bajo la forma de una teoría combinada” (*ibid.*, p. 38).

³⁶⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 39.

³⁶⁸ Na dimensão analítica, tem-se a consideração sistemático-conceitual do direito válido. As tarefas são a análise dos conceitos fundamentais, a construção jurídica, a investigação da estrutura do sistema jurídico e os problemas de fundamentação. Na dimensão empírica, faz-se a descrição do direito legislado, a descrição e o prognóstico da práxis judicial, a abordagem da eficácia do direito (à medida que é condição da validade positiva do direito legislado e judicial). Na dimensão normativa, trata-se da orientação e crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis judicial (jurisprudência). Nessa dimensão, questão fundamental é saber qual é, no caso concreto (ou imaginado) e sobre a base do direito positivo válido, a *decisão correta*. A resposta, evidentemente, sempre envolve valores, juízos abstratos e concretos de dever ser que precisam ser fundamentados racionalmente (ALEXY, Robert. *Ibid.*, p. 29-34). Segundo Alexy, a ciência do direito, como disciplina prática, “tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica” (*ibid.*, p. 33).

destes direitos, a teoria estrutural é uma teoria normativo-analítico.³⁶⁹ A dimensão analítica tem primazia, mas não exclusividade. Tal primazia se justifica porque “la claridad analítico-conceptual es una condición elemental de la racionalidad de toda ciencia”³⁷⁰

A base da teoria estrutural, como parte geral da dogmática dos direitos fundamentais, é constituída pela teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas.³⁷¹ Segundo Alexy, sem uma teoria dos princípios não é possível uma dogmática adequada dos direitos fundamentais. Com a teoria dos princípios, o autor pretende reabilitar a tão criticada axiologia ou teoria dos valores dos direitos fundamentais, agora livre de suposições indefensáveis. A teoria das posições jurídicas básicas, por sua vez, “[...] remite las múltiples relaciones iusfundamentales a posiciones e relaciones de tipo elemental y, de esta manera, permite construirlas exactamente, lo que es un presupuesto necesario de una dogmática clara de los derechos fundamentales”³⁷² Nela, Alexy segue a teoria do *status* de Jellinek. A partir da teoria dos princípios e da teoria das posições jurídicas básicas, Alexy investiga os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (teoria do suposto de fato e teoria das restrições, o direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade, os direitos à proteção e à organização, o devido processo judicial, os direitos sociais fundamentais e o efeito de terceiros ou efeito horizontal, o papel dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico, a argumentação e a decisão sobre direitos fundamentais).

Como já mencionado, a teoria estrutural de Alexy tem como objeto a LF. Contudo, a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas dão à teoria estrutural um caráter

³⁶⁹ *Id., ibid.*, p. 39.

³⁷⁰ *Id., ibid.*, p. 39.

³⁷¹ *Id., ibid.*, p. 25.

³⁷² *Id., ibid.*, p. 25.

de universalidade, um caráter paradigmático. Ela é uma teoria adequada para constituições de Estados democráticos de Direito que possuam um catálogo de direitos fundamentais.

Para a investigação que aqui se desenvolve, nuclear é a teoria dos princípios. Sem ela não é possível solucionar adequadamente o problema da colisão de direitos fundamentais.

4.1 A teoria dos princípios

Segundo Alexy,³⁷³ na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, para a teoria estrutural dos direitos fundamentais, a principal distinção teórico-estrutural é a distinção entre regras e princípios.³⁷⁴ Com ela, é possível a formulação de uma teoria dos limites, uma teoria satisfatória da colisão e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Além disso, essa distinção teórico-estrutural constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, assim, condição para a resposta ao problema da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Embora a distinção lógica entre regras e princípios não seja uma novidade,³⁷⁵ Alexy³⁷⁶ identifica um certo grau de confusão e polêmica por causa da insuficiência dos critérios utiliza-

³⁷³ *Ibid.*, p. 81-2.

³⁷⁴ No âmbito dos direitos fundamentais, Alexy utiliza o conceito de princípio em sentido amplo, tanto para referir-se aos direitos fundamentais individuais como aos bens coletivos. *Ver: Teoría de los derechos fundamentales*, p. 109-11; *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona : Gedisa, 1997, p. 179-208. Sobre as objeções e contra-objeções ao conceito de princípios, *ver também*: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 104-11. Um panorama abrangente sobre o conceito de princípios na literatura publicista brasileira encontra-se em: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, 274 p.

³⁷⁵ A metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios. Atualmente, é hegemônica, para não dizer consensual, a orientação segundo a qual as normas são gênero e regras e princípios são espécies. Uma sinopse sobre as causas (razões) e a evolução da distinção entre princípios e regras encontra-se em: ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 154-8. Registre-se que foi na teoria geral do direito de Dworkin (teoria que pretendeu fazer um ataque geral ao positivismo) que a distinção entre regras e princípio ganhou significativo impulso (*ver*: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona Ariel, 1997. 509 p.). O jusfilósofo americano sustentou que existe uma diferença lógica entre princípios jurídicos e regras jurídicas. Ambos são *standards* que apontam para decisões que determinam obrigações jurídicas, porém operam com diferenciada orientação. As regras “[...] son aplicables a

dos para a distinção, tais como: grau de generalidade, de determinabilidade, referência a valores, referência à idéia de direito, importância para o sistema jurídico, etc.³⁷⁷ Daí a necessidade de encontrar um critério que permita uma distinção clara e precisa entre regras e princípios.

Alexy espousa a tese de que entre as normas-princípios e as normas-regras existe não só uma diferença gradual mas também qualitativa. Para ele, “el punto decisivo para la distinción

la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma [regra] es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (*ibid.*, p. 75). Já os princípios são *standards* que devem ser observados porque são uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma dimensão da moralidade (*id.*, *ibid.*, p. 72). Cita, entre outros, como exemplo, o caso *Riggs v. Palmer* decidido pelo tribunal de New York, em 1889. Tratava-se de decidir se o neto, herdeiro designado em testamento, deveria herdar, embora tivesse assassinado o avô. Assim argumentou o Tribunal: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino” Porém, continuava o Tribunal, “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen” (*apud* Dworkin, *ibid.*, p. 73). O Tribunal decidiu que o neto não deveria receber a herança. Segundo Dworkin, um princípio como “ninguém pode beneficiar-se de seu próprio delito” não estabelece as condições que tornam exigíveis a sua aplicação. É um princípio que enuncia uma razão em determinada direção, mas não determina a decisão em particular. “Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación” (*id.*, *ibid.*, p. 76-7). De princípios, diferentemente das regras, não se seguem consequências jurídicas automáticas quando satisfeitas as condições previstas. Isso torna-se explícito quando se trata de colisão de princípios, situação em que é necessário verificar o peso relativo de cada princípio, fazer um juízo de peso (*id.*, *ibid.*, p. 77-8). As regras não têm a dimensão de peso. Em caso de conflito, uma delas não pode ser válida (*id.*, *ibid.*, p. 78).

Na literatura jurídica brasileira, a distinção entre regras e princípios foi analisada pioneiramente por Grau (*op. cit.*, p. 73-120) e mais recentemente por: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999, p. 13-49; e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 151-179. No atual estágio da teoria do direito e da teoria constitucional brasileiras, a distinção entre princípios e regras está plenamente recepcionada.

³⁷⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 82-4.

³⁷⁷ Alexy reconhece que a sua teoria dos princípios parte da distinção de Esser entre princípio e norma e da distinção entre regras e princípios de Dworkin. Contudo, entende que esses autores analisaram corretamente apenas algumas propriedades das regras e princípios, sem ter atingido o núcleo essencial (*El concepto y la validez del derecho*, p. 185). Acerca da distinção das normas em princípios e regras, Canotilho identifica os seguintes critérios sugeridos pelas discussões metodológicas: (a) grau de abstração: os princípios são normas de elevado grau de abstração e as regras, de uma abstração mais reduzida; (b) grau de determinabilidade: os princípios, por serem vagos e indeterminados, quando da aplicação, exigem mediações concretizadoras e as regras podem ser aplicadas diretamente, sem mediação; (c) caráter de fundamentalidade: os princípios são normas fundamentais pela sua posição hierárquica no sistema das fontes de direito e pelo sua função estruturante dentro do sistema jurídico; (d) proximidade da idéia de direito: enquanto os princípios expressam exigências de justiça ou a idéia de direito, as regras podem ser normas com conteúdo meramente funcional; (f) natureza normogênica: os princípios são fundamentos de regras (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1034-5).

entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” São mandatos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus.³⁷⁸ Em contrapartida, “[...] las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”³⁷⁹ Esse critério permite, na visão de Alexy, a rigorosa e válida distinção entre princípios e regras.³⁸⁰

O fato de que a realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas (além das fáticas), ou seja, é determinada pelo peso dos princípios opostos, implica que os princípios não só são suscetíveis mas necessitam de ponderação. As regras, por sua vez, não são suscetíveis nem necessitam de ponderação. A subsunção é o modo típico de aplicação de regras ao caso concreto.³⁸¹

O critério qualitativo de distinção mostra-se correto e útil quando se considera as hipóteses de conflito de regras e colisão de princípios.

Um conflito entre regras, caracterizado pelas consequências contraditórias quando da aplicação ao caso concreto (das regras), pode ser solucionado de dois modos: (a) ou introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou (b) declarando a invalidade de, ao me-

³⁷⁸ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86. Segundo Alexy, “el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios e reglas opuestos” (*ibid.*, p. 86).

³⁷⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 87.

³⁸⁰ A clareza, a precisão e a validez da distinção entre princípios e regras proposta por Alexy foi criticamente analisada por Aarnio. Dado o número e a complexidade dos argumentos aduzidos, não cabe aqui analisar em detalhes a crítica formulada. Enfatize-se apenas que, para o jusfilósofo finlandês, a distinção entre princípios e regras proposta por Alexy – por ele (Aarnio) denominada de tese da demarcação forte – não é válida no plano da formulação da norma (nível lingüístico), no plano da estrutura da norma e no plano da validez da norma. Cf. AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, UUSITALO, Jyrki (comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona : Gedisa, 1997, p. 17-35.

³⁸¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. p. 162.

nos, uma delas, com base em critérios como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Isso decorre do fato de que as regras prescrevem imperativamente uma exigência, prevêm um fato e determinam a consequência normativa, e, havendo uma antinomia, impõe-se um juízo de (in)validez.³⁸²

Fórmula distinta de solução deve ser utilizada em hipótese de colisão de princípios:

cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.³⁸³

Portanto, uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validez. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, onde, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao se proceder dessa forma, no caso concreto, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico. Como se vê, estabelece-se uma relação de precedência condicionada que “[...] consiste em que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”³⁸⁴ Essa ponderação se realiza mediante a máxima da proporcionalidade e suas três submáximas ou máximas parciais.³⁸⁵

³⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88-9.

³⁸³ *Id.*, *ibid.*, p. 89.

³⁸⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 92.

³⁸⁵ *Ver* capítulo VI (*infra*).

4.1.1 A lei de colisão

Para descrever a estrutura das soluções de colisões, Alexy formula a *lei de colisão*.³⁸⁶ Essa lei não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado da ponderação. Como se verá mais adiante,³⁸⁷ isso é de capital importância para refutar as objeções metodológicas que se fazem à ponderação de bens.

Alexy toma como exemplo de colisão o caso da incapacidade processual,³⁸⁸ na qual trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência quando o acusado corre o perigo de sofrer um infarto. De um lado, o princípio que ordena a aplicação do direito penal no maior grau possível; de outro, o princípio da proteção da vida e da integridade física do acusado. Isoladamente, os princípios conduzem a resultados opostos. No caso concreto, fática e juridicamente, um limita a realização do outro. Ambos possuem, abstratamente, idêntica hierarquia, de forma que não é possível declarar a invalidez de um deles. Assim,

la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.³⁸⁹

Contudo, sob quais condições um princípio precede o outro? O TCF utiliza-se da metáfora do peso. Segundo o Tribunal, há que se verificar se “los intereses del acusado en el caso concreto tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el de aquellos intereses a cuya

³⁸⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 90-5; do mesmo autor: *El concepto y la validez del derecho*, p. 170-1.

³⁸⁷ *Ver capítulo VIII (infra)*.

³⁸⁸ BVerGE 51, 324.

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 91-2.

preservación debe servir la medida estatal”³⁹⁰ Mas que significa peso nesse contexto? Para Alexy, a resposta é simples: “El principio P_1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2 , bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”³⁹¹ Portanto, peso, aqui, não tem significado quantitativo. Peso equivale a razões suficientes.

No caso da incapacidade processual, a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade – e, por conseguinte, a cedência do princípio da efetiva aplicação do direito penal – é explicitada nesta frase do TCF: “Si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF”³⁹² Veja-se que o Tribunal não declara inválido o princípio que cedeu. Apenas decidiu que, nesse caso, por causa das circunstâncias, há razões suficientes (peso) para prevalecer o princípio da proteção à vida e à integridade física do acusado, ou, o que é o mesmo, o direito fundamental do acusado.

A partir desse caso, Alexy formula a *lei de colisão*, válida para a descrição de todas as soluções de colisões:

Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.³⁹³

Em uma formulação mais técnica da *lei de colisão*:

³⁹⁰ BVerfGE 51. 324 (346) *apud* ALEXY, Robert. *Ibid.*, p. 93.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 93.

³⁹² BVerfGE 51. 324 (346) *apud* ALEXY, Robert. *Ibid.*, p. 93

³⁹³ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 94.

Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.³⁹⁴

As condições de precedência estabelecidas informam sobre o peso relativo dos princípios e permitem, no caso concreto, uma decisão de prevalência. Isso é coerente com a noção de princípios como mandatos de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Mostra, portanto, que os princípios não são absolutos e não se enquadram na lógica do *tudo-ou-nada*, da dimensão de validade das regras, mas na dimensão de peso.

Qual a importância dessa metodologia para os direitos fundamentais? Se se partir da premissa de que normas de direitos fundamentais têm natureza principial, então a importância é evidente. Frente a uma colisão de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos constitucionalmente, mediante a ponderação de bens (um juízo de peso), observadas as condições do caso, um direito ou bem deverá prevalecer ante o outro.

Sobre a ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade outras considerações serão feitas mais a frente nesta investigação.³⁹⁵

Conseqüência da mais alta relevância do que foi dito até aqui é o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios. Enquanto mandatos de otimização, que ordenam que algo deve ser realizado segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, não são mandatos definitivos mas apenas *prima facie*. Significa que “del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los princi-

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 94.

³⁹⁵ Cf. capítulos VI e VIII (*infra*).

pios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta”³⁹⁶

Em contrapartida, as regras são normas que exigem que se faça exatamente o ordenado. São mandatos definitivos. Apenas não são mandatos definitivos quando é possível introduzir uma exceção com fundamento em um princípio.³⁹⁷

Em síntese, “los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, *razones definitivas*”³⁹⁸

4.2 A teoria dos valores como teoria dos princípios

Um dos propósitos da teoria dos princípios de Alexy é reabilitar a axiologia dos direitos fundamentais.³⁹⁹ Para o autor alemão, a colisão dos princípios evidencia que entre princípios e valores existe uma coincidência estrutural. E exemplifica: “en lugar de decir que el principio del funcionamiento eficaz del derecho penal entra en colisión con el de la vida y la integridad física, puede decirse que existe una colisión entre el valor del funcionamiento eficaz del Código Penal y el valor de la vida y de la integridad física”⁴⁰⁰ A única diferença está em que na colisão de princípios tem de se chegar ao *devido* (o que *deve ser* no caso concreto) e na colisão de valores, ao que é *melhor*, ao *bom*. O *devido* está no plano do deontológico, porque se refere ao ordenado, ao proibido e ao permitido. O *melhor* está no plano do axiológico. “Por lo tanto,

³⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 99.

³⁹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 99-100.

³⁹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 101.

³⁹⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 25.

⁴⁰⁰ *El concepto y la validez del derecho*, p. 164.

principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”, escreve Alexy.⁴⁰¹

Embora os problemas de uma teoria dos valores possam ser analisados no marco de uma teoria dos princípios e vice-versa, Alexy⁴⁰² diz ser preferível, no âmbito do sistema jurídico, uma teoria dos princípios, porque nela há o caráter de dever ser. Além disso, o conceito de princípio não dá margem para objeções (muitas delas já analisadas nesta investigação) tão fortes como o conceito de valor. A teoria dos princípios afasta-se de teses ontológicas e epistemológicas (como as de Max Scheler, por exemplo, segundo as quais valores existem objetivamente, são evidências em si mesmas, apreendidas pela intuição). Segundo Alexy, “los principios son normas que o bien valen o no valen. El problema de su conocimiento es un problema del conocimiento de las normas; el de su aplicación, un problema de la aplicación de las normas”⁴⁰³ É dizer: desde os pontos de vista da interpretação e aplicação, há que se considerar como elementos do sistema jurídico as normas-princípios e as normas-regras.

Se a teoria dos princípios e a teoria dos valores são iguais estruturalmente, então as objeções à teoria dos valores também afetam a teoria dos princípios.⁴⁰⁴

Contra as objeções filosóficas, Alexy⁴⁰⁵ argumenta que rechaçar teorias objetivistas-intuicionistas dos valores (como a de Scheler) não é rechaçar a possibilidade de toda e qualquer teoria dos valores. É possível falar de valores sem aceitar suposições filosóficas duvidoso-

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 164. Em *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy afirma: “la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente” (p. 147).

⁴⁰² *El concepto y la validez del derecho*, p. 165.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 147.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 149-51.

sas. Assim, quando o TCF refere-se a valores, a uma ordem de valores, a um sistema de valores não significa que o faz no sentido de uma teoria ontológica ou intuicionista dos valores. As teses axiológicas do TCF podem ser interpretadas à luz de uma teoria “fraca” dos valores. Segundo Alexy, uma teoria deste tipo considera os valores como critérios de valoração que, a exemplo das normas, valem ou não valem. Valores como critérios de valoração estão livres de suposições ontológicas (existência objetiva dos valores) e epistemológicas (intuicionismo).⁴⁰⁶

No plano das objeções dogmáticas, Alexy refuta a objeção substancial, segundo a qual uma teoria dos princípios estruturalmente coincidente com a teoria dos valores implica a destruição da liberdade individual no sentido liberal. A liberdade vinculada à subjetividade seria objetivada no valor. Em outros termos, haveria uma objetivação do conteúdo da liberdade.⁴⁰⁷ Essa concepção seria correta se liberdade e valor fossem coisas opostas. A liberdade jurídica é um valor entre outros, que também é realizado segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Que são valores como critérios de valoração? Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 143-7) parte da constatação de que as coisas podem ser objeto de valoração. Cita exemplificativamente o automóvel, que pode ser valorado segundo os critérios de velocidade, economicidade, conforto, etc. Tais critérios podem entrar em colisão (velocidade *versus* economicidade, por exemplo). No âmbito do direito, menciona o caso *Der Spiegel* [BVerfGE 20, 162 (219)] no qual os objetos de valoração são, entre outros, situações de regulação jurídica, julgadas segundo os critérios liberdade de imprensa e segurança externa. Uma situação pode ser definida como boa ou má dependendo do critério a ser adotado. No caso *Der Spiegel*, há uma colisão de critérios. Veja-se que nem o automóvel nem a situação de regulação jurídica são valores em si. Como objetos eles têm um valor. Um valor que depende dos critérios de valoração. Portanto, não são os objetos mas os critérios de valoração que têm de serem tidos como “valores”. Não se dirá que um automóvel é um valor superior a outro automóvel, mas que um automóvel é *mais* seguro, econômico ou veloz do que outro. Assim, no contexto jurídico, é correto dizer que uma determinada regulação responde melhor do que outra ao valor da liberdade de imprensa. Havendo colisão de critérios de valoração há que sopesar, ponderar. Portanto, da mesma forma que os princípios (na teoria dos princípios), os critérios de valoração, em caso de colisão, devem passar pela ponderação. É dizer: os critérios de valoração de uma teoria dos valores equivalem aos princípios de uma teoria dos princípios, que podem ser realizados em diferentes graus segundo as possibilidades jurídicas e fáticas. Não se pondera automóveis ou situações jurídica; critérios de valoração e princípios, sim.

⁴⁰⁷ *El concepto y la validez del derecho*, p. 168-9.

⁴⁰⁸ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 170. Segundo Alexy, “[...] la libertad jurídica consiste en la autorización jurídica para hacer u omitir lo que se quiera. Ella es limitada por toda norma de prohibición o de mandato. Cuanto más se prohíbe o se ordena, tanto más reducida es la libertad jurídica. El principio de la libertad jurídica exige una situación de regulación jurídica en la que se ordene y prohíba lo menos posible. Su realización máxima es una situación en la que nada está jurídicamente prohibido u ordenado, es decir, todo está permitido jurídicamente. Es fácil obtener consenso acerca de que una situación tal no es deseable. La polémica surge cuando se trata de determinar qué y cuánto debe ser ordenado y qué y cuánto prohibido. Esta polémica es

Outra objeção de natureza dogmática é a objeção competencial, segundo a qual a teoria dos princípios transfere poder do parlamento para os tribunais, especialmente ao TCF. A teoria dos princípios implicaria uma omnicompetência do direito constitucional, interpretado pelos tribunais, limitando demasiadamente a atividade legislativa infraconstitucional. Segundo Alexy, essa objeção não considera que existem princípios materiais e formais. Lembra que

un principio formal central es la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente. Este principio excluye la concepción según la cual todo el sistema del derecho ordinario sólo tiene que ser el conocimiento correcto de aquello que exigen los principios constitucionales. Conjuntamente con otros principios procedimentales, procura una relativa independencia del derecho legislado ordinario y es una razón esencial de los numerosos márgenes de acción que el Tribunal Constitucional Federal deja al legislador.⁴⁰⁹

Portanto, para Alexy, objeções filosóficas e dogmáticas a uma teoria dos princípios coincidente estruturalmente com uma teoria dos valores são refutáveis com uma certa facilidade.

Mais graves, porém, são as objeções metodológicas, segundo as quais a referência a valores, a uma ordem de valores, a um sistema de valores ignora os postulados de uma fundamentação racional. O apelo a valores ou princípios permitiria a justificação de qualquer resultado.⁴¹⁰ A presença e consideração permanente de valores ou princípios opostos permitiria fundamentar qualquer decisão.⁴¹¹ Imperaria o decisionismo judicial.

Os argumentos metodológicos se opõem a uma ordem hierárquica de valores e à ponderação. Alexy reconhece que as objeções a uma ordem hierárquica de valores, em grande medida, estão justificadas.⁴¹² De fato, não é concebível uma ordem hierárquica abstrata de va-

una polémica acerca del grado óptimo de realización del principio de la libertad jurídica teniendo en cuenta los principios opuestos" (*ibid.*, p. 170).

⁴⁰⁹ *El concepto y validez del derecho*, p. 169-70.

⁴¹⁰ *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 152.

⁴¹¹ *Id.*, *El concepto y validez del derecho*, p. 170.

⁴¹² *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 152.

lores, primeiro, porque seria difícil identificar, de forma exaustiva (um catálogo completo e fechado), os valores relevantes, desde o ponto de vista dos direitos fundamentais, a serem ordenados, e, segundo, porque problema mais grave do que o da identificação é o da ordenação ou hierarquização dos valores.⁴¹³

Contudo, o fato de “[...] que no es posible un orden de los valores o principios [uma ordem ‘dura’, na expressão de Alexy] que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivaente [sic] obligatoria” não implica a impossibilidade de ordens mais “brandas” e também não é um argumento contra a ponderação.⁴¹⁴ Segundo Alexy,

ordenes blandos pueden surgir de dos maneras: (1) a través de preferencias *prima facie* en favor de determinados valores o principios y (2) a través de una red de decisiones concretas de preferencias. Se obtiene un orden blando de los valores de derecho fundamental relevantes cuando, por ejemplo, se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual o de la igualdad o en beneficio de bienes colectivos.⁴¹⁵

Como já informado, as objeções metodológicas voltam-se contra o conceito de ponderação. Segundo esta objeção, a ponderação não é um método que permite o controle racional das decisões no âmbito dos direitos fundamentais. A ponderação está sujeita ao arbítrio de quem a realiza. Na ponderação, impera o subjetivismo e o decisionismo judiciais.⁴¹⁶

Como se verá em momento posterior desta investigação, Alexy refuta esses argumentos metodológicos contrários à ponderação.⁴¹⁷

⁴¹³ *Ibid.*, p. 153.

⁴¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 156-7.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 157.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 157.

4.3 A teoria dos princípios como teoria material dos direitos fundamentais

Como já se enfatizou,⁴¹⁸ a interpretação constitucional, evidentemente, é indispensável na resolução dos problemas que emergem do sistema de direitos fundamentais. Contudo, na hipótese de colisão de direitos fundamentais é necessário algo mais. Não basta interpretar as disposições colidentes no caso concreto. É preciso um método, um procedimento, que torne possível a decisão de prevalência de um direito sobre o outro, salvaguardando a unidade da Constituição.

Como procedimento, Alexy propõe a ponderação. A necessidade de ponderações decorre da abertura semântica e estrutural das disposições jusfundamentais e, principalmente, do caráter de princípios das normas jusfundamentais. O procedimento da ponderação é racional, contudo, lembra Alexy, não é um procedimento que em cada caso conduza a uma única solução.⁴¹⁹ Assim, evidencia-se o problema da segurança da fundamentação jusfundamental. Para Alexy, a resposta a este problema é uma tarefa da teoria da argumentação jurídica como argumentação racional.

Para os objetivos desta investigação, não é necessário expor a teoria da argumentação jurídica de Alexy.⁴²⁰ Interessa aqui destacar que uma teoria dos direitos fundamentais, em sua dimensão normativa (material), portanto, resultado da dogmática jurídica como disciplina prática, é uma das bases para a argumentação jusfundamental.

⁴¹⁷ Será mais adequado retomar os argumentos de Alexy após descrever de modo detalhado a realização da ponderação mediante o princípio da proporcionalidade, mais precisamente, mediante o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito. *Ver* capítulo VIII (*infra*).

⁴¹⁸ *Ver* capítulo IV (*supra*).

⁴¹⁹ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525.

⁴²⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. de modo especial. p. 203-318.

Segundo Alexy, se uma teoria material dos direitos fundamentais estiver fundamentada com referências ao texto constitucional, à vontade do legislador constitucional e aos precedentes do TCF, sendo, porém, algo mais do que a mera repetição dessas fontes, então poderá ser base de uma argumentação jusfundamental apoiada argumentativamente, embora não autoritativamente (como a Constituição e os precedentes).⁴²¹

Alexy, então, sustenta a tese de que “en tanto teoría general normativa de los derechos fundamentales, una teoría material de los derechos fundamentales es sólo posible bajo la forma de una teoría de los principios”⁴²² Observa que as teorias identificadas por Böckenförde podem ser caracterizadas como teorias dos princípios dos direitos fundamentais. Isso é facilmente percebível nas teorias liberal, democrática e do Estado social. Uma teoria liberal “forte” sustenta como único princípio a liberdade negativa frente ao Estado; uma teoria liberal “mais fraca” diz que o princípio jusfundamental da liberdade tem prioridade *prima facie* frente a outros princípios jusfundamentais. A teoria democrática inclui os princípios democráticos entre os princípios jusfundamentais e, no mínimo, dota-os de uma prioridade *prima facie*. A teoria do Estado social sustenta que o princípio da liberdade fática tem igual importância ao da liberdade jurídica.⁴²³

Já a teoria axiológica, como acima exposto, pode ser formulada como uma teoria dos princípios. Além disso, toda teoria normativa dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria

⁴²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 540-1. Alexy lembra que “cuando [as teorias materiais dos direitos fundamentais] encuentran una amplia aprobación, adquieren el peso de una opinión dominante pero, ésta puede, en todo momento, ser afectada por argumentos. La ley, el precedente y la dogmática constituyen una línea de fuerza dotada de autoridad claramente decreciente” (*ibid.*, p. 541). Alexy reconhece que “el concepto de una base de la argumentación apoyada argumentativamente está expuesto a la objeción de la circularidad. Sin embargo, esta objeción puede ser eliminada con la ayuda de la distinción entre base y procedimiento. No tiene nada de circular la concepción según la cual, a través de un procedimiento de argumentación, se formula una teoría que, si bien es cierto es refutable, mientras no sea refutada constituye una base para una ulterior argumentación” (*ibid.*, p. 541).

⁴²² *Ibid.*, p. 541.

⁴²³ *Id.*, *ibid.*, p. 542-3.

axiológica.⁴²⁴ A liberdade jurídica, os direitos democráticos e a liberdade fática, em última análise, são valores.

Um pouco mais complicado, segundo Alexy,⁴²⁵ é perceber a teoria institucional como teoria dos princípios. A teoria institucional concebe os direitos fundamentais como institutos. Conforme Häberle (referido por Alexy), para serem institutos, os direitos fundamentais devem ser invocados o máximo possível e estabilizar o máximo possível a Constituição e a ordem social. Alexy interpreta essas condições como fins de natureza bem formal que devem orientar a interpretação dos direitos fundamentais. Lembra ainda que Häberle, o autor que melhor desenvolveu a teoria institucional, reporta-se a valores e a decisões valorativas e que, nas suas formulações, a ponderação joga um papel central. Assim, Alexy conclui que o conteúdo normativo de uma teoria institucional consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores.

Afirmar que todas as teorias materiais apontadas por Böckenförde podem ser formuladas como teoria dos princípios ou valores não significa dizer que todas elas são corretas. Segundo Alexy,⁴²⁶ é possível classificar as teorias de princípios em três tipos. (a) Teorias de princípios que apontam para um único princípio jusfundamental (teorias unipontuais) encontram, para dizer o menos, dificuldade já na sua fundamentação constitucional. Elas têm de demonstrar ou provar que a Constituição elegeu um único princípio como jusfundamental. (b) Teorias de princípios que se assentam em um feixe de princípios – teoria combinada – expressam “[...] adecuadamente que hay que tomar en cuenta una pluralidad de puntos de vista; pero, a fin de poder tenerlos bajo control, se requiere un modelo que proporcione algo más que una enume-

⁴²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 543-4.

⁴²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 544-6.

⁴²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 546.

ración, en última instancia, no vinculante”⁴²⁷ Por isso, uma teoria combinada não pode ser qualificada de inútil. Em seu favor, poderia se argumentar que, “en virtud de su estructura lógica, los principios son algo más que meros *topoi*”,⁴²⁸ o que é demonstrado pela lei da ponderação, assim formulada: “cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴²⁹ (c) Por fim, teorias que partem de um feixe de princípios, porém tentam estabelecer uma “ordem branda” entre eles. É o caso da teoria dos princípios proposta por Alexy. A teoria dos princípios estruturalmente coincidente com a teoria dos valores mostra “[...] que no es posible un orden de los principios o un orden de valores que, de una manera intersubjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado; un orden tal podría ser llamado ‘orden duro’ Pero, lo que es posible es un orden blando con prioridades *prima facie*”⁴³⁰ Isso significa conceder uma carga argumentativa em favor de alguns princípios. Um exemplo é a máxima *in dubio pro libertate* do TCF.

Portanto, para Alexy, a teoria dos princípios é uma teoria material correta. Reconhece, porém, que “[...] no puede esperarse demasiado de una teoría material de los derechos humanos” Não é possível uma teoria que aponte para cada caso uma única solução correta. Assim, conclui o autor alemão, “lo único que puede exigirse de ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible. Estas exigencias las satisface una teoría de los principios que contenga un haz de principios iusfunda-

⁴²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 38.

⁴²⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 548.

⁴²⁹ *El concepto y la validez del derecho*, p. 171. Trata-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. *Ver* capítulos VI e VIII (*infra*).

⁴³⁰ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 549.

mentales y los coloque en un orden blando, a través de prioridades *prima facie*, en aras de los principios de la libertad jurídica e de la igualdad jurídica”⁴³¹

4.4 A teoria dos princípios e a natureza principal dos direitos fundamentais

Do exposto, conclui-se que a teoria dos princípios é decisiva para a solução racional da colisão dos direitos fundamentais. Como anotou Alexy,⁴³² não faltam provas de que a distinção teórico-estrutural entre regras e princípios opera no âmbito dos direitos fundamentais. O autor alemão lembra que com frequência ou as normas jusfundamentais são chamadas de princípios, ou então são referidas como valores, objetivos, fórmulas abreviadas. De forma explícita ou implícita, atribui-se natureza principal aos direitos fundamentais.⁴³³ No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, pronuncia-se Canotilho.⁴³⁴

Que os direitos fundamentais têm natureza principal decorre da sua dimensão objetiva.⁴³⁵ Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer “direito fundamental de liberdade” quanto “princípio de liberdade”, “direito fundamental de igualdade” quanto “princípio de igualdade”. A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que direitos fundamentais são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilida-

⁴³¹ *Ibid.*, p. 552. Alexy atribui caráter *prima facie* à liberdade e à igualdade por entender que, na LF, há um direito geral de liberdade e um direito geral de igualdade. Sobre isso, ver os capítulos sétimo e oitavo de *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁴³² *Ibid.*, p. 82.

⁴³³ Em contrapartida, diz Alexy, “[...] se hace referencia al carácter de reglas de las normas de derechos fundamentales cuando se dice que la Constitución debe ser tomada en serio como ley [Forsthoff] o cuando se señala la posibilidad de una fundamentación deductiva, también en el ámbito de los derechos fundamentales [Koch e Rüssmann]” (*ibid.*, p. 82). Portanto, as normas de direitos fundamentais podem se apresentar tanto sob a forma de princípios como de regras.

⁴³⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1026.

⁴³⁵ Ver introdução (*supra*).

des jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas.

Por fim, a natureza principial dos direitos fundamentais torna possível a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação.

TERCEIRA PARTE
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

CAPÍTULO VI

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1 O método da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade

Nesta investigação,⁴³⁶ já ficou assentado que há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido). Em outras palavras, o conflito poderá se manifestar como colisão horizontal (indivíduo *versus* indivíduo; exemplo: liberdade de comunicação *versus* direitos gerais de personalidade) ou como colisão vertical (indivíduo/particular *versus* Estado/comunidade; por exemplo: liberdade de comunicação *versus* segurança pública). Na hipótese de colisão horizontal, o Estado intervém em razão do dever de proteção em relação

⁴³⁶ *Ver* capítulo III (*supra*).

ao particular frente a ameaça de terceiro.⁴³⁷ O particular tem frente ao Estado direitos de proteção.⁴³⁸

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa expressa, ou se da Constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Contudo, embora indispensável, a interpretação constitucional não é suficiente.

Por causa de marcante influência, primeiro, da jurisprudência e, depois, da doutrina constitucionais alemãs, a partir do final da década de 50, deste século, a ponderação de bens

⁴³⁷ “Las colisiones de derechos fundamentales es un tema que tradicionalmente ha sido conectado con la doctrina que propugna una aplicación general del sistema de derechos fundamentales tanto a las relaciones entre los individuos y los poderes públicos como también a las relaciones entre individuos. En este sentido es una problemática que puede recaer tanto en el ámbito de estudio de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros (*Drittwirkung*) como en el ámbito de la aplicación de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos” (GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 288). Os direitos fundamentais não incidem apenas nas relações de subordinação (Estado/cidadãos), mas também nas relações de coordenação entre os particulares (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 313). “Esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal (*Horizontalwirkung*), como también ha sido designada, se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico” (*id.*, *ibid.*, p. 313).

⁴³⁸ Direitos à proteção, na definição de Alexy, são “[...] los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 435). “[...] los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación” (*id.*, *ibid.*, p. 436).

desenvolveu-se como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais.⁴³⁹

A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito,⁴⁴⁰ o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

A aplicação do método da ponderação foi inaugurada pelo TCF alemão na sentença Lüth (15 de janeiro de 1958),⁴⁴¹ na qual examinou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais. O Tribunal decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria ser restringido porque afetava interesses de outra pessoa dignos de proteção. A preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.⁴⁴² A partir de então, apesar da existência de posições críticas, a ponderação de bens foi fortemente desenvolvida, crescendo e consolidando-se a sua aceitação na Alemanha e em outros países.⁴⁴³ Hoje, é tema recorrente no Direito Constitucional.

Para Canotilho,⁴⁴⁴ as noções de ponderação (*abwägung*) ou de balanceamento (*balancing*) representam uma viragem metodológica no âmbito do direito constitucional. Identifica

⁴³⁹ Conforme Gavara de Cara, “la doctrina alemana no plantea diferencias semánticas en la utilización de los términos de ponderación de bienes, de intereses o de valores, pudiendo ser considerados pacíficamente como sinónimos” (*op. cit.*, p. 286).

⁴⁴⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 332. Também Canotilho define a ponderação de bens como um método de investigação e decisão necessário para a otimização dos bens jurídico-constitucionais e para a resolução de problemas de limites e conflitos de direitos fundamentais (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1148). O mesmo autor, em outra passagem, reforçando a noção de método, afirma: “a ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto” (*ibid.*, p. 1111).

⁴⁴¹ No caso Lüth, configurou-se a colisão entre o direito fundamental à livre manifestação de opinião (LF, art. 5, parágrafos 1 e 2) e a proteção à atividade industrial face a um incitamento ao boicote. Sobre o caso Lüth, além das referências feitas nesta investigação, aqui e ali, ver também: LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 494-5.

⁴⁴² BVerfGE 7, 198 (210 *et seq.*), referido por GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 286.

⁴⁴³ O êxito é tamanho que Karl Larenz confere à ponderação de bens o *status* de método de desenvolvimento do Direito (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 490-502).

⁴⁴⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1109.

três razões para essa viragem: (a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso; (b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto, uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia), na qual há um juízo de validade; (3) “fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”⁴⁴⁵

Há pouco afirmou-se que a interpretação constitucional não é suficiente, sendo necessário, em hipótese de colisão, produzir uma norma de decisão mediante a ponderação. Por óbvio, essa afirmação implica diferenciar interpretação de ponderação. Aqui, mais uma vez, Canotilho é claro e preciso. O constitucionalista português confere à ponderação de bens existência autônoma, porque com a ponderação não se trata de atribuir sentido ou significado normativo a disposições normativas (texto da norma) – tarefa da interpretação –, mas equilibrar e ordenar os direitos ou bens conflitantes *in concreto*.

Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 1109.

⁴⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 1110. Como se verá logo em seguida, a ponderação de bens deve ser entendida como parte integrante do princípio da proporcionalidade. A rigor, ponderação de bens e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (terceiro princípio parcial ou terceiro subprincípio da proporcionalidade) são coisas idênticas. Disso segue-se que, aceita a tese da distinção entre ponderação e interpretação, o princípio da proporcionalidade não é um princípio de interpretação constitucional, ao menos em sentido estrito (interpretação constitucional propriamente dita). No entanto, na doutrina constitucional brasileira, autores conceituados e influentes como Barroso (*op. cit.*, p. 198-219) e Bonavides (*op. cit.*, p. 386-9) defendem posição contrária, isto é, que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação especificamente constitucional. Por certo, a questão não é simples. Aqui, adere-se à tese da distinção, por três razões: (a) a ponderação não é um método de atribuição de sentido normativo a disposições normativas constitucionais: é o método que estrutura um procedimento racional com a finalidade de dizer qual norma de direito fundamental deve prevalecer e em

A realização da ponderação de bens requer o atendimento de alguns pressupostos básicos: (1) 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; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto.⁴⁴⁷

Esses pressupostos indicam que a ponderação de bens deve ser uma ponderação concreta de bens. A norma de decisão não resulta de uma ponderação abstrata de bens, consistente na comparação dos direitos ou bens a partir de uma hierarquia ou de uma escala prévia. Contudo, isso não impede que o operador do Direito, previamente à aplicação da ponderação concreta de bens, possa fazer uma ponderação abstrata apenas com finalidades heurísticas, como

que medida, no caso concreto; portanto, pressupõe a interpretação constitucional, a constatação de que existem normas constitucionais, que conferem direitos fundamentais, em colisão; (b) a ponderação de bens é um método ou procedimento que permite a satisfação da unidade da Constituição, da concordância prática e da eficácia ótima (máxima efetividade possível) dos direitos fundamentais, estes sim princípios ou postulados de interpretação constitucional. Nesse sentido, a ponderação de bens é uma exigência ou consequência de determinados princípios de interpretação; e, por fim, (c) a consideração do que se deve entender por problema de interpretação em um caso difícil (colisão de normas constitucionais que conferem direitos fundamentais). Na classificação de MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and practical reason*. Oxford : Clarendon Press, 1978, cap. IV; aqui segue-se a sinopse de: ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 128-9), existem quatro tipos de problemas jurídicos: de relevância, de interpretação, de prova e de qualificação. Aqui, interessam os dois primeiros. Há um problema de relevância quando existem dúvidas sobre qual norma a aplicar ao caso. Já o problema de interpretação surge quando existem dúvidas sobre como há de entender-se a norma ou normas aplicáveis ao caso. Utilizando-se dessa tipologia, é correto dizer que a colisão de direitos fundamentais é, simultaneamente, um problema de interpretação e de relevância, exigindo, enquanto problema de interpretação, a aplicação dos princípios de interpretação constitucional, e, enquanto problema de relevância, a realização de uma ponderação de bens, porque da ponderação resultará a norma prevalecente a ser aplicada ao caso. Portanto, embora interdependentes, interpretação constitucional e ponderação de bens não se confundem.

⁴⁴⁷ Canotilho acrescenta ainda um terceiro pressuposto: “finalmente, é indispensável a *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo-se ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1113). A rigor, esse não é um pressuposto para a *realização* da ponderação, mas uma exigência da racionalidade prática (razão prática) para a *aceitação* do resultado da ponderação. Portanto, é um pressuposto que diz respeito não às condições objetivas para a aplicação da ponderação, mas à fundamentação do resultado (norma de decisão) da ponderação.

por exemplo, para verificar se há uma colisão real (autêntica) ou se há uma carga argumentativa a favor de um dos direitos em colisão.⁴⁴⁸

Definir a ponderação de bens, diferenciá-la da interpretação, indicar seus pressupostos objetivos e classificá-la em abstrata e em concreta é o que se acabou de fazer. Contudo, isso é insuficiente para entender como precisamente opera a ponderação de bens no caso concreto. Essa questão só pode ser respondida com a abordagem do princípio da proporcionalidade.

A questão é esta: como se operacionaliza a ponderação concreta de bens? A resposta é: mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Uma resposta sucinta, mas não livre de problemas conceituais e carente de precisões terminológicas. Por ora, considere-se este problema: ponderação de bens e princípio da proporcionalidade são coisas idênticas ou distintas? Gavara de Cara, a partir da jurisprudência e doutrina constitucionais alemã, tratou dessa questão. Citando Häberle, anota que a proporcionalidade de uma intervenção nos direitos fundamentais pressupõe a ponderação de bens.⁴⁴⁹ O constitucionalista espanhol informa, ainda, que o TCF alemão, em várias decisões, considerou ambos, proporcionalidade e ponderação, como uma unidade, dada a sua estreita vinculação.⁴⁵⁰ Contudo, embora sejam muitos os indícios de equiparação entre princípio da proporcionalidade – principalmente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito – e ponderação de bens

⁴⁴⁸ No final do capítulo anterior desta exposição (*ver* capítulo V, *supra*), mencionou-se que Alexy, tendo como parâmetro a LF, admite uma preferência *prima facie* dos direitos de liberdade e de igualdade em relação aos outros direitos fundamentais. Isso não implica a necessária prevalência, no caso concreto, destes direitos. Apenas significa que em favor deles há uma carga argumentativa. Parece razoável afirmar que uma ordem “branda” de direitos fundamentais resulta não só da interpretação sistemática da Constituição, mas também de uma ponderação abstrata de bens. Assim, parece claro que a ponderação abstrata e a concreta não se excluem. Contudo, tratando-se de uma colisão real, a norma de decisão deve resultar de uma ponderação concreta de bens, sob pena de não-satisfação dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

⁴⁴⁹ *Op. cit.*, p. 287.

⁴⁵⁰ O autor menciona “BVerfGE 27, 334 (352), que establece que el principio de proporcionalidad comprende la ponderación general entre protección de la esfera privada e interés público y la proporcionalidad en el caso concreto” (*ibid.*, p. 287, nota de rodapé 268).

na jurisprudência e doutrinas alemãs, Gavara de Cara registra que tem se pretendido diferenciá-los, utilizando dois critérios:

- a) Considerar el proceso de ponderación a partir de dos caracterizaciones, una general e otra más perfeccionada. La ponderación de bienes puede incluir en su contenido el principio de proporcionalidad, mientras que el examen de proporcionalidad no incluye todas las ponderaciones que se pueden plantear en la aplicación de la Constitución. En la medida en que la ponderación de bienes abstracta no sea admitida carece de sentido este criterio de diferenciación.
- b) Considerar que el principio de proporcionalidad sólo es aplicable a casos extremos, mientras que la ponderación es un control más amplio. En este sentido el principio de proporcionalidad tan solo puede ser entendido como prohibición de no proporcionalidad (formulación negativa) en función de la aplicación de circunstancias especiales de examen.⁴⁵¹

Como se vê, os critérios de distinção não são claros e pouco explicam.

Do ponto de vista prático, é possível que essa questão pouca relevância tenha. De fato, não há como separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade. Há uma unidade entre ambos, como bem pontuou o TCF alemão. A questão apenas tem relevância do ponto de vista de que, em tratando-se de ciência jurídica, há que se atender ao imperativo do rigor conceitual, da precisão terminológica. Por isso, nesta dissertação, alinhando-se à posição majoritária na literatura especializada,⁴⁵² considera-se que a ponderação concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, mas de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o terceiro subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 310.

⁴⁵² Aqui orienta-se principalmente por Alexy. Em *Teoría de los derechos fundamentales (passim)*, está claro que a ponderação de bens orienta-se pelo princípio da proporcionalidade, mais precisamente, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, momento no qual, como se verá ainda nesta exposição, há a ponderação dos direitos fundamentais contrapostos, objetivando a otimização de ambos segundo as possibilidades jurídicas. Em outro texto, Alexy afirma: “o mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão” (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático, *op. cit.*, p. 77). Ver também do mesmo autor: *El concepto y la validez del derecho*, p. 171-2.

Isso posto, a tarefa agora é analisar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

2 O princípio de proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ocupa posição de evidência no Direito Constitucional contemporâneo. Tornou-se, no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanentes e colisão, um princípio ou postulado de máxima importância, talvez o mais importante.

É bem verdade que a origem do princípio não é recente. Surgiu no Direito Administrativo de polícia prussiano, no século XIX, estendendo-se, depois, para todo o Direito Administrativo e, por fim, para o Direito Público em geral.⁴⁵³ No processo penal alemão, por exemplo, já tinha eficácia antes da vigência da LF. Segundo informa Gonzalez-Cuellar Serrano, “la primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del *deutscher Journalistentag*, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos”⁴⁵⁴ Portanto, já no século XIX postulava-se a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em outros campos além daquele do Direito Administrativo de polícia. Contudo, ainda segundo notícia de Gonzalez-Cuellar Serrano, no âmbito do processo penal, discussão ampla e profunda do princípio da proporcionalidade ocorreu em 1925, ano em que o Dr. Höffle, conhecido político, acometido de grave enfermidade, cumprindo prisão preventiva, faleceu. Foi na discussão desse caso que Kohlrausch propôs explicita-

⁴⁵³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 29; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259-60.

⁴⁵⁴ *Op. cit.*, p. 22.

mente a incorporação ao processo penal do princípio da proporcionalidade até então restrito ao Direito Administrativo. Segundo o comentário de Gonzalez-Cuellar Serrano, Kohlrausch sustentou que se devia “[...] conceder a los jueces la discrecionalidad suficiente para apreciar los intereses en conflicto, sometiendo dicha discrecionalidad a una directriz de proporcionalidad, orientada según los fines de la ley, confiada a su criterio y, por tanto, no revisable; todo ello con el fin de evitar el sacrificio innecesario de importantes intereses individuales en la adopción de la prisión provisional”⁴⁵⁵

Não obstante, é fato reconhecido que, fora do Direito Administrativo, até a primeira metade do século XX, o princípio da proporcionalidade carecia de fundamento dogmático claro e preciso. Será no segundo após-guerra que o princípio se desenvolverá amplamente, em razão de que a jurisprudência e doutrina alemãs justificarão o princípio da proporcionalidade com base na LF.⁴⁵⁶ É dizer: o princípio adquire *status* de princípio constitucional. Rapidamente, essa nova leitura do princípio da proporcionalidade cruzará a fronteira tedesca, sendo incorporada pela jurisprudência constitucional de inúmeros países e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.⁴⁵⁷ Atualmente, o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados democráticos de Direito.

Historicamente, verifica-se que o princípio da proporcionalidade surge como técnica para controlar os poderes discricionários da Administração, desenvolve-se, e, na contempora-

⁴⁵⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 23.

⁴⁵⁶ Para breves notícias bibliográficas sobre a evolução doutrinária do princípio da proporcionalidade no Direito Público alemão do segundo após-guerra, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo : Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 69-71. Para um sucinto registro histórico acerca da evolução da jurisprudência constitucional tedesca, ver: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 370-74.

⁴⁵⁷ Para um sucinto panorama acerca da situação do princípio da proporcionalidade no Direito comparado e do direito brasileiro, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 77-80; ver também: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 374-380.

neidade, afirma-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais;⁴⁵⁸ no princípio, dirigia-se ao Poder Executivo, agora vincula a todos os Poderes Públicos.

Embora há muito seja objeto de investigação dos juristas, tanto no campo da teoria do direito como no da dogmática jurídica, a formulação de uma definição do princípio da proporcionalidade não é tarefa simples. Conforme Bonavides,⁴⁵⁹ mencionando idéia de Xavier Philippe, princípios se oferecem mais à compreensão do que à definição. O princípio da proporcionalidade é um caso que corrobora a tese.

Parecem ser duas as razões que dificultam uma definição. Primeira: a complexidade do princípio, o que ficará demonstrado na seqüência da exposição. Segunda: as imprecisões terminológicas (significante) e conceituais (significado). A falta de unidade terminológica, inicialmente, foi provocada pelo TCF alemão, que em determinadas decisões empregou o conceito de proibição de excesso – agora, entendido também como o princípio da proporcionalidade em sentido amplo – para caracterizar o princípio de proporcionalidade em sentido estrito⁴⁶⁰ – hoje, concebido como o terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo –, e, em outras decisões, utilizou como conceito base a proibição de excesso⁴⁶¹ ou empregou os conceitos

⁴⁵⁸ Sobre as fases do princípio da proporcionalidade, cite-se sinopse de Bonavides da retrospectiva histórica realizada por Hirschberg: “resume Hirschberg os ‘grandes estádios’, a saber, a trajetória temporal do ‘princípio da proporcionalidade’, qual hoje o conhecemos e utilizamos em sua acepção lata, que abrange todos aqueles aspectos ou conteúdos parciais inseridos em sua composição, sob a denominação de *Übermassverbot*. Tem o mesmo significado do princípio da necessidade (*Enforderlichkeit*) no Direito de Polícia (*Polizeirecht*), conforme consta da noção conceitual estabelecida por Jellinek. A seguir, biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado, qual flui dos ensinamentos de Lerche. De último, a par da *Übermassverbot*, que não foi desterrada do uso terminológico, serve a proporcionalidade para designar a ‘trias’ de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos por regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Geeignetheit, Enforderlichkeit* e *Verhältnismässigkeit i. e. S.*) (op. cit., p. 369).

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 356.

⁴⁶⁰ Gavara de Cara (op. cit., p. 297) cita estas decisões: BVerGE 14, 19 (22); 15, 226 (234); 17, 306 (314); 18, 353 (362).

⁴⁶¹ BVerfGE 16, 194 (202); 30, 292 (316). Cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 297.

de princípio da proporcionalidade e de proibição de excesso de forma conjunta.⁴⁶² Contudo, diante da falta de unidade terminológica, a doutrina alemã encarregou-se de produzir o consenso. Assim, assentou-se que princípio da proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso (*Übermassverbot*) referem-se a uma mesma coisa e que ambos os princípios compreendem os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁶³

Quanto às imprecisões conceituais, o caso brasileiro é bastante elucidativo. Como se verá mais a frente, nesta exposição,⁴⁶⁴ no Brasil, não está resolvido se princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade se referem a uma mesma coisa ou se, ao contrário, não se identificam; ora o princípio da proporcionalidade é entendido como princípio, ora como postulado normativo aplicativo; inúmeros e diferentes são os fundamentos normativos apresentados; e, para coroar essa falta de unidade conceitual, diversos são os significados atribuídos pela jurisprudência do STF ao princípio da proporcionalidade.⁴⁶⁵

Tudo isso tem como consequência que o princípio da proporcionalidade se presta mais a uma definição analítica do que sintética. Ou seja, é possível apreendê-lo, não de forma direta e imediata, mas mediante análise e descrição progressivas de sua estrutura, pressupostos, fina-

⁴⁶² BVerfGE 23, 127 (133); 38, 348 (368), também cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 297. Sobre as imprecisões terminológicas em torno do princípio da proporcionalidade, ver também: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 366-9.

⁴⁶³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 297. Sobre o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, ver também: LARENZ, Karl. *Derecho justo* fundamentos de ética jurídica. Trad. de Luis Díez-Picazo. [reimpressão] Madrid : Civitas, 1993, p. 144-5.

⁴⁶⁴ Ver capítulo VII (*infra*).

⁴⁶⁵ Uma análise crítica sobre a utilização do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF encontra-se em: ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *op. cit.*, p. 151-4. Ainda sobre o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23/94, p. 475-469, 1ª quinzena de dezembro de 1994. (Este último texto também faz parte da coletânea de estudos de direito constitucional publicada recen-

lidade, hipóteses de fundamento de validade, insuficiências, relação com outros princípios – princípios da igualdade e da razoabilidade – e outros aspectos.

2.1 Princípios parciais do princípio da proporcionalidade

O primeiro passo para a correta compreensão do princípio da proporcionalidade é a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados ou de princípios parciais, ou de subprincípios. Essa decomposição, realizada pela jurisprudência e doutrina alemãs, tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado.

Firmou-se que o princípio da proporcionalidade é constituído por três princípios parciais: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade, por vezes denominado também de princípio da exigibilidade ou princípio da indispensabilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*); e princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*).⁴⁶⁶

Antes da análise desses princípios parciais, frise-se que o princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o

temente pelo autor. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade estudos de direito constitucional*, p. 67-83).

⁴⁶⁶ Segundo informa Guerra Filho, data de 16 de março de 1971 a decisão na qual o TCF alemão explicitou, com clareza e precisão, os princípios parciais do princípio da proporcionalidade: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e 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” (BVerfGE 30, 316 *apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais. processo e princípio da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 27). Com base nessa formulação, escreve Guerra Filho, de forma lapidar: “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é *adequada* se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível[,] é[,] finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens” (*ibid.*, p. 28).

alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.

2.1.1 Princípio da adequação

Por vezes, o princípio da adequação também é denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.

Quando um meio é adequado? A resposta é dada pelo TCF alemão, tanto na formulação negativa, quanto na positiva do princípio, embora de forma mais clara nesta do que naquela. Segundo a fórmula negativa, uma medida é não-idônea se o for completamente.⁴⁶⁷ Significa que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da restrição por meio do princípio da adequação, nem sempre há um único meio idôneo, mas que pode haver vários. Ou seja, o Tribunal admite que pode haver vários meios para se atingir o objetivo ou finalidade pretendida. Nesse sentido, o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado. Assim, tomando como exemplo uma restrição legislativa a direito fundamental, o TCF, para declaração de inconstitucionalidade, examina se ela (a restri-

⁴⁶⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. Nicolas. *Op. cit.*, p. 157.

ção, o meio) é plenamente inadequada.⁴⁶⁸ A fórmula positiva do princípio de adequação diz que um meio é adequado quando com ele é possível alcançar o resultado perseguido.⁴⁶⁹

O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença 55/1996, fundamento jurídico 6º, definiu o juízo de adequação como “la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto”⁴⁷⁰

O exame de adequação do esquema meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido.⁴⁷¹

2.1.2 Princípio da necessidade

Na literatura constitucional especializada, este princípio é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima. Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é mais benigno ao exercício do direito fundamental.⁴⁷²

⁴⁶⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 303.

⁴⁶⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. cit.*, p. 157; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 303. O primeiro autor com indicações bibliográficas doutrinárias; o segundo com indicações de decisões do TCF alemão. Segundo Guerra Filho, “para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*) e a ‘prestabilidade’ para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida. O BVerfG [sic] reconhece, porém, que o estabelecimento de objetivos e de meios para alcançá-los é um problema de política legislativa (ou administrativa) que a ele não cabe resolver, em substituição das autoridades constitucionalmente competentes, reservando-se para interferir só em casos excepcionais e raros, onde é patente sua inadequação e objetivamente imprestável a medida, sendo a avaliação feita para torná-la claramente errônea e refutável” (Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, *op. cit.*, p. 28).

⁴⁷⁰ *Apud* MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁷¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. cit.*, p. 155.

⁴⁷² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 304.

Conforme informa Gavara de Cara, “[...] el Tribunal Constitucional alemán ha establecido que una medida legislativa es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular”⁴⁷³

No princípio da necessidade, identificam-se, no mínimo, quatro notas essenciais.⁴⁷⁴ A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. Nesse sentido, é o princípio da desconfiança. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade ou da maior benignidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz. Contudo, aqui surge uma pergunta: se houver um meio M_1 menos gravoso que o meio M_2 , porém menos eficaz, então qual meio deverá ser considerado legítimo? A questão comporta no mínimo duas respostas. Uma é a que prevalece na jurisprudência e doutrina alemãs, segundo a qual a eficácia do meio mais benigno deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele.⁴⁷⁵ A outra resposta enuncia que a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida.⁴⁷⁶ A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 305.

⁴⁷⁴ Aqui, segue-se, parcialmente, as considerações de Gonzalez-Cuellar Serrano (*op. cit.*, p. 189 *et seq.*).

⁴⁷⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. Nicolas. *Ibid.*, p. 197.

⁴⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 197.

Segundo Alexy, “[...] las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *facticas*”⁴⁷⁷

2.1.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Este terceiro princípio parcial concretizador implica que “los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”⁴⁷⁸ Examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida. O princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional. Segundo Canotilho, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” É o princípio da justa medida.⁴⁷⁹

Conforme síntese de Gavara de Cara, “el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido descrito por el Tribunal Constitucional [TCF alemán] de diversas maneras: la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados [BVerfGE 17, 306 (314)], la medida debe ser racional para los afectados [BVerfGE 37, 1 (19)] o los límites de la racionalidad deben ser garantizados [BVerfGE 30, 292 (316)]”⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 114-5.

⁴⁷⁸ BVerfGE 35, 382 (401) *apud* MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 121.

⁴⁷⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 263. Nesse sentido, Gavara de Cara informa que o TCF alemán formula o princípio tanto positiva como negativamente. Tratando-se de decisão legislativa – o mesmo vale para uma decisão judicial –, a decisão “[...] no puede situarse fuera de relación con el objeto perseguido (en su formulación negativa) como que la decisión legislativa debe mantener una relación razonable con la finalidad perseguida (en su formulación positiva)” (*op. cit.*, p. 309)

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 309.

Na clara e precisa enunciação de Medina Guerrero – analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, de modo especial a STC 62/1982, fundamento jurídico 5º –,

el principio de proporcionalidad en sentido estricto no se traduce, a fin de cuentas, sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto.⁴⁸¹

Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação,⁴⁸² porque proclama “[...] la valoración y ponderación recíproca de todos los bienes involucrados, tanto de los que justifican el límite como de los que se ven afectados por ellos, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso”⁴⁸³

Tratando-se de colisão de direitos fundamentais, Alexy formula, de forma magistral, a *lei da ponderação*, que nada mais é que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁸⁴

Diferentemente dos princípios da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais como mandatos de otimização segundo as possibilidades jurídicas.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ *Op. cit.*, p. 132.

⁴⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112.

⁴⁸³ MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 121-2.

⁴⁸⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161.

⁴⁸⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 112.

2.2 O procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade

Trata-se da forma de operacionalização do princípio em caso de colisão de direitos fundamentais.

Primeiramente, verifica-se se efetivamente há uma colisão de direitos fundamentais. Isso implica averiguar, interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuidos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas-princípios constitucionais. Em outros termos, descobrir se a finalidade ou objetivo que se pretende alcançar com a decisão normativa está justificado constitucionalmente ou se a Constituição ele (fim) não viola, ou seja, se a finalidade é a realização, preservação ou otimização de direito fundamental ou bem protegido constitucionalmente que, *in concreto*, opõe-se a um outro direito fundamental ou bem protegido constitucionalmente que se afetou ou quer afetar com a decisão normativa, legislativa ou judicial. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano,⁴⁸⁶ o exame da constitucionalidade do fim perseguido expressa a realização do princípio da justificação teleológica, pressuposto material da aplicação do princípio da proporcionalidade. Apenas inicia-se o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional. Em segundo lugar, procede-se a uma descrição da situação de conflito, objetivando identificar todas as circunstâncias relevantes do caso. Enfatiza-

⁴⁸⁶ *Op. cit.*, p. 99-103. À legitimidade constitucional do fim, o autor, com fundamento em normas da Convenção Européia dos Direitos Humanos (CEDH, Roma, 4 de novembro de 1950) (de modo especial, na norma expressa pela disposição normativa do art. 8.2 – transcrito no final desta nota de rodapé) e, principalmente, na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), acrescenta a relevância social do fim. Segundo esse requisito, os fins perseguidos pelas medidas estatais restritivas de direitos devem ser necessários a uma sociedade democrática (normas do CEDH) ou decorrer de “necessidade social imperiosa” (sentença do TEDH, 26 de outubro de 1988, *caso Norris*) (*id.*, *ibid.*, p. 104-5). Certamente deve-se considerar a relevância social do fim, contudo condicionando-a à legitimidade constitucional do fim. Nesse sentido, a relevância social é um *topos* a se ter em conta na justificação do fim, principalmente quando o fim não está explícito na Constituição, mas implícito.

O Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais (CEDH), no art. 8.2, prescreve: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho [referese ao direito, expresso pelo art. 8.1, que toda pessoa tem ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência] sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral. o la protección de los derechos y libertades de los demás”

ze-se que a verificação da constitucionalidade do fim e a identificação das circunstâncias relevantes são controles ou *tests* prévios à aplicação do princípio da proporcionalidade.⁴⁸⁷ Realizados os *tests* preliminares, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se a interrelação entre os princípios. Isso significa que uma decisão normativa (o meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, primeiro, for adequada, depois, necessária e, por fim, proporcional em sentido estrito. A inadequação do meio já será suficiente para considerá-lo desproporcional. Apenas analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente. Há entre os três princípios uma progressão de tipo lógico. Por último, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, na qual a decisão estabelecerá uma relação de precedência condicionada (Alexy) – dado o caráter principal dos direitos fundamentais –, tendo em conta as circunstâncias do caso, terá de se fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens (a relação de precedência condicionada).

Do exposto, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim seja cons-

⁴⁸⁷ Segundo Gavara de Cara (*op. cit.*, p. 300-1), o TCF alemão, quando aplica o princípio da proporcionalidade às decisões legislativas em matéria de direitos fundamentais, orienta-se por uma seqüência lógica dividida em duas fases: os controles ou *tests* prévios e a aplicação do princípio. Os *tests* prévios são principalmente três: (a) a verificação da existência da finalidade da limitação. O Tribunal veda intervenção nos direitos fundamentais sem finalidade; (b) a vinculação da restrição à proteção de interesses públicos ou gerais; e (c) a constitucionalidade da finalidade da intervenção. A intervenção não pode ser contrária à Constituição. O segundo critério tem sido criticado, “[...] ya que se considera que es poco adecuado para eliminar restricciones a los derechos fundamentales, dado que es el mismo Poder Legislativo quien determina por sí mismo los intereses públicos” Contudo, ainda segundo Gavara de Cara, “esta objeción puede ser superada mediante la consideración de que las decisiones del Estado que traten de proteger intereses públicos o generales deben derivarse del texto constitucional tanto en un sentido positivo de fundamentación constitucional de la decisión como en un sentido negativo de no contradicción de dicha decisión con la Constitución” (*ibid.*, p. 301).

titucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e, (d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

2.3 Natureza e fundamentação normativas do princípio da proporcionalidade

Embora não tenha sido pouco o quanto se disse e se escreveu sobre o princípio da proporcionalidade e embora o princípio seja amplamente reconhecido e aplicado nos principais Estados democráticos de Direito, surpreendentemente, há questões básicas cujas respostas ainda distam do consenso. Aqui, duas dessas questões merecerão a atenção: a da natureza ou carácter do princípio e a do fundamento normativo. São questões autônomas e, portanto, diferenciadas, porém, interdependentes.

2.3.1 Natureza do princípio

Quanto à natureza do princípio, há duas posições concorrentes. Uma atribui carácter material ao princípio da proporcionalidade; a outra, formal.

A tese da natureza material sustenta que o princípio da proporcionalidade contém ou aduz pontos de vista materiais ou substanciais. Não é um princípio vazio, porque é constituído de conteúdo determinado, expressa um conteúdo valorativo. Segundo Larenz, é um princípio jurídico-material, porque “decorre directamente da noção de justiça, da ‘justa medida’, da ‘moderação’, e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade”;⁴⁸⁸ é um princípio de Direito justo.⁴⁸⁹ O princípio expressa a noção de justiça, portanto, um conteúdo axiológico. Para

⁴⁸⁸ *Metodologia da ciência do direito*, p. 501, nota de rodapé 110.

⁴⁸⁹ LARENZ, Karl. *Derecho justo fundamentos de ética jurídica*, p. 145.

Gonzalez-Cuellar Serrano,⁴⁹⁰ à primeira vista o princípio parece ser meramente formal, no sentido de que apenas obriga a ponderar, sem indicar critérios materiais para a solução dos conflitos. Porém, uma análise mais rigorosa, que considere principalmente o desenvolvimento histórico do princípio, desde o Direito Administrativo de polícia até o Direito Constitucional contemporâneo, mostra que o princípio da proporcionalidade é, ao mesmo tempo, um princípio formal e material. Tem, portanto, dupla dimensão. O princípio não é uma cláusula neutra, que apenas manda ponderar, sem considerar os interesses e valores em jogo. A perspectiva histórica – a origem no Direito Administrativo de polícia e no Direito Processual Penal – indica que é um princípio que protege os interesses individuais. Por isso, o princípio tem de ser compreendido considerando-se os interesses que protege. Não é um princípio neutro, vazio de conteúdo. Ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados.

Em síntese, a tese substancialista consiste em dizer que o princípio da proporcionalidade possui enquanto tal ou indica, quando aplicado, determinados critérios ou pontos de vista materiais conformadores da decisão normativa, solucionadora do conflitos de direitos, bens ou interesses.

A tese, porém, suscita interrogações. Se o princípio tem conteúdo material, então qual é o conteúdo? Que pontos de vista materiais ou substanciais indica o princípio? Larenz referiu-se à noção de justiça. Contudo, a literatura filosófica e jurídica, desde os primórdios do pensamento ocidental, é bastante eloquente sobre o quão problemáticos são os conceitos e os critérios de justiça.⁴⁹¹ Nesse caso, o próprio conteúdo material atribuído ao princípio é problemáti-

⁴⁹⁰ *Op. cit.*, p. 226-7.

⁴⁹¹ Um análise histórica e teórica dos conceitos, teorias e regras da justiça extrapola o objeto e objetivos desta investigação. Por isso, limita-se a fazer algumas referências. Evidentemente, a primeira tarefa de um estudo sobre a justiça é a leitura dos clássicos gregos: Platão (de modo especial, *A República*) e Aristóteles (principalmente, *Ética a Nicômacos*, Livro V). Também é indispensável uma visita aos modernos: Hobbes,

co. Gonzalez-Cuellar Serrano, por sua vez, peca pela ambigüidade. De um lado, parece propor que o conteúdo material do princípio decorre dos interesses em jogo. Ocorre que nem sempre estão em jogo os mesmos interesses. Em casos diferentes existem interesses diferentes em jogo. Assim, o princípio da proporcionalidade assumiria diferentes conteúdos materiais segundo os diferentes casos em que é aplicado. Ora, se isso é verdade, então, a rigor, o princípio da proporcionalidade é um princípio formal, porque, abstratamente, não possui conteúdo determinado, apenas concretamente. De outro lado, o autor espanhol, invocando a origem do princípio – portanto, à época do Estado de Direito liberal – afirma que o princípio da proporcionalidade é “[...] un principio favorecedor de los intereses individuales”⁴⁹² De fato, é possível, no marco de uma “ordem branda” (Alexy), sustentar que determinados direitos fundamentais gozam de uma preferência *prima facie* em relação a outros. Alexy, como já mencionado,⁴⁹³ tendo como fundamento a LF, confere caráter *prima facie* aos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade. Atente-se, porém, que essa preferência decorre não do princípio da proporcionalidade ou da ponderação de bens, mas de uma teoria dos direitos fundamentais adequada (alicerçada em uma Constituição ou em um determinado modelo de Constituição) e devidamente

Rousseau, Kant, Hegel e Marx. Por fim, é incontornável a intensa, fecunda e complexa reflexão contemporânea sobre a justiça nos campos da ética filosófica e da filosofia política normativa. No debate produzido por essa reflexão contemporânea confrontam-se liberais universalistas (o maior expoente é Rawls), comunitaristas (Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor e Michael Walzer) e libertários (o principal representante é Robert Nozick). Também participam desse debate autores como Habermas e Dworkin. O ponto de partida é *Uma teoria da justiça* (op. cit.) de Rawls. Outras indicações (não-exaustivas) são estas: MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo : Loyola, 1991. 439 p.; NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1991. 395 p.; HÖFFE, Otfried. *Justiça política fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. de Ernildo Stein. Petrópolis : Vozes, 1991. 404 p.; TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética* [Lição décima oitava: justiça, p. 393-420]. Trad. de Róbson Ramos dos Reis et al. 2. ed. Petrópolis Vozes, 1997. 430 p. Uma introdução às teorias contemporâneas da justiça encontra-se em: KYMLICKA, Will. *Las théories de la justice : une introduction*. Trad. de Marc Saint-Upéry. Paris : Le Decouverte, 1999. 363 p. Ainda como literatura de apoio, ver: BARRY, Brian. *Teorias de la justicia*. Trad. de Cecília Hidalgo. Barcelona Gedisa, 1995. 429 p.; KUKATHAS, Chandran, PETTIT, Philip. *Rawls: “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. de Maria Carvalho. Lisboa : Gradiva, 1995. 184 p.; CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*; MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*

⁴⁹² GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. cit.*, p. 227.

⁴⁹³ Ver capítulo V (*supra*).

fundamentada ou justificada. O princípio da proporcionalidade não indica *a priori* qual o interesse ou direito que prevalecerá (se individual ou coletivo). A aplicação do princípio decorre exatamente do fato de que não se pode abstratamente dizer qual prevalecerá. E mais: imagine-se um caso em que estão em jogo apenas interesses ou direitos fundamentais individuais. Nesse caso, qual seria o conteúdo material do princípio?

Portanto, de quem sustenta o caráter material do princípio da proporcionalidade exige-se que especifique e fundamente o conteúdo material.

A tese oposta sustenta que o princípio da proporcionalidade é um princípio formal. Segundo Georg Ress, o princípio não é um critério material ou substantivo de decisão, mas um procedimento que conduz à decisão do caso concreto.⁴⁹⁴ Para Gavara de Cara, “el método de la ponderación de bienes tiene carácter formal, dependiendo su racionalidad y su efectividad de contenidos materiales que son determinados *a priori*, con anterioridad a su aplicación. La concreción objetiva de dichos contenidos materiales depende del consenso que pueden alcanzar en su concreción”⁴⁹⁵ Em favor da tese do caráter formal também advoga Alexy, para quem “[...] el procedimiento de ponderación es racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución”⁴⁹⁶ Em favor dessa tese, na literatura constitucional brasileira, com muita sofisticação teórica, argumenta Ávila:

o dever de proporcionalidade também não é um princípio ou critério material [...].

O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. Sobre a medida de excesso considerada inválida o dever de proporcionalidade nada diz. Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins só podem ser estabelecidos em contato com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial da excessividade, mas sua aplica-

⁴⁹⁴ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 387.

⁴⁹⁵ *Op. cit.*, p. 278.

⁴⁹⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525.

ção conjunta com outros princípios materiais. Vale dizer: o dever de proporcionalidade, ao contrário do que pretende LARENZ, seria um princípio ou critério *formal*, como bem assinalou KAUFMANN.⁴⁹⁷

Evidentemente, dada a natureza e fins específicos da investigação que aqui se desenvolve, não se pretende responder de forma definitiva à questão do caráter do princípio da proporcionalidade. Contudo, do exposto é possível afirmar que os melhores argumentos corroboram a tese da natureza formal do princípio.

Que essa tese é a mais correta decorre também da reflexão já empreendida pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais acerca da segunda questão antes mencionada: o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade. É por essa razão que acima frisou-se que ambas as questões, natureza e fundamento do princípio, são autônomas, porém complementares.

2.3.2 Fundamentação normativa do princípio

Como já registrado, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se vigorosamente no segundo pós-guerra, quando a doutrina e a jurisprudência constitucionais, principalmente da Alemanha, conferiram-lhe hierarquia constitucional. Contudo, constata-se que a maioria das constituições de Estados democráticos de Direito não contêm referência expressa ao princípio.⁴⁹⁸ A ausência de enunciado normativo explícito pôs em evidência o problema da funda-

⁴⁹⁷ *Op. cit.*, p. 169-70.

⁴⁹⁸ A exceção fica por conta da Constituição da República Portuguesa de 1976. Nela, encontram-se referências expressas ora ao princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), ora aos princípios parciais da adequação e da necessidade. Art. 18.2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” Art. 19.4: “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” Art. 19.8: “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” Art. 272.2: “As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário” Há outras indicações na

mentação normativo-constitucional.⁴⁹⁹ Identificar os referenciais constitucionais tem sido uma tarefa inevitável para todos aqueles que conferem ao princípio força normativa e especial relevância em matéria de direitos fundamentais. A fundamentação constitucional do princípio é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultados.

Inúmeros têm sido os caminhos para fundamentar ou justificar normativamente o princípio. Analisar-se-ão os principais.

2.3.2.1 Estado de Direito

O TCF deduz o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito (LF, art. 20, parágrafo 3).⁵⁰⁰ A fórmula *standard* do Tribunal expressa que

en la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio del Estado de Derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la pretensión de libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el Poder Público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos.⁵⁰¹

O TCF justificou essa dedução argumentando que o Estado de Direito não tem apenas um sentido formal, mas também um sentido material. Neste último, está presente a idéia de justiça. Assim, o princípio da proporcionalidade é um princípio concretizador da idéia de justiça presente no princípio do Estado de Direito.⁵⁰²

CRP/76, mas as recém citadas já provam a formalização e a hierarquia constitucionais do princípio da proporcionalidade.

⁴⁹⁹ O fato de não haver expressa referência na Constituição não implica a impossibilidade de fundamentação. Apenas há a necessidade de um esforço dogmático maior para demonstrar que o princípio é um postulado constitucional implícito, um princípio constitucional não-escrito, mas tão válido quanto se escrito fosse. Sobre direito constitucional não-escrito, ver: HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 22, número de margem 34; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1013.

⁵⁰⁰ LF, art. 20, parágrafo 3: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho”

⁵⁰¹ BVerfGE 19. 342 (348 *et seq.*) *apud* GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 313-4.

⁵⁰² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 314.

A proposta de fundamentação do princípio da proporcionalidade no Estado de Direito, por causa da influência do vigoroso pensamento constitucional alemão, cruzou a fronteira tedesca. Na Espanha, de forma titubeante, o Tribunal Constitucional tem invocado o princípio do Estado de Direito, embora tenha apontado também outras bases normativas.⁵⁰³ Na doutrina Constitucional portuguesa, Canotilho concebe o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso como um subprincípio concretizador ou densificador do princípio do Estado de Direito.⁵⁰⁴ No Brasil, a tese também foi recepcionada.⁵⁰⁵

2.3.2.2 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Outra via de fundamentação são os direitos fundamentais, mais precisamente, a noção de essência ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Trata-se de derivar o princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais.

Essa via também foi trilhada, inicialmente, pelo TCF. Segundo Gavara de Cara,⁵⁰⁶ o Tribunal alemão, em sua jurisprudência sobre o art. 2, parágrafo 1, derivou do art. 19, parágrafo 2, ambos da LF,⁵⁰⁷ a aplicação do princípio da proporcionalidade. Em outros termos, o

⁵⁰³ Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, “nuestro T.C., por su parte, se ha mostrado vacilante en la materia, y si bien concede al principio trascendencia constitucional, no ha definido claramente sus bases normativas ni ha precisado su alcance” Ora, baseia-se na jurisprudência do TEDH, ora na do TCF alemão (*op. cit.*, p. 51).

⁵⁰⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259 *et seq.* Ainda na literatura publicista portuguesa, essa posição também é reforçada por: SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no *Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina. 1994, p. 136-8.

⁵⁰⁵ Sobre o problema da fundamentação do princípio da proporcionalidade no Brasil, retornar-se-á logo em seguida.

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, p. 298.

⁵⁰⁷ Art. 2. parágrafo 1: “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o la ley moral” Art. 19, parágrafo 2: “En ningun caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”

princípio da proporcionalidade fundamenta-se no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser afetado.

Fundamentar o princípio da proporcionalidade na noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma tarefa simples. O problema começa pela determinação do que se deve entender por conteúdo essencial. Na doutrina constitucional alemã, as teorias sobre o conteúdo essencial, de modo genérico, são classificadas em teorias objetivas e teorias subjetivas. Aqui interessa as teorias subjetivas, que por sua vez são divididas em teorias relativas e absolutas.⁵⁰⁸

Segundo as teorias relativas, o conteúdo essencial de um direito fundamental é afetado quando há uma restrição não-adequada, não-necessária e não-proporcional em sentido estrito.⁵⁰⁹ O conteúdo essencial é afetado ou violado quando não há motivo ou justificação suficiente para a limitação, quando o direito fundamental deixa de ter eficácia na vida social.⁵¹⁰ O conteúdo essencial não é fixado de uma vez por todas. É “[...] aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado”⁵¹¹ O conteúdo essencial existe, mas é um núcleo mínimo variável, obtido sempre em relação a um direito fundamental concreto.⁵¹² Portanto, à luz das teorias relativas, conteúdo essencial de direito fundamental e princípio da proporcionalidade estão umbilicalmente ligados, são faces de uma mesma moeda, princípios correlatos.

⁵⁰⁸ Acerca das inúmeras teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ver: GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 23-39 e 209 *et. seq.*

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 125.

⁵¹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 266-7, número de margem 332.

⁵¹¹ MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 147.

⁵¹² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 215.

Segundo as teorias absolutas, “[...] existe en todo derecho fundamental un ‘componente sustancial’ [Georg Herbert] que excluye por completo cualquier ingerencia de los poderes públicos, aunque la misma persiga un fin legítimo y sea fruto de una respetuosa aplicación del principio de proporcionalidad”⁵¹³ Ou seja, todo direito fundamental tem um núcleo duro, resistente, mínimo, invariável, determinável em abstrato, de uma vez por todas, que não pode ser afetado ou violado por uma decisão normativa, legislativa ou judicial, mesmo que essa medida seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Portanto, as teorias absolutas desvinculam a garantia do conteúdo essencial do princípio da proporcionalidade. Isso não significa que teorias absolutas postulem incompatibilidade entre princípio da proporcionalidade e garantia do núcleo essencial. Dizem que ambos são limites dos limites aos direitos fundamentais, mas possuem identidade própria.⁵¹⁴ Nesse sentido, o conteúdo essencial não é fundamento do princípio da proporcionalidade.

Mas o que é o núcleo essencial invariável das teorias absolutas? Como delimitá-lo? Sobre essa questão se debruçou longamente a doutrina constitucional alemã.⁵¹⁵ Medina Guerrero⁵¹⁶ destaca dois autores alemães. Segundo Herbert Krüger, há violação do conteúdo essencial se já não é possível alcançar o fim pelo qual se instituiu o direito fundamental. Para Ekkehart Stein, o conteúdo essencial é violado quando “el límite llega tan lejos que el particular no puede perseguir (*verfolgen*) en absoluto el interés protegido por el derecho”⁵¹⁷

⁵¹³ MEDINA GUERRERO, Manuel. *Op. cit.*, p. 149.

⁵¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 150.

⁵¹⁵ Segundo Medina Guerrero, “[...] muy probablemente, no haya ningún otro concepto en la Ley fundamental de Bonn que haya permitido tan generosamente a la doctrina lucir sus habilidades” (*op. cit.*, p. 147, nota de rodapé 50).

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 149.

⁵¹⁷ *Apud* MEDINA GUERRERO, Manuel. *Ibid.*, p. 149.

Do exposto, conclui-se que a possibilidade de fundamentação do princípio da proporcionalidade no conteúdo essencial dos direitos fundamentais depende da concepção que se tem do núcleo essencial, da teoria que se adota.

Portanto, é bastante problemática a fundamentação por essa via. Mesmo que se adotem teorias relativas, segundo as quais o núcleo essencial é determinável pelo princípio da proporcionalidade, é de se perguntar se, do ponto de vista lógico-conceitual, é correto dizer que o determinante (princípio da proporcionalidade) se fundamenta no determinado (conteúdo essencial) pelo próprio determinante. Ora, é o princípio da proporcionalidade que se fundamenta no conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou é o inverso? Evidentemente, está em questão o próprio conceito de fundamentação. De qualquer maneira, parece que não há uma relação lógico-conceitual necessária entre princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial. A existência de teorias absolutas, alternativas às relativas, por si só, já o evidencia de modo suficiente, o que só poderia ser refutado mediante demonstração ou prova de que as teorias absolutas são grandes equívocos teóricos.

As dificuldades ganham proporções ainda maiores no âmbito de vigência daquelas constituições que não fazem referência expressa à garantia do conteúdo essencial. Por quê? Porque nesses ordenamentos também o princípio da proteção do conteúdo essencial precisa ser fundamentado. Em países como Alemanha, Espanha e Portugal, não há necessidade de fundamentar nem de deduzir o conteúdo essencial como limite dos limites às restrições de direito fundamental, porque o princípio é referido expressamente no texto constitucional.⁵¹⁸ Contudo,

⁵¹⁸ Na CRP/76, no art. 18.3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” Na CE/78, no art. 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.” Na literatura constitucional espanhola, além de Medina Guerrero (*op. cit.*, p. 145-65), ver também: OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Op. cit.*, p. 125-35; e, na portuguesa, ver: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 232 *et seq.*

em constituições como a CRFB/88, para citar um exemplo, o próprio princípio da garantia do conteúdo essencial precisa ser deduzido ou fundamentado constitucionalmente.⁵¹⁹ Portanto, no âmbito de vigência dessas constituições, há a exigência de uma dupla fundamentação. Primeiro do princípio da proteção do núcleo essencial e depois do princípio da proporcionalidade. O princípio fundamentador também tem de ser fundamentado.

Se rigor analítico tem alguma importância prática na questão aqui tratada, e supõe-se que tem, então a fundamentação do princípio da proporcionalidade no princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ainda exige melhores argumentos dogmáticos. Significa dizer que essa via de justificação deve ser desconsiderada? Parece que não. Apenas significa dizer que ela ainda é uma fundamentação “branda”, “fraca”

Segundo Bonavides, embora inicialmente o TCF alemão tenha por vezes fundamentado o princípio da proporcionalidade na intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, atualmente há uma preferência pelo princípio do Estado de Direito.⁵²⁰

2.3.2.3 Princípio da dignidade humana

Uma terceira hipótese de fundamentação normativa do princípio da proporcionalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressa ou tacitamente em todas as constituições democráticas contemporâneas.

⁵¹⁹ Na doutrina constitucional brasileira, Mendes sugere “[...] que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas” Se nas constituições alemã, espanhola e portuguesa é princípio expresso, na Constituição brasileira e outras, o princípio da proteção do núcleo essencial é um postulado constitucional imanente (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* estudos de direito constitucional, p. 35). De fato, a noção de núcleo essencial como limite dos limites é imprescindível para salvar a idéia mesma de *fundamentalidade* dos direitos fundamentais. Sem ela, os direitos fundamentais e seu conteúdo estariam à livre disposição dos poderes públicos, de modo especial do Poder Legislativo.

⁵²⁰ *Op. cit.*, p. 365.

A rigor, essa via de fundamentação se aproxima muito da via do princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É o que se confirma quando se verifica na dogmática dos direitos fundamentais formulações que identificam na dignidade da pessoa o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Na doutrina constitucional alemã, destaque-se as formulações de Günter Dürig, para quem o conteúdo material dos direitos fundamentais é idêntico ao conteúdo da dignidade humana.⁵²¹ Segundo o constitucionalista alemão, aqui na paráfrase de Gavara de Cara, a dignidade humana expressa “[...] una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea”⁵²² Decorre daí, ainda segundo o autor alemão,⁵²³ que o titular de um direito fundamental não pode ser objeto da atividade estatal. Quando os poderes públicos violam o conteúdo essencial de direito fundamental, é dizer, a dignidade da pessoa humana, transformam o titular em objeto. Essa violação ocorre se o Estado impede o exercício do direito fundamental pelo titular por meio de pressupostos e condições que o titular, apesar do máximo esforço, não consegue satisfazer.

⁵²¹ Segundo Gavara de Cara, após as críticas feitas por autores alemães a essa tese, Dürig mudou o seu posicionamento caracterizando o conteúdo dos direitos fundamentais como o conteúdo essencial mínimo do art. 19, parágrafo 2, da LF (*op. cit.*, p. 225). Ainda conforme o autor espanhol, “globalmente, puede afirmarse que la doctrina científica alemana, aun en el supuesto de que admita como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales a la norma de la dignidad humana, no los plantea como sinónimos. La garantía del contenido esencial no se agota en la norma que establece la dignidad humana, aunque tan solo sea por la existencia de determinados derechos fundamentales (como por ejemplo puede ser el derecho de petición, art. 17 LF), que no tiene ninguna relación directa con los derechos humanos.

El principio de la dignidad humana se utilizará, en cambio, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales que resulten contrarias a la imagen humana deducible de la Ley Fundamental de Bonn y concretada en base a las aplicaciones que realiza el Tribunal Constitucional alemán” (*ibid.*, p. 226).

⁵²² *Ibid.*, p. 219.

⁵²³ *Apud* GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Ibid.*, p. 218.

Na doutrina constitucional portuguesa, Andrade define como conteúdo essencial absoluto a “dignidade do homem como ser livre”⁵²⁴

Esclareça-se, para que não haja confusão, que a referência a Düring e Andrade não é feita porque deduzem o princípio da proporcionalidade da dignidade da pessoa humana, o que não fazem, mas porque consideram conteúdo essencial dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa coisas idênticas.

Na literatura constitucional brasileira, Guerra Filho espousa a tese da identidade e deriva o princípio da proporcionalidade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da CRFB/88.⁵²⁵

É certo que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Contudo, definir com precisão o que seja dignidade da pessoa humana não é tarefa simples. O conceito é altamente abstrato e nem sempre é possível identificar, *a priori*, os supostos fáticos específicos de infração da dignidade humana.⁵²⁶ A rigor, noção menos vaga sobre a dignidade da pessoa humana apenas é possível *in concreto*, principalmente, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, direitos portadores do conteúdo “dignidade humana”, mas que, no caso concreto, dado o caráter principal das normas conferidoras de direitos fundamentais, têm pesos relativos. Portanto, na hipótese de colisão, o que seja a dignidade humana – e sua violação ou não-violação – resulta da aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, as considerações sobre o princípio da proteção do conteúdo essencial como via de fundamentação do princípio da proporcionalidade valem, ao menos em parte,

⁵²⁴ *Op. cit.*, p. 236 *et seq.*

⁵²⁵ *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 48-9. Guerra Filho atribui ao princípio da proporcionalidade vários fundamentos normativos, que serão mencionados na sequência da exposição.

⁵²⁶ “Por lo que respecta al principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona mencionado en el artículo 1 LF [...], todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ser violada la dignidad

para a via do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, assiste razão a Gonzalez-Cuellar Serrano quando, a partir da doutrina e jurisprudência constitucionais alemãs, afirma que não é conveniente fundamentar o princípio da proporcionalidade unicamente em conceitos como dignidade do homem, dado o alto grau de abstração e imprecisão.⁵²⁷

2.3.2.4 Cláusula do *due process of law*

Com especial ênfase na doutrina constitucional brasileira, concebe-se o princípio da proporcionalidade como princípio constitucional com *sedes materiae* na cláusula do *due process of law*, enunciada no art. 5º, LIV, da CRFB/88. Nesse sentido, posicionam-se alguns dos mais influentes constitucionalistas, entre os quais se destacam Mendes⁵²⁸ e Barroso.⁵²⁹ Em razão disso, é possível afirmar que, no direito constitucional brasileiro, no atual momento, há uma clara tendência de consolidação do *due process of law* como justificativa constitucional principal do princípio da proporcionalidade.⁵³⁰

Um traço comum entre os autores brasileiros citados é a postulação de intercambialidade ou fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade (de origem germânica) e da razo-

humana. Manifiestamente, no puede darse una respuesta general sino que siempre hay que tener en cuenta el caso concreto” (BVerfGE 30, 1 (25) *apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 107).

⁵²⁷ *Op. cit.*, p. 56.

⁵²⁸ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* estudos de direitos constitucional, p. 83.

⁵²⁹ *Op. cit.*, p. 198-219.

⁵³⁰ Dão assentimento a essa tese ainda Clèmerson Merlin Clève (Contribuições previdenciárias – não-recolhimento – art. 95, “d”, da Lei n. 8.212/91 – inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, 1996, p. 124-5), Raquel Denize Stumm (*Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1995, p. 173), Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Brasília Jurídica, 1996, *passim*) e Maria Rosynete Oliveira Lima (*Devido processo legal*. Porto Alegre S. A. Fabris. 1999. p. 287). Clève (*loc. cit.*) também admite a derivação do princípio do Estado de Direito (art. 1º, CRFB/88).

abilidade (de origem norte-americana). Ambos são concebidos como princípios idênticos, equivalentes, com mesma finalidade.

Em que pese a ampla aceitação dessa via de fundamentação, é de se registrar que há objeções à tese da equivalência entre ambos os princípios, como se verá em capítulo a parte, nesta exposição.⁵³¹ Por ora, anote-se que se, de fato, há equivalência, então a derivação do princípio da proporcionalidade do *due process of law* estará plenamente justificada, à medida que, à luz do longo desenvolvimento jurisprudencial constitucional norte-americano, não resta dúvidas de que o princípio da razoabilidade deriva do *due process of law*. Porém, se não demonstrada a correspondência, então novos argumentos poderão ser exigidos de quem deduza o princípio da proporcionalidade do *due process of law*.

2.3.2.5 Pluralidade de fundamentos normativos

A exposição, que aqui se desenvolve, evidencia que inúmeras são as bases normativas utilizadas para justificar o princípio da proporcionalidade. Em razão disso, é inevitável a indagação sobre a existência de uma unidade normativa ou de uma pluralidade normativa fundante do princípio da proporcionalidade.

Ao que parece, as doutrinas e jurisprudências constitucionais, de um modo geral, admitem a hipótese de várias bases normativo-constitucionais, mesmo que confiram maior peso a uma do que a outras. Assim, a título de exemplo, na Alemanha, a preferência recai sobre o Estado de Direito; no Brasil, tendencialmente, sobre o *due process of law*.

O caso brasileiro é bastante ilustrativo da pluralidade de fundamentos normativos. Bonavides concebe o princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito implícito

⁵³¹ Ver capítulo VII (*infra*)

com fundamento normativo-constitucional no Estado de Direito,⁵³² mas também identifica expressões nítidas e especiais de proporcionalidade em inúmeras disposições normativas da CRFB/88, tais como: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, § 3º; art. 37, IX; art. 40, V; art. 84, parágrafo único e vários outros⁵³³ e, por fim, no art. 5º, § 2º⁵³⁴

Guerra Filho, um dos juristas brasileiros que mais atenção têm dado em suas reflexões ao princípio da proporcionalidade, fundamenta-o de várias formas: (a) a postulação do princípio da proporcionalidade é uma exigência lógica e axiológica, para que se respeite os princípios na hipótese de colisão;⁵³⁵ (b) o princípio da proporcionalidade é densificação do princípio fundamental geral da dignidade humana;⁵³⁶ (c) é princípio dos princípios,⁵³⁷ “verdadeiro *principium* ordenador do direito”,⁵³⁸ “máxima expressão da norma fundamental (*Grundnorm*)” de inspiração kelseniana;⁵³⁹ (d) é princípio que se reconhece com fundamento na disposição normativa do § 2º do art. 5º, da CRFB/88;⁵⁴⁰ e, por fim, (e) é princípio que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁵⁴¹

Os administrativistas também não se furtaram a dar sua contribuição. Para Bandeira de Mello, sendo o princípio da proporcionalidade faceta do princípio da razoabilidade, então o

⁵³² *Op. cit.*, p. 364 e, expressamente, na p. 365.

⁵³³ *Ibid.*, p. 395.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 396.

⁵³⁵ *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 45.

⁵³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 49 e 55.

⁵³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 55

⁵³⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 62.

⁵³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 74.

⁵⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 62.

⁵⁴¹ *Id.*, *ibid.*, p. 65.

fundamento constitucional é o mesmo: art. 37, conjuntamente com os arts 5º, II, e 84, IV, todos da CRFB/88.⁵⁴² Freitas, no âmbito dos princípios constitucionais fundamentais do direito administrativo, vincula o princípio da proporcionalidade ao da finalidade, ao da economicidade e ao da igualdade (CRFB/88, art. 5º, *caput* e I), sugerindo que a proporcionalidade é uma versão moderna do princípio da igualdade.⁵⁴³

E, como já referido há pouco, Mendes, Barroso, Stumm, Barros e Lima fundamentam o princípio da proporcionalidade no princípio do devido processo legal (*due process of law*).

Como se vê, a doutrina constitucional brasileira oferece um leque de fundamentos normativos para o princípio da proporcionalidade. De fato, nada impede que se eleja um feixe de bases normativas, a não ser que se postule um fundamento último, o que é próprio da filosofia, mas nem sempre da ciência jurídica e da teoria do direito. Contudo, mesmo reconhecendo a validade dos fundamentos invocados, de modo especial o princípio do Estado de Direito (CRFB/88, art. 1º, *caput*) e a cláusula do *due process of law* (CRFB/88, art. 5º, LIV), nesta investigação, adere-se à posição de que a teoria dos princípios de Alexy oferece fundamento normativo superior, porque também fortemente fundamentado do ponto de vista lógico-conceitual.

2.3.2.6 'Fundamentação jusfundamental'

Alexy denomina de “fundamentação jusfundamental” a fundamentação da máxima da proporcionalidade⁵⁴⁴ a partir do caráter principal das normas de direitos fundamentais.⁵⁴⁵ Há

⁵⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 68.

⁵⁴³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo Malheiros, 1997, p. 59.

⁵⁴⁴ Alexy prefere máxima da proporcionalidade a princípio da proporcionalidade, porque não se trata de um mandato de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. “La adecuación, necesidad y pro-

uma co-implicação – uma implicação recíproca – entre princípios e máxima da proporcionalidade. Aqueles implicam esta, esta implica aqueles. No âmbito da questão que aqui se aborda – fundamento do princípio da proporcionalidade –, isso significa que o princípio da proporcionalidade é deduzível ou infere-se, logicamente, do caráter ou da natureza dos princípios.

Como já exposto,⁵⁴⁶ na teoria dos princípios, os princípios são mandatos de otimização, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Significa que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito (mandato de ponderação) relaciona-se com a relativização das possibilidades jurídicas. Diz Alexy:

porcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112, nota de rodapé 84). Esta caracterização de Alexy suscita o problema da estrutura lógica da proporcionalidade. A proporcionalidade é um princípio, uma regra, um critério? Na doutrina brasileira, essa questão é pouco discutida e é amplamente majoritária a posição de que a proporcionalidade é um princípio. Contudo, recentemente, Ávila mostrou que a questão não é de menor importância prática, “[...] na medida em que a sua resposta esclarece não só a estrutura lógica do dever de proporcionalidade, hoje amplamente utilizado pela jurisprudência, mas também explica o seu fundamento de validade e a relação que mantém com as outras normas jurídicas” (*op. cit.*, p. 169). Entendendo por postulado uma condição de possibilidade cognitiva ou de apreensão de um objeto (acepção que atribui a Kant) (*ibid.*, p. 165), Ávila afirma que o dever de proporcionalidade (a expressão é dele) é um postulado normativo aplicativo, porque “[...] impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas” (*ibid.*, p. 170). Assim, para ele, o dever de proporcionalidade não é princípio ou norma-princípio, não é critério material e não é regra jurídica (*ibid.*, p. 169-70).

⁵⁴⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-5. A “fundamentação jusfundamental”, segundo Alexy, não exclui outras fundamentações como as que se apoiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, porque “en la medida en que funcionan, son refuerzos bienvenidos para la fundamentación iusfundamental” (*ibid.*, p. 115). Isso mostra que o autor alemão, embora, evidentemente, dê preferência ao seu modelo, também compartilha da tese de que o princípio da proporcionalidade pode ser fundamentado de vários modos.

Sobre a prática jurisprudencial como fundamento, escreve Gavara de Cara: “[...] es difícil encontrar una justificación expresa y clara en la Ley Fundamental de Bonn para la utilización del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, la aplicación de dicho principio por el Tribunal Constitucional convierte a sus precedentes en criterios que pueden ofrecer la seguridad jurídica y previsibilidad necesarias para controlar la actividad del Poder Legislativo en materia de derechos fundamentales” (*op. cit.*, p. 322) e, evidentemente, as próprias decisões das instâncias inferiores do Poder Judiciário.

⁵⁴⁶ Ver capítulo V (*infra*).

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.⁵⁴⁷

As máximas da necessidade e da adequação são inferidas dos princípios como mandatos de otimização segundo as possibilidades fáticas.

Alexy demonstra, a partir de uma constelação simples de um exame de necessidade, que a máxima da necessidade deriva do carácter de princípio:

La constelación más simple está caracterizada porque en ella están en juego sólo dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado/ciudadano). Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin F con el principio P_1 o F es idéntico a P_1 . Existen, por lo menos, dos medios, M_1 y M_2 , que son igualmente adecuados para lograr o promover F . M_2 afecta menos intensamente que M_1 , o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, P_2 . Bajo estos presupuestos, para P_1 es igual que se elija M_1 o M_2 . P_1 no exige que se elija M_1 en lugar de M_2 o M_2 en lugar de M_1 . Para P_2 , no es igual el que se elija M_1 o M_2 . En tanto principio, P_2 impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fáticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fáticas, P_2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M_2 y no M_1 . Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fáticas, bajo el supuesto de la validez tanto de P_1 como de P_2 , sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y medios. Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que “el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo” [BVerfGE 38, 281 (302)] se infiere del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.⁵⁴⁸

Sobre a máxima da adequação, diz Alexy:

Si M_1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P_1 o idéntico con P_1 , entonces M_1 no es exigido por P_1 , es decir, para P_1 es igual si se utiliza M_1 o no. Si, bajo estas circunstancias, M_1 afecta la realización de P_2 , entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fáticas, M_1 está prohibido por P_2 . Esto vale para to-

⁵⁴⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 113-4.

dos los principios, fines y medios. Por lo tanto, también la máxima de la adecuación se sigue del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.⁵⁴⁹

Como se vê, para a teoria dos princípios, as máximas da proporcionalidade são, ao mesmo tempo, uma implicação lógica e normativa dos princípios. Enquanto mandatos de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, os princípios, principalmente na hipótese de colisão, exigem as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, partindo da premissa de que os direitos fundamentais têm natureza principal, é possível afirmar, também, que as máximas da proporcionalidade derivam das normas-princípios de direitos fundamentais, ou seja, dos direitos fundamentais enquanto princípios.

Evidentemente, é possível que teoria alternativa seja apresentada, ou para refutar, ou para melhorar a fundamentação do princípio da proporcionalidade pela teoria dos princípios. Contudo, tal teoria, aqui hipotética (imaginada), se pretende refutar, tem, no mínimo, estas tarefas: (a) provar ou demonstrar que é falsa a distinção teórico-estrutural entre normas-princípios e normas-regras; (b) que as normas de direitos fundamentais não têm natureza principal; e (c) que na aplicação de normas de direitos fundamentais, de modo especial na hipótese de colisão, não há a necessidade da ponderação e sim da subsunção, forma típica de aplicação de regras⁵⁵⁰ ou de delimitação do âmbito de vigência de cada um dos direitos fundamentais,

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 114-5.

⁵⁵⁰ Nesse caso, haveria que se justificar um modelo puro de regras. Na descrição de Alexy, “el modelo puro de reglas es sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación e, en este sentido, son *libres de ponderación*” Contudo, “en el modelo puro de reglas queda abierta la cuestión nada simple de interpretar las disposiciones de derecho fundamental – por ejemplo, con la ayuda de las ‘viejas buenas reglas de la hermenéutica jurídica’ – pero, puede renunciarse en él al procedimiento de la ponderación, sobre el que pesan tantas inseguridades. Ya esto sugiere cuestionar, por lo pronto, la aceptabilidad de un modelo puro de reglas” (*ibid.*, p. 118). Alexy, a partir da consideração dos três tipos de normação jusfundamental (direitos fundamentais sem reserva, direitos fundamentais com reserva simples e direitos fundamentais com reserva qualificada), demonstra que um modelo puro de regras é insustentável (*ibid.*, p. 118-29).

traçando a linha de fronteira entre ambos, mediante interpretação, como pretendem Müller⁵⁵¹ e Otto y Pardo.⁵⁵²

Na literatura constitucional brasileira, seguindo a orientação de Alexy, mas de forma um pouco diferenciada e mais radical, Ávila afirma que “inútil será buscar uma *sedes materiae* escrita – normativa sim – quando o fundamento de validade do dever de proporcionalidade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito”⁵⁵³

Acima, afirmou-se que a questão da natureza do princípio da proporcionalidade está conectada à da fundamentação normativa. Isso fica claro quando a teoria dos princípios diz que o princípio se infere do caráter de princípio das normas jusfundamentais. O princípio da proporcionalidade se revela um princípio formal. Na hipótese de colisão, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta⁵⁵⁴ e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso. “Cual haya de ser la solución depende de los pesos relativos de los principios opuestos”, escreve Alexy.⁵⁵⁵ Portanto, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios.

⁵⁵¹ *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 73. Para Müller, nas concorrências e colisões de normas de direitos fundamentais há uma sobreposição parcial de âmbitos de vigência (*ibid.*, p. 73).

⁵⁵² Sobre a posição de Otto y Pardo, inspirada no pensamento de Müller, *ver* capítulo II (*supra*).

⁵⁵³ *Op. cit.*, p. 170-1.

⁵⁵⁴ Sobre a polémica tese da resposta correta, *ver*: DWORKIN, Ronald. ¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles? Trad. de Maribel Narváez Mora. In: CASANOVAS, Pompeu, MORESO, José Juan (Eds.). *El ámbito de lo jurídico* lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo. Barcelona Crítica [Grupo Grijalbo-Mondadori], 1994, p. 475-512 (do original: Is there really no right answer in hard cases? In: *A matter of principle*. Cambridge Harvard University Press, 1985, p. 120-45); AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 209 *et seq.*; ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 136 *et seq.*

⁵⁵⁵ *El concepto y la validez del derecho*. p. 164.

CAPÍTULO VII

PROPORCIONALIDADE, IGUALDADE E RAZOABILIDADE

Na dogmática dos direitos fundamentais, é comum estabelecerem-se relações entre os princípios da proporcionalidade e da igualdade e entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A análise, de um modo geral, orienta-se pelo binômio identidade-diferença e pela verificação da existência ou inexistência de co-implicação ou co-determinação entre os princípios. Há posições doutrinárias que vêem mais identidades do que diferenças, relativizando a autonomia dos princípios uns em relação aos outros, e há outras posições que mostram conexões entre os princípios, mas postulam a autonomia, isto é, atribuem a cada um conteúdo específico e determinável.

Ao que parece, o problema das relações entre proporcionalidade e igualdade e entre proporcionalidade e razoabilidade não está plenamente resolvido. As respostas encontráveis na dogmática dos direitos fundamentais nem sempre são totalmente claras e precisas, sintoma de que o problema ainda demanda um trabalho analítico-construtivo.

1 Princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade

A idéia de igualdade é tão complexa quanto invocada ou desejada pelos homens ao longo da história. Em outros termos, a complexidade do conceito de igualdade é proporcional ao desejo e à luta pela realização fática do ideal da igualdade. Algo desejado e analisado de forma tão intensa por tanto tempo já deveria ser, ao menos em tese, de compreensão teórica mais simples. Igualdade deveria ser um conceito simples, evidente, operacional, e não ainda tão complexo.

Em razão dos limites e objetivos desta investigação, não serão analisados os inesgotáveis problemas filosófico-políticos e jurídicos que gravitam em torno do princípio da igualdade. Tão pouco caminhar-se-á pelos labirintos das inúmeras dicotomias produzidas pela análise do conceito de igualdade.⁵⁵⁶ Muito menos ainda há a pretensão de explicitar todo o conteúdo jurídico atual do princípio constitucional da igualdade. Interessa, sim, o essencial para a compreensão das relações entre os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Para os direitos fundamentais, a consideração do princípio da igualdade é de extrema relevância por no mínimo três razões. A primeira é de caráter histórico. Como frisado,⁵⁵⁷ a história, moderna e contemporânea, dos direitos fundamentais divide-se em três fases: positivamente, generalização e internacionalização/universalização. Seguramente, uma das idéias impulsionadoras dessa evolução é a de que há ou deve haver uma igualdade de todos os seres

⁵⁵⁶ As principais dicotomias em torno do conceito de igualdade são: igualdade numérica e igualdade proporcional, igualdade de todos e igualdade de alguns, igualdade perante a lei ou o direito e igualdade na lei ou nos direitos, igualdade de oportunidades e igualdades de condições, igualdade de direito e igualdade de fato. Sobre tais dicotomias, ver por todos: BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997, p. 11-47; OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Varrialle et al. 4. ed. Brasília : Edunb, 1992, v. 1, p. 597-605.

⁵⁵⁷ Ver introdução, nota de rodapé 4 (*supra*).

humanos em direitos fundamentais ou essenciais.⁵⁵⁸ Pense-se, por exemplo, nos direitos de participação política. Inicialmente, eram direitos restritos a poucos, apenas aos homens-proprietários, mas a exigência de igualdade fez com que esses direitos se estendessem a todos: homens-não-proprietários, mulheres, negros, analfabetos. No século XX, de modo especial após a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o princípio da universalidade é característico do regime jurídico dos direitos fundamentais.⁵⁵⁹ Não é possível falar nestes sem considerar aquele. E o princípio da universalidade, como afirmou Miranda,⁵⁶⁰ embora não se confunda com o princípio da igualdade, dele é incidível.

A segunda razão é o fato de que, em última análise, o princípio da igualdade é uma garantia fundamental, porque é um instrumento de preservação e aperfeiçoamento do sistema de direitos fundamentais.⁵⁶¹ Altamente significativo, nesse sentido, no caso brasileiro, é a inscrição do princípio da igualdade no *caput* do art 5º, da CRFB/88, previamente ao catálogo de direitos fundamentais, disposto nos incisos do art. 5º.⁵⁶² As normas de direitos fundamentais positiva-

⁵⁵⁸ Nesse sentido, é oportuno citar Comparato: “foi durante o período axial da História [...] que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 12). (O período axial da história ou Idade Axial – que é uma denominação do filósofo Karl Jaspers – compreende a fase entre os séculos VII e II A. C. O centro do período abrange os anos de 600 a 480 A. C., época em que viveram Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaias em Israel, figuras que, mediante suas idéias e convicções, marcaram a história da humanidade. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.*, p. 8 *et seq.*)

⁵⁵⁹ Na conceituação de direito do homem, Alexy identifica cinco traços ou marcas que distinguem os direitos do homem dos outros direitos. Os direitos do homem são universais, morais, preferenciais, fundamentais e abstratos. *Ver*: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 16, 1999, p. 206-10.

⁵⁶⁰ *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 193. Mais a frente escreve o mesmo autor: “Os direitos fundamentais não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade. Eles postulam uma atribuição não apenas universal como também igual” (*ibid.*, p. 201).

⁵⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 63-5.

⁵⁶² A enunciação do princípio da igualdade antes da explicitação do catálogo de direitos fundamentais é um traço comum às principais constituições democráticas contemporâneas. Na Constituição da República Italiana (1947), a igualdade é consagrada como princípio fundamental no art. 3 e os direitos fundamentais são especificados a partir do art. 13. Na CRP/76, na “Parte I: direitos e deveres fundamentais” o primeiro princípio

das nas disposições normativas dos incisos são um desdobramento daquilo que é atribuído a *todos* pela disposição normativa do *caput*.

Por fim, a terceira razão: o princípio da igualdade proíbe intervenções discriminatórias dos Poderes Públicos nos direitos fundamentais.⁵⁶³

Assim, já é possível estabelecer a primeira relação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade: ambos estão umbilicalmente ligados ao sistema de direitos fundamentais. São princípios que garantem a preservação e o aperfeiçoamento do sistema.

Na literatura constitucional, ressalvadas as exceções,⁵⁶⁴ é majoritária a tese segundo a qual existe uma estreita relação entre os princípios da proporcionalidade e da igualdade, contudo ambos possuem estrutura e eficácia jurídica diferentes.⁵⁶⁵ Em outros termos, relacionam-se, mas não se confundem.

Originariamente, o princípio jurídico da igualdade destinava-se aos aplicadores do direito – ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Isso significava que era vedado, na interpretação e aplicação ou execução da lei, criar privilégios ou discriminações. Já no início do século

positivado é o da universalidade (art. 12º) e o segundo, o da igualdade (art. 13º). Com isso, o constituinte português deixou inequívoco que os princípios da universalidade e da igualdade constituem o regime comum dos direitos fundamentais (ver: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 193 *et seq.*). Na CE/78, o princípio da igualdade está inscrito no art. 14 (primeiro artigo do “capítulo segundo – derechos y libertades”) e com o art. 15 inicia-se a enunciação “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Na Constituição da Federação Russa (1993), o princípio da igualdade está inscrito nas disposições normativas do art. 19. O art. 20 abre o catálogo de direitos fundamentais.

⁵⁶³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 321.

⁵⁶⁴ Segundo informa Gonzalez-Cuellar Serrano (*op. cit.*, p. 59), na Espanha, houve quem sustentasse que o art. 14 da CE/78 consagra constitucionalmente o princípio da proporcionalidade. (Art. 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.) Próxima dessa posição, embora diferenciada, é a doutrina constitucional alemã da redução do princípio da igualdade à proibição de arbitrariedade formulada à época da República de Weimar e a equiparação entre o princípio da proporcionalidade e a proibição de arbitrariedade, o que significa, em última análise, uma equiparação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade (GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 317 *et seq.*).

⁵⁶⁵ LARENZ, Karl. *Derecho justo : fundamentos de ética jurídica*, p. 138-43; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. cit.*, p. 59-61; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 216; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 62-5.

XX, de modo especial na Alemanha,⁵⁶⁶ iniciaram-se as formulações que incluíam no rol de destinatários o Poder Legislativo. Isso se deve à singela constatação de que o legislador também pode instituir situações de privilégio ou discriminação, reduzindo a nada o princípio da igualdade. Todos os poderes públicos são potenciais violadores do princípio da igualdade. Nesse sentido, estabelece-se a distinção entre *igualdade na aplicação da lei e do direito e igualdade na criação da lei e do direito*.⁵⁶⁷ A primeira fórmula dirige-se ao juízes e aos membros do Poder Executivo; a segunda, aos legisladores. Assim, as constituições contemporâneas, com a cláusula da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, determinaram que todos os poderes públicos estão vinculados ao princípio da igualdade.⁵⁶⁸

Portanto, do ponto de vista histórico, há uma outra semelhança entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Como visto nesta exposição,⁵⁶⁹ o princípio da proporcionalidade, inicialmente, também não vinculava a todos os poderes públicos, mas apenas ao Poder Executivo no âmbito do Direito Administrativo de Polícia e, logo em seguida, ao Poder Judici-

⁵⁶⁶ “En los años veinte, durante la República de Weimar, sobre todo a través de la tesis doctoral de G. Leibholz [*Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1925], se planteó que el art. 109 de la Constitución de Weimar, además del postulado de la igualdad en la aplicación de la ley, contenía la obligación de que se debía dar un tratamiento igual a circunstancias de hecho iguales, lo que, en definitiva, implicava que el principio de igualdad era también aplicable a las decisiones normativas del legislador” (GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 317). (O artigo 109 enunciava na primeira frase que “todos os alemães são iguais ante a lei”.)

No Brasil, na defesa da vinculação do Poder Legislativo ao princípio da igualdade destacaram-se, pioneiramente, F. C. de San Tiago Dantas (Igualdade perante a lei e “due process of law” contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. CXVI, p. 21-31, mar. 1948) e Seabra Fagundes (O princípio constitucional da igualdade perante a Lei e o Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-14, set./out. 1955).

⁵⁶⁷ Diz Comparato: “[...] quando a Constituição [CRFB/88] proclama que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada. Ao lado, pois, de uma desigualdade *perante a lei*, pode haver uma desigualdade *da própria lei*, o que é muito mais grave” (COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 17).

⁵⁶⁸ LF, art. 1.3; CRP/76, art. 18.1; CE/78, art. 53.1; CRFB/88, art. 5, § 1º; Constituição da Federação Russa (1993), art. 18.

⁵⁶⁹ *Ver capítulo VI (supra).*

ário nos âmbitos do Direito Penal e Direito Processual Penal. Somente quando reconhecida sua hierarquia constitucional é que passou a vincular também o Poder Legislativo.

Embora relevantes, essas aproximações, orientadas por um critério externalista (critério histórico-evolutivo), pouco dizem sobre as relações estruturais entre ambos os princípios. É necessário avançar adotando uma perspectiva internalista (teórico-conceitual).

Para tanto, a primeira questão fundamental diz respeito ao sentido da igualdade, ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia.

Para os fins desta investigação, é relevante destacar duas notas essenciais da igualdade, sem, como já dito, pretender uma análise exaustiva.

A primeira nota essencial é que igualdade é um conceito relacional, isto é, indica uma relação.⁵⁷⁰ É uma medida de comparação;⁵⁷¹ exige um par de comparação. Considerem-se estes enunciados: “A é igual” e “A é igual a B” O primeiro é incompleto e sem sentido; o segundo, completo e com sentido. A noção de igualdade remete a duas perguntas: igualdade entre quem? e igualdade em quê?⁵⁷²

A segunda nota essencial é a identificação de um sentido negativo e de um positivo.⁵⁷³ Em sentido negativo, o princípio jurídico da igualdade proíbe privilégios (vantagens não-justificadas ou não-fundadas) e discriminações (situações de desvantagem). O sentido positivo é resumido na fórmula clássica “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, p. 7, 11-3.

⁵⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, p. 12.

⁵⁷³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 213 *et seq.*

⁵⁷⁴ “Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si [...]” (Aristóteles, *Política*, Livro III, capítulo V, 1280 a).

Desses dois traços fundamentais infere-se que a referência ao princípio da igualdade implica sempre a eleição de um par de comparação ou variáveis de comparação e que o princípio da igualdade não obriga que todos sejam tratados *sempre* de forma igual. Isso é significativo para a compreensão do princípio jurídico da igualdade, porém insuficiente. Primeiramente, porque nada diz sobre quais variáveis devem ser eleitas para a comparação. Segundamente, porque não diz se a igualdade dos iguais ou a desigualdade dos desiguais deve ser absoluta ou pode ser relativa.

Como assinalou Alexy, a fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, quando interpretada como um mandato de igualdade formal, “no dice nada acerca de cómo deben ser tratados individuos con cuáles propiedades”⁵⁷⁵ Ainda segundo o autor,⁵⁷⁶ não menos insuficiente é a interpretação da fórmula como um mandato de igualdade material, porque “[...] nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales en todos los respectos. La igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades” Juízos de igualdade são sempre juízos sobre igualdade fática parcial. Esses juízos possuem a seguinte estrutura: “*a* es igual a *b* con respecto a la propiedad *P* (propiedades P_1, P_2, \dots, P_n)” O mesmo vale para os juízos de desigualdade. Considerando que não há igualdade/desigualdade fática universal e que a igualdade/desigualdade fática parcial – estabelecida segundo um determinado aspecto ou discrimen, cuja escolha depende de um critério – é insuficiente para a aplicação da fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, Alexy conclui que essa fórmula se refere à igualdade e desigualdade *valorativas*.⁵⁷⁷ Assim, “la igualdad material conduce, pues,

⁵⁷⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 386.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 386-7.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 387.

necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa”⁵⁷⁸, uma legislação que contempla a máxima geral da igualdade.

Portanto, o princípio da igualdade é, acima de tudo, um princípio material, portador de um conteúdo axiológico.⁵⁷⁹ Que isso é verdade o demonstra o fato de que desde Aristóteles a igualdade aparece associada ou identificada com a idéia de justiça, como um valor social relevante, bom e desejável.⁵⁸⁰

Assim, já é possível estabelecer uma primeira diferença relevante entre o princípio da proporcionalidade e da igualdade. Este é um princípio de natureza material; aquele, como já visto nesta exposição,⁵⁸¹ de natureza formal.

Contudo, é preciso avançar um pouco mais para compreender a relação entre igualdade e proporcionalidade.

A pergunta, agora, é esta: quando é correto, razoável e justo “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”?

Como informa Alexy, a jurisprudência do TCF sobre a igualdade tem como fio condutor esta formulação: “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la na-

⁵⁷⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 388.

⁵⁷⁹ Essa afirmação não pode ser entendida como uma desconsideração ou relativização da igualdade jurídica em sentido formal. Nesse sentido, é oportuno citar Miranda: “A igualdade jurídica é – como sublinha um autor, VITTORIO MATHIEU – condição preliminar da igualdade real. Até admitindo que uma igualdade real preexiste em virtude de qualquer causa, ela não subsistiria sem a garantia do *direito*. Não se forma uma sociedade de iguais se os seus membros não têm, antes de mais, o direito de ser iguais. Sem a garantia do direito, a igualdade ficaria privada de efeito... Mas a igualdade jurídica é também a condição para que a igualdade real seja real” (*Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 203).

⁵⁸⁰ Bobbio lembra que “[...] o conceito e também o valor da igualdade mal se distinguem do conceito e do valor da justiça na maioria de suas acepções [...]” (*Igualdade e liberdade*, p. 14) e que “[...] a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a essa relação um valor, o que faz dela uma meta humanamente desejável. é o fato de ser justa” (*ibid.*, p. 15).

turalidade de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria”⁵⁸²

Com a análise casada da fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” e da jurisprudência permanente do TCF sobre a igualdade Alexy chega a uma norma de tratamento igual e a uma norma de tratamento desigual. A norma de tratamento igual prescreve:

“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”⁵⁸³

A norma de tratamento desigual prescreve:

“Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”⁵⁸⁴

Disso decorre que “la asimetría entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”⁵⁸⁵

É indiscutível que as normas formuladas por Alexy aumentam o grau de precisão da fórmula clássica “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” Mas, como ele mesmo percebe, ainda resta em aberto o que é uma razão suficiente, que permite ou obriga a

⁵⁸¹ Ver capítulo VI (*supra*).

⁵⁸² BVerfGE 1, 14 (52) *apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 391.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 395.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 397.

⁵⁸⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 398.

uma diferenciação. Ainda segundo Alexy, o que é uma razão suficiente, certamente, depende de pontos de vista valorativos.⁵⁸⁶

Na literatura jurídica brasileira, sobre o princípio jurídico da igualdade, destacam-se as reflexões de Bandeira de Mello. O autor formula a problemática nestes termos: “quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”⁵⁸⁷ Em outras palavras, quando um discrimen legal ou uma diferenciação legal não viola o mandato da igualdade jurídica?

A análise do problema conduz Bandeira de Mello a esta resposta:

para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia [...] impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público”⁵⁸⁸

A rigor, o que Bandeira de Mello propõe são *tests* para a verificação da violação ou não do princípio da igualdade. O primeiro é uma quase-evidência ou quase-axioma. A não-observância desse requisito constitui violação absoluta do princípio da igualdade.⁵⁸⁹ Para esse *test* sequer é necessário adotar pontos de vista valorativos. Quanto ao segundo *test*, à luz da constatação de que não existe igualdade/desigualdade fática universal (*ver supra*), embora pos-

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 399. A necessidade de considerar pontos de vista valorativos é o que move “[...] la crítica fundamental a una sujeción del legislador a la máxima general de igualdad, que aduce que una tal sujeción tendría como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal pudiera imponer sus concepciones acerca de una legislación correcta, razonable o justa y desplazar las del legislador [...]” (*id.*, *ibid.*, p. 399).

⁵⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. [6ª tiragem] São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁸⁹ Sobre os conceitos de desigualdade absoluta e desigualdade relativa, *ver*: COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica, *op. cit.*, p. 17-8.

sa ser considerado, é de utilidade reduzida. Sempre haverá entre pessoas traços reais ou relevantes de igualdade e de diferença. A questão é outra: qual o critério de eleição do traço a se considerar para a diferenciação? O terceiro *test*, ao que parece, objetiva verificar a presença do nexó lógico-causal entre o tratamento diferenciado (meio) e o fim perseguido. É um teste de adequação, um *rationality test*. Indubitavelmente, é um *test* decisivo. Por fim, o quarto *test* que, embora seja precedido por outros três – se não atendidos, sucessivamente, o primeiro e o terceiro *tests* (o segundo, como já dito, é de utilidade reduzida), então não há necessidade do quarto –, seguramente é o mais importante. O tratamento desigual só é legítimo se justificado por razão valiosa lastreada na Constituição.

Alexy fala em razão suficiente; Bandeira de Mello, em razão valiosa.⁵⁹⁰ Como para aquela, para a definição ou concreção desta concorrem pontos de vista valorativos.

Contudo, como acertadamente constata Alexy, “en la aplicación de todas las normas iusfundamentales hay que solucionar problemas valorativos básicos”⁵⁹¹ Assim, não poderia ser diferente com o princípio constitucional da igualdade.

As normas de tratamento igual/desigual, formuladas por Alexy, e os *tests* de Bandeira de Mello contribuem em muito para a interpretação e aplicação do princípio da igualdade ou, em outras palavras, para o controle da legitimidade do tratamento igual e do tratamento desigual. Não obstante, as formulações, de um e de outro, podem ser absorvidas com vantagem pelo controle de proporcionalidade. No caso específico, há que se perguntar pela constitucionalidade do fim que se persegue com o tratamento igual/desigual, a adequação meio-fim, a exigibilidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito entre os graus de realização e

⁵⁹⁰ Canotilho refere-se à “razão material suficiente” e à “razão objetiva” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1161 e 1162, respectivamente); Lenz, à “diferenciação objetivamente justificada”, à “causa objetiva” (*Derecho justo* fundamentos de ética jurídica, p. 141 e 142, respectivamente).

⁵⁹¹ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 401.

afetação dos direitos dos sujeitos envolvidos. Nas perguntas de Canotilho: “é o tratamento desigual *adequado* e *exigível* para alcançar um determinado fim? Este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em *sentido normativo*”?⁵⁹² Observe-se que as formulações de Alexy e Bandeira de Mello – deste, mais precisamente, os *tests* terceiro e quarto – coincidem com princípios parciais da proporcionalidade. As normas de tratamento igual/desigual de Alexy, com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito; os *tests* de Bandeira de Mello, com o princípio da adequação (o terceiro *test*) e – se não coincidente, ao menos semelhante –, com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (o quarto *test*).

Assim, encontra-se o principal nexa entre os princípios da proporcionalidade e da igualdade: um modelo metódico de controle deste mediante aquele.⁵⁹³

Se de um lado, constata-se que há um forte nexa, uma estreita relação entre os princípios em questão, de outro, observa-se que não coincidem. Nesse sentido, oportuno é invocar o

⁵⁹² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1163.

⁵⁹³ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol este nexa é explícito: (a) “[...] para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatoria resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos [...] ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal en sus sentencias de 10-7-81, 14-7-82 y 10-11-82, así como en las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 23-7-68 y 27-10-75” (STC 75/1983, FJ 2º); (b) “De conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciadas se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin” (STC 158/1993, FJ 2º). Cf. RUBIO LLORENTE, Francisco et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales* doctrina jurisprudencial. Barcelona : Ariel, 1995, p. 112 e 113, respectivamente.

Em vez de controle, Larenz prefere falar em substituição da igualdade pela proporcionalidade. Segundo o jurista alemão, a igualdade é um princípio de toda a comunidade jurídica, segundo o qual “[...] los miembros de la misma tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones en sus relaciones entre sí y en sus relaciones con la comunidad” (*Derecho justo* fundamentos de ética jurídica, p. 138). Porém, em razão de motivos comunitários estruturais ou motivos de distribuição de funções na comunidade (deveres ou ônus), pode-se justificar um tratamento desigual. Nessas hipóteses, “[...] el principio de igualdad queda sustituido por el de proporcionalidad [...] en el puesto de la igualdad estricta se coloca una igualdad ‘relativizada’ por la proporcionali-

exemplo proposto por Lerche, nas palavras de Gonzalez-Cuellar Serrano: “Robinson Crusoe, en su isla desierta puede ser perjudicado por una medida estatal desproporcionada que, no obstante, no pueda ser tachada de igual ni discriminatoria respecto a injerencias comparables, ya que no existen términos de comparación”⁵⁹⁴ O autor espanhol considera a objeção segundo a qual se poderia comparar a medida estatal imposta pela autoridade ao único habitante da ilha com medidas impostas pela mesma autoridade a habitantes de outras ilhas. Mas essa objeção pode ser refutada com outro exemplo: “imaginémonos entonces que la autoridad permanece también aislada en la misma isla: Robinson concede a Viernes ciertos derechos, le impone un código de conducta que contempla la posible restricción de dichos derechos y posteriormente decide aplicar una medida desproporcionada para investigar una pequeña infracción...”⁵⁹⁵ Como escreve Gavara de Cara, “en el principio de igualdad es necesaria la observación de una serie de supuestos de hecho que sean comparables. Por el contrario, el principio de proporcionalidad examina la relación entre la finalidad perseguida y la decisión adoptada”⁵⁹⁶

2 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade

No capítulo anterior, anotou-se que, na literatura constitucional brasileira, há autores que postulam o *due process of law* (CRFB/88, art. 5º, LIV) como fundamento normativo do princípio da proporcionalidade.

dad” (*ibid.*, p. 138). A diferenciação deve ser feita em conformidade com o princípio da proporcionalidade (*ibid.*, p. 139).

⁵⁹⁴ *Op. cit.*, p. 60.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁹⁶ *Op. cit.*, p. 321.

O *due process of law*⁵⁹⁷ é, indubitavelmente, ao lado do *judicial review*, uma das grandes contribuições da cultura jurídica anglo-saxônica à cultura jurídica universal. Sua origem histórica remonta ao direito inglês medieval, mais precisamente ao *law of the land* do capítulo 39⁵⁹⁸ da *Magna Carta* de 1215, à época do reinado de João Sem Terra. Contudo, é na modernidade, com o advento da proclamação da independência das colônias inglesas da América do Norte e a feitura da Constituição do novo país (*The United States of America*) que a cláusula do *due process of law* se consolidou definitivamente. Na Constituição estadunidense, o *due process of law* está inscrito na V Emenda⁵⁹⁹ e na XIV Emenda.⁶⁰⁰

Desde a sua origem, na Inglaterra medieval, até os primórdios do século XX, o *due process of law* foi concebido e utilizado como garantia processual.⁶⁰¹ Nesse longo período de desenvolvimento histórico, o instituto não tinha por finalidade o “[...] questionamento da

⁵⁹⁷ No Brasil, após a Constituição de 1988, muito se escreveu sobre o *due process of law*. Contudo, as referências básicas ainda são o artigo de F. C de San Tiago Dantas (Igualdade perante a lei e “*due process of law*”, *op. cit.*) e o livro de Carlos Roberto de Siqueira Castro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro Forense, 1989. 417 p.). Das obras mais recentes, merece menção a dissertação de mestrado de Maria Rosynete Oliveira Lima (*op. cit.*, versão editorial).

⁵⁹⁸ “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatum*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*)” (transcrito de: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 70). Acerca da locução *lei da terra* escreve Comparato: “convém observar que na civilização feudal todo direito estava ligado à terra. Não havia, propriamente, um país, objetivamente separável da pessoa do monarca” (*ibid.*, p. 70, nota de rodapé 24).

⁵⁹⁹ “[...] ninguém será sujeito duas vezes, pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade e bens, sem o devido processo jurídico [...]” (transcrito de: COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.*, p. 108). A V Emenda faz parte do denominado *Bill of Rights* – as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, votadas pelo Congresso, em 25 de setembro de 1789, e ratificadas, em 15 de dezembro de 1791, por onze dos quatorze Estados-membros, entrando em vigor, a partir desta última data.

⁶⁰⁰ “[...] tampouco poderá Estado algum privar a qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal [...]” (livre tradução do autor com base no *Textos Constitucionales*; ver notas preliminares *supra*). A XIV Emenda foi elaborada especificamente para os Estados-membros, com ratificação e entrada em vigor em 1868.

⁶⁰¹ “Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública” (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. cit.*, p. 34).

substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão por que essa garantia constitucional não logrou desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas [...]”⁶⁰² Predominou a teoria do *procedural due process*.

Contudo, nos primórdios do século XX, mais precisamente, a partir do primeiro após-guerra, a Suprema Corte norte-americana, atenta ao intervencionismo estatal e à arbitrariedade legislativa, passou a conceber o *due process of law* como instrumento de controle do mérito dos atos normativos.⁶⁰³ Com a crise do Estado Liberal e a consolidação do *Welfare State* (nos Estados Unidos, sob a roupagem do *New Deal*) a partir da década de 30, formula-se a teoria do *substantive due process*. Portanto, ao lado da dimensão processual firma-se a dimensão substantiva.

É da dimensão substantiva que deriva a noção de razoabilidade. É no *due process of law* em sentido substantivo que se fundamenta o controle de razoabilidade das leis e dos atos normativos de todos os Poderes Públicos. A cláusula, agora, também tem como finalidade “[...] impedir o abuso do poder normativo governamental, isto em todas as suas exteriorizações, de maneira a repelir os males da ‘irrazoabilidade’ e da ‘irracionalidade’, ou seja, do destempero das instituições governativas de que não está livre a atividade de criação ou de concreção das regras jurídicas nas gigantescas burocracias contemporâneas”⁶⁰⁴

Assim, o princípio da razoabilidade, amplamente invocado na literatura publicista brasileira, tem origem norte-americana, e fundamento no *due process of law* em sentido substantivo.

⁶⁰² *Id.*, *ibid.*, p. 48.

⁶⁰³ *Id.*, *ibid.*, p. 51 *et seq.*

⁶⁰⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 160.

Como já referido no capítulo anterior,⁶⁰⁵ e reiterado há pouco, diversos autores, entre os quais se destacam Mendes e Barroso, consideram idênticos, fungíveis (Barroso) ou intercambiáveis (Mendes) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Daí porque, estes mesmos autores, postulam o *due process of law* como fundamento normativo do princípio da proporcionalidade.

Contudo, é de se perguntar se a tese da identidade (ou da fungibilidade ou da intercambiabilidade) é correta. Trata-se de saber qual é a relação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na literatura administrativista, ao que parece, ou não se percebe o problema, ou, quando a ele se faz referência, não se atribui relevância. Bastos,⁶⁰⁶ quando trata dos princípios do Direito Administrativo, menciona apenas o princípio da razoabilidade. Medauar,⁶⁰⁷ ao contrário, apenas menciona o princípio da proporcionalidade, incluindo nele o sentido de razoabilidade. Moreira Neto,⁶⁰⁸ ao descrever o rol dos princípios gerais do Direito Administrativo, faz referência a ambos como princípios autônomos. Ressalva, contudo, que a proporcionalidade tanto está compreendida na razoabilidade (o inverso do proposto por Medauar) como pode ser tomada como princípio autônomo.⁶⁰⁹ Para Bandeira de Mello,⁶¹⁰ embora os descreva separa-

⁶⁰⁵ Ver capítulo VI (*supra*).

⁶⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 1999, p. 45-6. Ao explicar o princípio da razoabilidade, duas frases chamam a atenção: “Eis por que sempre tem que haver razoabilidade, adequação, proporcionalidade entre as causas que estão ditando o ato e as medidas que vão ser tomadas” (p. 45) e “[...] falta, portanto, a proporcionalidade, a razoabilidade que, sem dúvida nenhuma, a vicia” (p. 46). Como se lê, razoabilidade e proporcionalidade são tomadas como noções sinônimas.

⁶⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3. ed. rev. atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

⁶⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro Forense, 1998, p. 72-4.

⁶⁰⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 74.

⁶¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 68.

damente, o princípio da proporcionalidade é uma faceta, um aspecto específico do princípio da razoabilidade. Freitas⁶¹¹ inclui o princípio da proporcionalidade no catálogo de princípios fundamentais que regem as relações de administração no Brasil. Não inclui e nem faz referência, no catálogo, ao princípio da razoabilidade.

É inevitável a conclusão de que, na literatura administrativista brasileira, não se encontram argumentos suficientes para responder, de forma clara e rigorosa, à questão acima formulada. Saliente-se, porém, que há uma visível tendência a considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ora equivalentes, ora um incluso no outro. Em outras palavras, estabelecem-se relações de equivalência e de inclusão.

Já o legislador infraconstitucional parece conceber razoabilidade e proporcionalidade como princípios autônomos. É o que se lê no *caput* do art. 2º da Lei n. 9.784,⁶¹² de 29.01.99 (DOU 01.02.99): “A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”

À tese da identidade (ou, se se quiser, da fungibilidade, da intercambialidade, da equivalência, da inclusão) se opõe a da diferença ou da separação. Para Guerra Filho, os princípios não se confundem, porque têm finalidades diferentes:

a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam 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 dentro deles – mesmo quando não pareça, a [sic] primeira vista, ‘irrazoável’ ir além.⁶¹³

⁶¹¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 56-60.

⁶¹² É a lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁶¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. *op. cit.*, p. 25-6. Essa posição é ratificada pelo mesmo autor em: *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 66-7. nota de rodapé 60.

Argumentos mais desenvolvidos a favor da tese da diferença oferece Ávila,⁶¹⁴ tendo como referência formulações recentes do pensamento constitucional alemão (doutrinário e jurisprudencial). Aplica-se o postulado normativo da proporcionalidade nos casos em que se estrutura uma relação meio-fim, na qual um meio *x* pretende alcançar um fim constitucionalmente legítimo *y* (ou, se se preferir, um direito fundamental *y*, um bem jurídico constitucionalmente protegido *y*) restringindo um princípio constitucional *z* (ou direito fundamental *z*, ou bem jurídico constitucionalmente protegido *z*).⁶¹⁵ Nessas hipóteses, “a pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato?”⁶¹⁶ Há um dever de proporcionalidade?

Já o dever de razoabilidade não pressupõe uma relação meio-fim, mas a situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se quer controlar.⁶¹⁷ A pergunta a ser feita é outra: “a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato *para determinado sujeito*?”⁶¹⁸ Segundo Ávila, “trata-se de um *exame concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso individual”⁶¹⁹ Em outros termos, “não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa”⁶²⁰ Objetiva-se

⁶¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *op. cit.*, p. 173-5.

⁶¹⁵ O exemplo é inspirado no texto de Ávila (*ibid.*, p. 173). Contudo, aqui, procurou-se torná-lo mais claro, recorrendo à formalização, que não se encontra no texto citado.

⁶¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

⁶¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

⁶¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁶²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

verificar se a resultante da aplicação da norma geral (que é uma norma constitucionalmente válida) ao caso individual é razoável, não-arbitrária.⁶²¹

Ávila conclui afirmando que há uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: “enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida”⁶²²

Da argumentação desenvolvida por Ávila é possível inferir uma conclusão relevante para esta investigação: o problema da solução da colisão de direitos fundamentais exige a aplicação do princípio da proporcionalidade, porque na colisão de direitos fundamentais se estrutura uma relação meio-fim. Não se trata, na colisão, de verificar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a uma caso individual, a uma situação pessoal.

Mas aqui pretende-se ir além. Aceita-se a tese da separação, mas, para além disso, sustenta-se que, do ponto de vista do controle racional e intersubjetivo da aplicação, o princípio da proporcionalidade é superior ao princípio da razoabilidade, o que justifica ainda mais a aplicação do princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão de direitos fundamentais. Essa superioridade advém do fato de que o princípio da proporcionalidade é passível de uma definição operacional.⁶²³ Os princípios parciais da adequação (meio *versus* fim), da exigibilidade (meio *versus* meio) e proporcionalidade em sentido estrito (meio *versus* fim) funcionam como indicadores de “mensuração”, de controle. Quais seriam os indicadores de “mensuração” do princípio da razoabilidade?

⁶²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

⁶²² *Ibid.*, p. 174-5.

⁶²³ Definição operacional é um artifício que se utiliza, na pesquisa científica, para tornar mensurável variáveis não-mensuráveis imediatamente ou, também denominadas, variáveis potencialmente mensuráveis. A definição operacional indica como o fenômeno é medido. No direito, a noção de definição operacional é relevante, haja vista o uso de conceitos vagos, ambíguos, de baixa densidade semântica.

Para corroborar essa tese, duas linhas de argumentação – diferentes, mas não excluídas – poderiam ser adotadas. Uma delas consistiria em buscar, na evolução histórico-dogmática do *due process of law* substantivo, os indicadores ou critérios de “mensuração” da razoabilidade.⁶²⁴ Provavelmente, seria o caminho mais correto do ponto de vista da dogmática jurídica. Contudo, isso demandaria, na prática, a realização de uma nova e complexa investigação, o que extrapolaria os limites da questão central proposta na introdução (*supra*). A outra linha – pela qual se opta – tem como ponto de partida a teoria do direito contemporânea, mais precisamente, as formulações de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio sobre o conceito de *razoável*. Essa perspectiva privilegia o conceito de razoabilidade em sua dimensão semântica originária, é dizer, do que em geral significa *razoável*.

Na teoria do direito, a reflexão e o uso do conceito de razoável é recente. Deve-se a Recaséns Siches⁶²⁵ o contraponto entre a lógica do racional (a lógica formal) e a lógica do razoável. Para o jurista espanhol, há que se expulsar a lógica formal do campo prático do Direito.⁶²⁶ A solução dos problemas práticos da existência humana – problemas jurídicos, políticos, éticos – exige a lógica do razoável, porque tais problemas envolvem a ação humana, quase nunca apreensível por esquemas formais abstratos. A lógica do razoável é a lógica da ação humana; é uma lógica condicionada pela realidade concreta na qual opera; está impregnada de

⁶²⁴ Nesse sentido, é útil consultar: ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*, especialmente o capítulo VII (p. 183-253); e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. cit.*

⁶²⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México Porrúa. 1981, p. 210-62.

⁶²⁶ “[...] la lógica formal clásica, la moderna y la contemporánea, es decir, la lógica pura de lo racional, la lógica que ha sido llamada físico-matemática, no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos prácticos, como son por ejemplo, los problemas políticos y jurídicos. El empleo de esa lógica formal para el tratamiento de los problemas jurídicos, cuando no resulta *perjudicial* y lleva a resultados insensatos y monstruosos, por lo menos resulta *inútil*, con la mera excepción de lo relativo a las cuestiones marginales que puedan darse en esos asuntos humanos en la medida en que en los mismos intervengan factores de la naturaleza material, del cálculo matemático o de las leyes formales de todo pensamiento” (*id.*, *ibid.*, p. 251-2).

valorações; é regida por relações de congruência ou de adequação entre realidade social e valores, valores e fins ou objetivos, meios e fins.⁶²⁷ Segundo Recaséns Siches, “la lógica formalista tradicional nunca podrá dar ninguna iluminación sobre cuáles deban ser los contenidos de las normas jurídicas, ni de las normas jurídicas generales, ni de las normas jurídicas particulares (contratos, etc.), ni de las normas jurídicas individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas)”⁶²⁸ Cabe à *lógica de lo humano* ou *lógica de lo razonable* “la producción de los contenidos del Derecho, tanto de las normas generales como de las normas individualizadas [...]”⁶²⁹

Perelman⁶³⁰ opõe a noção de *razoável* à tentativa de reduzir o direito a uma mera aplicação formal de normas, como pretendeu o positivismo jurídico e os formalismos jurídicos em geral. Para o jusfilósofo belga, um direito ou um poder, concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, não poderá ser exercido de forma desarrazoada. O uso desarrazoado do direito pode ser qualificado tecnicamente de várias formas: desvio ou excesso de poder, abuso de poder, abuso de confiança, má-fé, iniquidade, aplicação inadequada de disposições legais.

O desarrazoado é o inaceitável, “[...] o que é inadmissível numa comunidade em dado momento”⁶³¹ O desarrazoado se manifesta, principalmente, “quando a aplicação estrita da letra da lei dá azo a conseqüências inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom

⁶²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 258-9.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁶²⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 259.

⁶³⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo Martins Fontes, 1996, p. 429.

⁶³¹ *Id.*, *ibid.*, p. 432

funcionamento do Estado [...]”⁶³² Contudo, reconhece Perelman, “[...] a idéia do desarrazoado, vaga mas indispensável, não pode ser precisada independentemente do meio e do que este considera inaceitável”⁶³³

Aarnio⁶³⁴ analisa os conceitos de racional e razoável no âmbito do problema da justificação jurídica (*legal justification*). Informa, citando J. R. Lucas, que no inglês contemporâneo *reasonable* indica um certo conteúdo moral (consideração em relação aos outros) e *rational*, uma conotação egoísta.⁶³⁵ O jusfilósofo filandês⁶³⁶ constata que existem vários tipos de racionalidade. Há a racionalidade jurídico-instrumental ou jurídico-positivista, paradigma da dogmática jurídica. Há a racionalidade teleológica ou finalista, baseada em pautas diferentes da racionalidade jurídico-positivista. Há a racionalidade institucional, uma racionalidade inerente ao sistema jurídico (princípios gerais, relações sistemáticas entre normas). Essas modalidades de racionalidade referem-se ao *rational*. Contudo, delas, predomina a racionalidade jurídico-positivista, que é uma racionalidade formal, instrumental, que, na descrição de Max Weber, é a racionalidade que caracteriza o direito moderno.⁶³⁷ Na visão weberiana, a “substantivação” do direito implica a violação da natureza sistêmica e a racionalidade formal que o caracterizam.⁶³⁸

⁶³² *Id.*, *ibid.*, p. 432.

⁶³³ *Ibid.*, p. 436.

⁶³⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 236 et seq.

⁶³⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 240.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 240.

⁶³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 241-2. Sobre a descrição weberiana do direito moderno como um direito racional-formal, ver: RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica la modernidad según Max Weber*. Madrid : Trotta, 1996, p. 145-7; FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. de Luís Cláudio de Castro e Costa. 2. ed. Rio de Janeiro Forense-Universitária, 1975, p. 178-93; HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral (tanner lectures, 1986)*. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 1999, v. II, p. 193-247.

⁶³⁸ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 243.

Fenômeno totalmente distinto, segundo Aarnio, desses tipos de racionalidade, é aquele a que se refere o conceito de aceitabilidade racional, de razoável (*reasonable*). “La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos”⁶³⁹ Em termos habermasianos, é uma racionalidade comunicativa, vinculada à argumentação e ao convencimento.⁶⁴⁰

Conforme Aarnio,

[...] el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica.⁶⁴¹

Aceitabilidade é aceitabilidade axiológica.⁶⁴²

Que conclusões se pode deduzir a partir das formulações de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio? Entre muitas possíveis, três são relevantes para a argumentação que aqui se desenvolve. A primeira e mais óbvia é que, no âmbito do direito, dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável, mais precisamente, que ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo e não à forma. Isso mostra que a razoabilidade pressupõe um sistema jurídico aberto, não-fechado. Uma segunda conclusão é a de que o não-razoável ou desarrazoado é não-direito, mesmo que as fontes do direito tenham sido utilizadas corretamente, do ponto de vista formal. Em outros

⁶³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 241.

⁶⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 241

⁶⁴¹ *Id.*, *ibid.*, p. 249-50.

⁶⁴² Na sequência da análise. Aarnio pergunta: “¿Bajo cuáles precondiciones puede una interpretación obtener la aceptación de una comunidad jurídica que actúa racionalmente?” A resposta, segundo ele, supõe uma teoria procedimental da argumentação jurídica e uma teoria substancial referida à aceitabilidade material (*ibid.*, p. 249). Portanto, teorias no marco de uma teoria do discurso jurídico racional.

termos, uma norma constitucional ou infraconstitucional constitucionalmente legítima pode, no caso concreto, produzir uma decisão inaceitável, arbitrária, iníqua. Uma terceira, já implícita nas outras duas, é que nos casos em que se analisa a razoabilidade de uma medida ou de uma decisão concorrem pontos de vista valorativos, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*).

Contudo, o que é o aceitável? Que indicadores devem guiar o operador do direito para fazer um juízo sobre a razoabilidade da interpretação ou da medida adotada? Como se realiza o controle racional e intersubjetivo?

O problema é que o aceitável é aceitável dentro de um quadro de referência, de um contexto, de um estágio de desenvolvimento da comunidade jurídica, em particular, e de uma comunidade sócio-política, em geral (uma determinada sociedade). É claro que o problema perde um pouco em gravidade se se partir do pressuposto de que a Constituição e os valores a ela subjacentes coincidem com os valores e as expectativas da comunidade naquele momento histórico. Porém, é certo que o que é o razoável, *in concreto*, depende, tomando emprestada as palavras de Aarnio em relação à justificação jurídica, “uma mezcla de argumentos jurídicos, empíricos y morales”,⁶⁴³ argumentos a serem combinados de forma equilibrada.

Com isso, não se nega normatividade ao princípio da razoabilidade. É um princípio consolidado no direito brasileiro, atribuindo-se a ele origem anglo-saxônica. O que se quer dizer, isso sim, é que o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado, de forma cristalina, na literatura publicista brasileira. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso, com base nesses argumentos, desenvolvidos a partir das formulações sobre o *razoável* de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio, e nos argumentos de Ávila, conclui-se que o princípio da proporcio-

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 250.

nalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para a solução da colisão de direitos fundamentais.

CAPÍTULO VIII
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:
OBJEÇÕES E CONTRA-OBJEÇÕES

Indubitavelmente, na contemporaneidade, a doutrina e a jurisprudência constitucionais reconhecem a proporcionalidade como princípio constitucional. Também é certo asseverar que há uma tendência de difusão do princípio da proporcionalidade por todo o ordenamento jurídico.⁶⁴⁴ Contudo, a despeito da consagração do princípio, não é possível ignorar as objeções contra ele formuladas. Como se verá na seqüência, algumas críticas, menos radicais, não negam validade jurídica ao princípio e até reconhecem as vantagens de sua aplicação, porém alertam para eventuais efeitos colaterais indesejáveis, se a aplicação for intensiva e extensiva. Outras críticas pretendem refutar *in totum* o princípio da proporcionalidade.

Que existam dúvidas ou questões não resolvidas em torno do princípio da proporcionalidade já mostram as imprecisões terminológicas e o dissenso sobre o fundamento normativo, nesta investigação já analisados.⁶⁴⁵ Contudo, a falta de unidade, lingüística e dogmática, não implica necessariamente negação ou refutação do princípio. As imprecisões podem ser resolvi-

⁶⁴⁴ Nesse sentido, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 74-7.

das desde que haja mais atenção e empenho analíticos.⁶⁴⁶ Quanto ao fundamento normativo, o dissenso sobre ele não significa ausência dele. De um modo geral, os autores divergem sobre qual é o fundamento normativo, mas não cogitam sobre sua inexistência.

Aqui interessam aqueles argumentos que se pretendem verdadeiras ou reais objeções, ou ao princípio da proporcionalidade enquanto tal, ou a alguns de seus aspectos e eventuais conseqüências consideradas indesejáveis.

1 Ameaça à separação de poderes

Houve quem visse na aplicação do princípio da proporcionalidade uma ameaça ao princípio da separação de poderes; mais precisamente, uma ameaça ao equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O exame de proporcionalidade, pelo Judiciário, das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do Legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um “Estado de juizes” ou “governo de juizes”. Tanto mais real seria a ameaça à separação de poderes quanto mais intensiva e extensiva fosse a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Tomando emprestada terminologia de Alexy,⁶⁴⁷ utilizada em um outro contexto, e já referida nesta investigação,⁶⁴⁸ essa objeção poderia ser denominada de *objeção competencial*.

⁶⁴⁵ Ver capítulo VI (*supra*).

⁶⁴⁶ Nesse sentido, apenas para exemplificar, é notável a contribuição de Alexy, amplamente referida nesta dissertação. No Brasil, também para efeito de exemplificação, é admirável o trabalho recentemente publicado por Ávila (*op. cit.*).

⁶⁴⁷ *El concepto y la validez del derecho*, p. 169-70. A expressão objeção competencial é utilizada por Alexy para caracterizar alguns dos argumentos contrários à teoria dos princípios. Portanto, em um contexto diferente do qual agora se analisa. Contudo, como já analisado nesta exposição (ver capítulo VI, *supra*), o princípio da proporcionalidade está umbilicalmente ligado ao modelo *regras/princípios*, de tal forma que a mesma objeção competencial à teoria dos princípios pode ser oposta ao princípio da proporcionalidade.

⁶⁴⁸ Ver capítulo V (*supra*).

Ela expressa a preocupação de que os juizes, os tribunais e, de modo especial, a corte constitucional subtraíam poderes do parlamento, que aqueles exerçam competências típicas deste.

A essa objeção ofereceram argumentos, de forma direta ou indireta, autores como Ernest Forsthoff, Eberhard Schmidt e Hans Huber, entre outros.

Para Forsthoff, aqui nas palavras de Bonavides, “[...] a adoção do princípio [da proporcionalidade] na ordem constitucional significava um considerável estreitamento da liberdade do legislador para formular leis e exercer assim um poder que lhe é peculiar na organização do Estado”⁶⁴⁹ O autor alemão julgava inadmissível a sujeição da função legislativa a um princípio oriundo do Direito Administrativo. O princípio da proporcionalidade gera “a degradação da legislação – um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional – ao situá-la debaixo das categorias do Direito Administrativo”⁶⁵⁰ Como se vê, o publicista tedesco admite a aplicação do princípio na esfera do Direito Administrativo, mas é contrário a sua constitucionalização.

Para Schmidt, a expansão do princípio da proporcionalidade poderia instaurar uma ditadura.⁶⁵¹ Além disso, “o emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral”⁶⁵²

Huber também alerta para a ameaça ao princípio da separação de poderes: “De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas

⁶⁴⁹ *Op. cit.*, p. 389.

⁶⁵⁰ Forsthoff *apud* BONAVIDES. Paulo. *Ibid.*, p. 390.

⁶⁵¹ *Apud* BONAVIDES. Paulo. *Ibid.*, p. 390

⁶⁵² *Apud* BONAVIDES. Paulo. *Ibid.*, p. 390.

fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. É aí que eles favorecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e legislador e administrador, conforme se há demonstrado”⁶⁵³ Para o jurista suíço, o exagero na aplicação de princípios gerais do direito tem como consequência o perigo de “dessubstancialização” normativa, uma tendência, principalmente nos juízes, de desobrigação de observância do direito vigente.⁶⁵⁴

Na base desses argumentos críticos, está o problema da tendência de “super-expansão”⁶⁵⁵ ou vício da expansão,⁶⁵⁶ denominado na doutrina alemã de *oberaehmung*, cuja consequência seria o “relaxamento” na aplicação da lei.⁶⁵⁷ Assim, o princípio da proporcionalidade concederia excessivos poderes ao Judiciário no controle de atos do Legislativo e do Executivo.

Certamente, o alerta é útil do ponto de vista preventivo. Contudo, há que se asseverar, mais uma vez, que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade verificar se uma decisão normativa, legislativa ou judicial, que afeta, restringe ou limita um direito fundamental, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. O exame de proporcionalidade é um limite a intervenções nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas. Não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador. Nesse sentido, dos poderes pú-

⁶⁵³ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Ibid.*, p. 391.

⁶⁵⁴ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Ibid.*, p. 391.

⁶⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 80.

⁶⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 391.

⁶⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 80.

blicos, o Legislativo é o primeiro a ter de se vincular ao princípio da proporcionalidade.⁶⁵⁸ O legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais.⁶⁵⁹ Evidentemente, como poder democraticamente legitimado pelo voto popular, poderá eleger os fins e os meios, mas nos limites da legitimidade constitucional. É ponto pacífico que compete ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade da produção normativa do Poder Legislativo.

Segundo Bonavides, de fato, o princípio da proporcionalidade produz uma certa ascendência do juiz sobre o legislador, mas não a ponto de violar o princípio da separação de poderes.⁶⁶⁰ A limitação dos poderes não necessariamente abala o clássico princípio do constitucionalismo moderno, “[...] porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada”⁶⁶¹ Além disso, é preciso reconhecer que “no segundo Estado de Direito [surgido no segundo após-guerra] o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio da *legalidade* se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de *constitucionalidade*”⁶⁶²

⁶⁵⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Op. cit.*, p. 322.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, sobre um suposto conflito entre o legislador e o Tribunal Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais, é oportuno citar Alexy: “el punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de los deberes y de la competencia del legislador, interviene necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento inconstitucional de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 527).

⁶⁶⁰ *Op. cit.*, p. 363.

⁶⁶¹ *Id.*, *ibid.*, p. 363.

⁶⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 363.

Quanto à expansividade, a rigor, a questão não é aplicar moderadamente ou excessivamente o princípio da proporcionalidade; não é um problema de quantidade. Deve-se, isso sim, aplicá-lo quando necessário, quando há razões para fazê-lo, na medida do necessário. O princípio não pode ser aplicado de qualquer forma e em qualquer caso.⁶⁶³ Como acima exposto, há pressupostos a serem observados e uma seqüência lógica a ser seguida.⁶⁶⁴

2 Lesão aos princípios da segurança jurídica e da igualdade

Um segundo tipo de objeção diz que a relativização da lei no caso concreto, provocada pelo princípio da proporcionalidade, lesiona os princípios da segurança jurídica e da igualdade.⁶⁶⁵ Gonzalez-Cuellar Serrano, com base na doutrina alemã, analisa essa objeção no âmbito do processo penal. Segundo o autor espanhol,

las críticas que oponen al principio de proporcionalidad los principios de seguridad jurídica y de igualdad se apoyan en la importancia de las formalidades procesales (Justizförmigkeit) en el proceso penal y en las negativas experiencias históricas a las que ha conducido la concesión a los órganos de persecución de una discrecionalidad desvinculada de estas últimas. La desformalización – se aduce – ha derivado siempre en degeneración del proceso penal y en conversión de la búsqueda de la verdad en arbitrariedad jurídica.⁶⁶⁶

Para os que formulam essa objeção, “la máxima de la seguridad jurídica tiene en el proceso penal un rango predominante frente al concepto de justicia orientada a la resolución del caso

⁶⁶³ Para evitar o problema da “super-expansão” Guerra Filho invoca o postulado da reflexividade: “[...] nada melhor do que atribuir ‘reflexividade’ ao princípio, de modo que só se possa aplicá-lo mediante um exame da ‘adequação’, ‘exigibilidade’ e ‘proporcionalidade’ de fazê-lo. Com isso, pode-se reservar a utilização dele para o momento oportuno e necessário, quando for essa a providência mais de acordo com a finalidade última do ordenamento jurídico: o maior benefício possível da comunidade com o mínimo sacrifício necessário de seus membros individualmente” (*Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 80-81). Além disso, para a correta aplicação do princípio, Guerra Filho destaca a necessidade da estruturação e institucionalização de um procedimento decisório, que garanta a racionalidade e a objetividade possíveis da decisão (*ibid.*, p. 81).

⁶⁶⁴ *Ver* capítulo VI (*supra*).

⁶⁶⁵ Esta objeção é distinta da competencial, mas com ela se relaciona. Uma apropriação indevida de prerrogativas do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário é uma ameaça ao dogma da certeza jurídica.

⁶⁶⁶ *Op. cit.*, p. 318.

concreto. Igualmente el principio de igualdad en la aplicación del Derecho penal exigiría ‘un proceso que se muestre adecuado a la estabilidad de la aplicación jurídica’”⁶⁶⁷

Para Gonzalez-Cuellar Serrano,⁶⁶⁸ essa objeção é insuficiente para pôr em dúvida a vigência e a hierarquia constitucional do princípio. Evidentemente, no âmbito do direito, a igualdade de tratamento e a previsibilidade das decisões normativas são imperativos inafastáveis. Contudo, nem sempre a diferença de tratamento significa discriminação.⁶⁶⁹ E, quanto à insegurança por parte daqueles que podem ter direitos fundamentais limitados, destaque-se a importância da reserva de lei, o que é, portanto, a presença do princípio da legalidade na limitação de direitos fundamentais pelo legislador.⁶⁷⁰ Além disso, certeza jurídica não significa saber previamente com absoluta certeza ou exatidão qual será a decisão do juiz em um determinado caso. Mas significa que o juiz está vinculado a determinados conteúdos normativos e determinados procedimentos para tomar a decisão. Por fim, segundo o autor espanhol, “en cualquier caso, aceptando que en algunas circunstancias la aplicación poco meditada del principio de proporcionalidad pudiera provocar injusticias, más injusta es la aplicación automática e indiscriminada de la ley, si se prescinde de los necesarios criterios orientadores de la discrecionalidad judicial y de los medios para controlarla”⁶⁷¹

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 318-9.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 319.

⁶⁶⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 319.

⁶⁷⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 319.

3 Objeções metodológicas à ponderação de bens

É certo que as objeções acima analisadas não podem ser subestimadas. Têm um peso a ser considerado. Contudo, são facilmente refutáveis e, por conseguinte, são insuficientes para impedir de forma justificada a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

As objeções mais graves ao princípio da proporcionalidade, de modo especial à ponderação de bens (que ocorre na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito), são as de corte metodológico. As objeções metodológicas põem em questão a ponderação de bens enquanto método, enquanto procedimento racional.

Sob essa perspectiva, as críticas apresentam-se sem uma unidade terminológica e variadas são as vias percorridas, mas o objetivo ou ponto de chegada é o mesmo, qual seja, refutar a racionalidade e, por conseguinte, a possibilidade de controle objetivo e intersubjetivo da ponderação de bens e de fundamentação de seus resultados.

O núcleo das objeções metodológicas pode ser descrito citando este texto de Alexy: “muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales”⁶⁷²

Gavara de Cara,⁶⁷³ analisando as insuficiências do método da ponderação de bens apontadas por autores alemães, diz que, ao não estar expressamente prescrita pela Constituição, a ponderação de bens pode induzir a valorações subjetivas não-controláveis do órgão de-

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 319.

⁶⁷² *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 157.

⁶⁷³ *Op. cit.*, p. 293-5. Gavara de Cara menciona autores como Friedrich Müller, Otto Majewski e Peter Lerche (nota de rodapé 279). Contudo, não deixa claro se compartilha dessa crítica.

cisor da situação de conflito, o que levaria ao “esvaziamento” do conteúdo material dos direitos fundamentais.⁶⁷⁴

Ademais, há casos em que a ponderação realizada entre um direito fundamental ou bem constitucional escrito e um bem constitucional não-escrito resulta na preferência deste último. Assim, “el peligro que puede conllevar la aplicación del método de la ponderación de bienes es que puede dar lugar a una constitución suplementaria no escrita que permitiría al poder estatal restringir los derechos fundamentales sin un control efectivo”⁶⁷⁵ Esse perigo é tanto maior no Estado Social, no qual há uma intensa intervenção dos poderes públicos.⁶⁷⁶

Para Müller, a ponderação de bens conduz ao subjetivismo, à irracionalidade. Segundo o jurista alemão,

tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo [Urteilsvorbehalt] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.⁶⁷⁷

Também desde um ponto de vista metodológico, crítica contundente à ponderação de bens fez Otto y Pardo.⁶⁷⁸ A ponderação de bens, assim como a hierarquia de bens e de valores,

⁶⁷⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 293.

⁶⁷⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 294. Aqui Gavara de Cara menciona Hartmut Jäckel (nota de rodapé 284).

⁶⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 294.

⁶⁷⁷ *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 30-1. Do mesmo autor, ver também: *Discours de la méthode juridique*, p. 88-90, 95-7.

⁶⁷⁸ Otto y Pardo analisa e critica a ponderação de bens no marco da construção teórico-dogmática dos limites imanentes. Ele define a ponderação de bens como o método “[...] para determinar, en abstracto o en

são fórmulas que, se utilizadas para a solução de problemas decorrentes dos limites e fronteiras dos direitos fundamentais, constituem “[...] la base para la despositivización del sistema de los derechos fundamentales”⁶⁷⁹

Como há pouco mencionado, em nota de rodapé, o constitucionalista espanhol situa a ponderação de bens no âmbito da doutrina dos limites imanentes.⁶⁸⁰ Como já visto, segundo essa doutrina há limites aos direitos fundamentais que decorrem da necessidade de conciliar esses direitos com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos. Segundo Otto y Pardo, o primeiro problema já surge ao ter de saber quando se está diante de um bem constitucionalmente protegido.⁶⁸¹ Quais são os critérios de identificação?⁶⁸² Afinal, bens que são invocados para limitar direitos fundamentais precisam ser claramente identificados, sob pena de relativização dos direitos fundamentais. A mesma exigência vale para os valores. O segundo problema, ainda na análise de Otto y Pardo, é que a limitação de direitos fundamentais a partir

concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien” (*op. cit.*, p. 111).

⁶⁷⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 163.

⁶⁸⁰ Como já visto nesta exposição (*ver* capítulo II, *supra*), Otto y Pardo rejeita a doutrina dos limites imanentes. Para ele, a rigor, limites são apenas os fixados por lei. Os demais problemas de fronteira dos direitos fundamentais são solucionados mediante a delimitação conceitual do conteúdo mesmo de cada direito fundamental (*ibid.*, p. 137-50). O constitucionalista espanhol reconhece espressamente que sua posição se fundamenta na obra de Müller (*Die Positivität der Grundrechte*, Berlim, 1969) (*ibid.*, p. 172).

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁸² Tendo como referência a CE/78, Otto y Pardo escreve: “La pregunta acerca del bien constitucionalmente reconocido tiene en ocasiones una respuesta clara, porque no cabe duda de que son tales, por ejemplo, aquellos que se reconocen como derechos fundamentales, o la independencia del Poder Judicial o la defensa, por citar casos bien obvios. Con frecuencia, sin embargo, la pregunta es de respuesta más difícil, porque la simple mención de un bien en la Constitución no permite afirmar sin más su valor constitucional: así, que la norma constitucional mencione la jerarquía como principio de actuación de la Administración no significa que la jerarquía sea ‘un bien constitucionalmente reconocido del que dimanar límites para los derechos fundamentales’ [...] so pena de que admitamos que también es un bien constitucionalmente protegido a los efectos que aquí importan la eficacia de la Administración, que bien podría fundamentar una limitación de la inviolabilidad de domicilio y, sobre todo, de los derechos de los detenidos” (*ibid.*, p. 119).

de bens e valores só é possível mediante uma ponderação de bens ou valores, na qual se pode sustentar qualquer coisa.⁶⁸³

Aqui interessa o segundo problema. Ao invés de solucionar a colisão de direitos fundamentais a partir dos dados jurídico-positivos – para Otto y Pardo, a forma correta de proceder –, com a ponderação de bens pretende-se determinar o alcance dos direitos e bens em jogo “[...] sin que existan criterios teóricos reconocibles que permitan valorar correctamente sus magnitudes”⁶⁸⁴ Na ponderação, “[...] todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y con la que se pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica [...]”⁶⁸⁵ Por isso, em vez de ponderação de bens, há que se buscar a solução pela interpretação sistemática e unitária da Constituição.⁶⁸⁶

Como exemplo de ponderação de bens, Otto y Pardo cita a sentença do Tribunal Constitucional espanhol⁶⁸⁷ no caso dos professores do Liceo Sorolla⁶⁸⁸, na qual se examinou o exer-

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁶⁸⁶ Nas palavras de Otto y Pardo: “Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como ‘limitación para proteger otros bienes constitucionales’ muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ‘ceder’ ante otros bienes constitucionalmente protegidos – por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos – porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva interpretación unitaria y sistemática de la Constitución” (*ibid.*, p. 143-4).

⁶⁸⁷ Ao que parece, houve erro de digitação. Primeiro, o autor refere-se à “Sentencia 120/1983” (*ibid.*, p. 113); depois, à “Sentencia 121/1983” (*ibid.*, p. 121). De modo que não é possível, com base no texto, saber se é a sentença 120 ou a sentença 121 de 1983 do Tribunal Constitucional espanhol.

⁶⁸⁸ Assim o autor descreve o caso: “en el transcurso de una huelga de profesores del Liceo Sorolla, un centro de enseñanza privada, que tiene lugar en el periodo de exámenes de septiembre, el centro contrata a unos profesores para celebrar éstos y los huelguistas dirigen a los padres de los alumnos una carta en la que denunci-

cício da liberdade de expressão ante a relação laboral entre trabalhador e empresário. O Tribunal decidiu que o exercício da liberdade de expressão, neste caso, não era legítimo, estava limitado em face da relação laboral. Contudo, isso não significava que em outro contexto o exercício da liberdade de expressão pudesse ser limitado.⁶⁸⁹ Para chegar a esse resultado, o Tribunal valorou as “circunstancias en que se produjo su emisión” (da carta) e “la intención de los autores, así como las consecuencias que podían originar”⁶⁹⁰ Tal como posta a questão pelo Tribunal, segundo Otto y Pardo, é inevitável que

[...] se ha de tener en cuenta la circunstancia de que el comunicado fuera específico instrumento de la acción representativa de los demandantes en su doble condición de delegados del personal y miembros del comité de huelga y que su finalidad última fuera la de obtener determinados resultados en el conflicto; y también se ha de considerar que la conducta de los profesores fue reacción a una conducta empresarial ilícita (romper la huelga), pero frente a esto se ha de tener en cuenta que la conducta ilícita del centro, la sustitución de los profesores en huelga, pretendía evitar la pérdida del curso (pues la huelga tuvo lugar durante los exámenes de septiembre); añádase a esto otros datos como si había o no *animus nocendi*, cuáles eran los destinatarios del escrito, si eran o no válidos los exámenes, etc.⁶⁹¹

E então finaliza Otto y Pardo de forma aguda: “Como puede verse, en toda esta fundamentación jurídica falta con toda evidencia un razonamiento verdaderamente constitucional en torno a la única cuestión relevante, a saber, si estaba o no en juego la libertad de expresión

an la falta de cualificación de los examinadores y advierten sobre la posible nulidad de las pruebas; despedidos los autores del escrito, tanto la jurisdicción laboral como la constitucional dan por bueno el despido y esta última afirma que la libertad de expresión no sólo está limitada en los términos que resultan del art. 20.4 de la Constitución, sino que además ‘su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7º del Código Civil expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe’” (*ibid.*, p. 113). O art. 20.4 da CE/78 preceve: “Estas libertades [previstas no art. 20.1, entre as quais está o direito ‘a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción’] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”

⁶⁸⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 121-2.

⁶⁹⁰ Tribunal Constitucional espanhol *apud* OTTO Y PARDO. Ignacio de. *Ibid.*, p. 122.

⁶⁹¹ OTTO Y PARDO. Ignacio de. *Ibid.*, p. 122

de los profesores”⁶⁹² Com isso, o constitucionalista espanhol pretende justificar a tese crítica de que com a ponderação de bens é possível sustentar qualquer coisa e chegar a qualquer resultado.

Para Alexy,⁶⁹³ as objeções metodológicas são corretas se pretendem mostrar que o procedimento da ponderação não conduz, em cada caso, a um único resultado. Contudo, são incorretas se pretendem provar ou demonstrar que o procedimento da ponderação é irracional.

Que a ponderação é um procedimento racional é o que se começa a provar pela lei de colisão. A lei de colisão, formalizada por Alexy, descreve a estrutura da solução da colisão de princípios. Segundo esta lei, “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁶⁹⁴ É uma regra válida para todas as colisões de princípios ou direitos fundamentais. A lei informa que as colisões são solucionadas estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada.⁶⁹⁵

Contudo, se a ponderação reduz-se à formulação de um enunciado de preferência, não é então um procedimento racional, porque a relação de precedência poderia ser estabelecida intuitivamente, de acordo com concepções subjetivas de quem pondera.⁶⁹⁶ Por isso, Alexy propõe um modelo de fundamentação no qual se distingue “[...] entre el proceso psíquico, que

⁶⁹² *Ibid.*, p. 122.

⁶⁹³ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 157.

⁶⁹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 94.

⁶⁹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 92. Registre-se, a título de informação, que a lei de colisão também está presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol: “[...] cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia ‘y se ve obligado – como dice la STC 53/1985 – a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” [sem grifo no original] (STC 215/1994, FJ 2º). Cf. RUBIO LLORENTE, Francisco et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales : doctrina jurisprudencial*, p. 76.

conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación”⁶⁹⁷ Assim, “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”⁶⁹⁸

Alexy distingue entre “la fundamentación no referida específicamente a la ponderación de enunciados condicionados de preferencia”⁶⁹⁹ e “la fundamentación referida específicamente a la ponderación”⁷⁰⁰

A primeira modalidade de fundamentação permite a utilização de todos os argumentos possíveis:⁷⁰¹ cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, prejudiciais, práticos e empíricos em geral, bem como argumentos especificamente jurídicos.⁷⁰² “Así, para la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado y, por lo tanto, para la fundamentación de la regla correspondiente, puede, por ejemplo, hacerse referencia a la voluntad del legislador cons-

⁶⁹⁶ *Id., ibid.*, p. 158.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 158.

⁶⁹⁸ *Id., ibid.*, p. 159.

⁶⁹⁹ *Id., ibid.*, p. 159-60.

⁷⁰⁰ *Id., ibid.*, p. 160-9.

⁷⁰¹ Porém, “[...] quedan excluidos argumentos semánticos cuando, con la constatación de la colisión, se ha decidido ya, en virtud del texto literal, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones de derecho fundamental que están en cuestión” (*ibid.*, p. 159). A propósito, registre-se que, para Alexy, as decisões judiciais podem satisfazer de diversas maneiras a pretensão de justificabilidade: “el espectro va desde meras referencias a tradiciones o autoridades hasta la argumentación racional que considera todos los aspectos” (ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral*. Barcelona Gedisa, 1998, p. 131). Evidentemente, para a justificação do resultado de uma ponderação é necessária uma argumentação racional que considere todos os aspectos. Portanto, nessa hipótese, a justificabilidade atinge o grau máximo de complexidade.

⁷⁰² *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 159. Sobre argumentação empírica, cânones de interpretação, argumentação dogmática, uso dos precedentes, uso de formas de argumentos jurídicos especiais e sobre o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 222-72.

titucional, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores”⁷⁰³

Contudo, embora relevantes e úteis, esses argumentos nada dizem sobre a especificidade da fundamentação dos enunciados de preferência, ou seja, não estão relacionados de forma direta com a ponderação. É na jurisprudência do TCF alemão que Alexy encontra argumentos específicos da ponderação. A análise de várias decisões mostra que há uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal, assim enunciada por Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁷⁰⁴ O autor alemão denomina esta regra de *lei da ponderação*.⁷⁰⁵

A lei da ponderação não estabelece indicadores ou critérios de mensuração de afetação e grau de importância de cumprimento dos princípios ou direitos fundamentais opostos, porém diz o que tem de ser fundamentado: os enunciados sobre os graus de afetação e importância (satisfação, realização), que são enunciados de preferência condicionada e formalizam o resultado da ponderação.⁷⁰⁶ Para a fundamentação desse tipo de enunciado, os argumentos aduzidos “[...] no tienen ningún carácter específico de ponderación. Es posible tomar en cuenta cualquier argumento de la argumentación jurídica”⁷⁰⁷ Como exemplo de fundamentação de enunciados sobre graus de afetação e importância, Alexy cita a sentença do TCF no caso Lebach,⁷⁰⁸ no qual havia uma colisão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2,

⁷⁰³ *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 159.

⁷⁰⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 161.

⁷⁰⁵ Para Alexy, “la ley de ponderación no formula nada diferente a la máxima de proporcionalidad en sentido estricto” (*El concepto y la validez del derecho*, p. 171-2).

⁷⁰⁶ *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 164.

⁷⁰⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 164.

⁷⁰⁸ Conforme relato de Alexy, no caso Lebach estava em exame esta situação: “El Segundo Programa de Televisión (ZDF) proyectaba la emisión de una película documental: ‘El asesinato de soldados en Lebach’

parágrafo 2 combinado com o art. 1, parágrafo 1 da LF, e a liberdade de informação, garantida pelo art. 5, parágrafo 1 da LF. A tese de que a veiculação televisiva

[...] afecta muy intensamente la protección de la personalidad es fundamentada, por ejemplo, aduciendo el alcance de las emisiones de televisión, los efectos de la forma de la emisión como teatro documental, el alto grado de credibilidad que tienen estas emisiones en el público, los peligros que de aquí y de otras características de la emisión resultan para la resocialización y el perjuicio adicional que un tal teatro documental significa cuando es emitido algún tiempo después de la información actual. Por lo que respecta a la importancia de la satisfacción del principio de la libertad radial, se presentan, por lo pronto, numerosas razones de la importancia de una información actual sobre hechos delictivos graves. Sobre este transfondo, luego es calificada la repetición de la información que ha de ser juzgada como no lo suficientemente importante como para justificar la intensidad de la afectación.⁷⁰⁹

Alexy reconhece que esta forma de fundamentação do resultado da ponderação inclui também valorações.⁷¹⁰ Contudo, “[...] el solo argumento de que en la ponderación juegan algún papel las valoraciones no fundamenta todavía ninguna objeción en contra de la posibilidad de la fundamentación racional de decisiones de ponderación, a menos que se diga que la argumentación racional siempre se vuelve no-racional o irracional tan pronto como se ingresa en el ámbito de valoraciones que no están dadas de antemano con autoridad vinculante”⁷¹¹ Negar racionalidade à ponderação de bens porque inclui valorações implica negar racionalidade àquilo que, em grande parte, constitui a tarefa da atividade jurídica, porque, de um modo geral, a fundamentação jurídica inclui valorações.⁷¹² A presença de valorações mostra, na melhor das

En esta película debía informarse acerca de un crimen en el cual cuatro soldados del grupo de la guardia de un depósito de municiones del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían y se sustrajeron armas con las que se pensaba realizar otros actos delictivos. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen y que estaba a punto de abandonar la prisión consideró que la emisión de esta película televisiva en la que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho fundamental del artículo 1, párrafo 1 y del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización. El Tribunal Provincial rechazó su pedido de un auto provisional para prohibir la emisión de la película y el Tribunal Provincial Superior rechazó la apelación de esta medida. En contra de esta decisión, presentó un recurso de inconstitucionalidad” (*ibid.*, p. 95).

⁷⁰⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 164-5.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 165.

⁷¹¹ *Id.*, *ibid.*, p. 165.

⁷¹² *Id.*, *ibid.*, p. 165.

hipóteses, “[...] que las ponderaciones poseen un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones”, porém é insuficiente para mostrar a irracionalidade das ponderações.⁷¹³

Segundo Alexy,⁷¹⁴ a fundamentação referida especificamente à ponderação, além da objeção de irracionalidade, evita outras dificuldades que freqüentemente são associadas à ponderação. Evita porque: (a) “pone de manifiesto que la ponderación no es un procedimiento en el cual un bien es obtenido con ‘excesivo apresuramiento’ a costa de otro”;⁷¹⁵ (b) com a lei de colisão, revela que a ponderação não é um procedimento geral e abstrato; (c) vincula a lei da ponderação à teoria da argumentação jurídica racional; (d) mostra que a ponderação não conduz a “decisiones particulares”, à diluição da normatividade no caso concreto, porque “[...] de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”;⁷¹⁶ e (e) refuta a afirmação de que a ponderação de bens é um jogo de palavras, umas contra as outras, porque, na verdade, “se establece un principio en contra de otro principio, algo que tiene las consecuencias formuladas en la ley de colisión y de ponderación”⁷¹⁷

⁷¹³ *Id., ibid.*, p. 165. Como se vê, Alexy também distingue entre interpretação e ponderação, o que reforça a tese, já discutida nesta investigação (*ver* capítulo VI, *supra*), de que o princípio da proporcionalidade não é um princípio de interpretação em sentido estrito.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 166-7.

⁷¹⁵ *Id., ibid.*, p. 166.

⁷¹⁶ *Id., ibid.*, p. 167.

⁷¹⁷ *Id., ibid.*, p. 167

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 Recapitulação

Esta investigação teve como objeto a colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Já na introdução se explicitou o problema básico estruturante e orientador da análise: a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade à solução da colisão de direitos fundamentais é passível de controle racional, objetivo e intersubjetivo? Desde um ponto de vista dogmático-constitucional, legitima-se, justifica-se, fundamenta-se a prevalência, *in concreto*, de um direito fundamental em relação ao outro? Enfim, o princípio da proporcionalidade, de modo especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), quando aplicado ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, satisfaz os postulados da racionalidade?

Na primeira parte da exposição, atendendo ao postulado do rigor metodológico, delimitou-se, conceitualmente, o fenômeno da colisão de direitos fundamentais. Inicialmente, analisaram-se, sucintamente, os fenômenos da intervenção legislativa e dos limites imanentes no âmbito dos direitos fundamentais com o objetivo de distingui-los, de forma precisa, da colisão de direitos. Em seguida, identificaram-se e definiram-se as hipóteses de conflitos de direitos fundamentais, subsumiu-se a colisão à categoria dos casos jurídicos duvidosos ou

díficeis (*hard cases*), e indicaram-se os poderes públicos competentes para a solução da colisão.

A colisão de direitos fundamentais é essencialmente um problema de dogmática jurídico-constitucional, embora também exija a análise da teoria (geral) do direito. É um problema constitucional porque trata-se de uma colisão de direitos conferidos, direta ou indiretamente, por normas constitucionais. Diretamente, se são normas explicitadas claramente em disposições normativas; indiretamente, se as normas são adscritas a disposições de direitos fundamentais ou então interpretativamente deduzíveis da Constituição. Como todo problema constitucional, a solução da colisão de direitos fundamentais tramita pelos meandros da interpretação constitucional. Não há caso constitucional sem interpretação constitucional, sem atribuição de sentido normativo a disposições ou enunciados normativos constitucionais. Por isso, após a delimitação do fenômeno da colisão, dissertou-se sobre o papel da interpretação constitucional na solução da colisão de direitos fundamentais. Mostrou-se que todos os princípios de interpretação, os clássicos ou tradicionais (cânones de Savigny) e, principalmente, os específicos da interpretação constitucional, são úteis à interpretação dos direitos fundamentais e, portanto, úteis à solução da colisão. Não obstante, na hipótese de colisão, atribuiu-se maior peso aos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, do efeito integrador e da efetividade, todos princípios específicos da interpretação constitucional.

Demonstrou-se que a colisão não se resolve apenas mediante a aplicação desses postulados de interpretação constitucional. O fenômeno da colisão – bem como outros fenômenos no âmbito dos direitos fundamentais (restrição, configuração, limites imanentes, irradiação sobre o todo o ordenamento jurídico, eficácia horizontal) –, tanto explicativamente como do ponto de vista da solução (resultado final da colisão), exige uma teoria dos direitos fundamentais. Assim, expôs-se sinteticamente a tipologia das teorias dos direitos fundamentais de Böckenförde para mostrar que teorias unipontuais ou teorias combinadas são insuficientes

para dar conta do sentido do sistema de direitos fundamentais e, por conseguinte, para resolver satisfatoriamente os problemas que emergem deste sistema. Argumentou-se, em seguida, em favor da teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy, cujo núcleo é a teoria dos princípios. Com a teoria dos princípios fundamenta-se o caráter principal das normas de direitos fundamentais. Definido o caráter principal dos direitos fundamentais abre-se a possibilidade de, de forma fundamentada, resolver a colisão dos direitos fundamentais mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial da ponderação de bens que corresponde ao terceiro princípio parcial da proporcionalidade (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, a teoria da interpretação constitucional e a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy constituíram-se no marco teórico e dogmático-constitucional da investigação.

Delimitado o objeto de análise e exposto o marco teórico, foi, então, possível analisar o princípio da proporcionalidade e sua aplicação ao problema da colisão de direitos fundamentais. Inicialmente, mostrou-se que o método da ponderação de bens se realiza mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em outros termos, a ponderação de bens é um dos elementos constitutivos da proporcionalidade em sentido amplo. Em seguida, dissertou-se sobre o conteúdo dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, tidos como os três princípios parciais da proporcionalidade em sentido amplo. Na seqüência, reconstruiu-se a reflexão teórico-dogmática, doutrinária e jurisprudencial, em torno da natureza e fundamento normativos do princípio da proporcionalidade. Quanto à natureza, em oposição à tese substancialista, argumentou-se em favor da natureza formal do princípio da proporcionalidade; quanto ao fundamento normativo, a despeito da constatação da plausibilidade de uma multiplicidade de fundamentos normativos, argumentou-se em favor da superioridade lógico-conceitual da tese de Alexy, segundo a qual

o princípio da proporcionalidade deriva do caráter principal das normas de direitos fundamentais.

Sempre tendo como idéia reguladora o rigor analítico, demonstrou-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com os princípios da igualdade e da razoabilidade. Além disso, argumentou-se em favor da tese segundo a qual o princípio da proporcionalidade é operacionalmente superior ao princípio da razoabilidade e que, por isso, o princípio da proporcionalidade é o princípio adequado para a solução da colisão de direitos fundamentais.

Por fim, analisaram-se objeções e contra-objeções em torno do princípio da proporcionalidade, dando ênfase àquelas de corte metodológico.

Ao término dessa breve recapitulação, chega-se ao ponto de partida para as considerações que seguem.

2 A colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a racionalidade possível

A colisão de direitos fundamentais é a colisão *in concreto* de normas-princípios de direitos fundamentais, porque os direitos fundamentais têm caráter lógico-normativo principal. Essa tese é nuclear e decisiva para a solução da colisão de direitos fundamentais, porque determina o método ou o procedimento a ser utilizado.

Do ponto de vista metodológico, considerem-se três possibilidades: a subsunção lógica, a teoria estruturante das normas e a ponderação de bens.

A mera subsunção lógica da colisão *in concreto* sob premissas maiores formuladas abstratamente é um procedimento metódico insuficiente e inadequado. Aliás, como analisou

Larenz⁷¹⁸ e constatou Alexy,⁷¹⁹ a insuficiência da subsunção lógica é uma das poucas teses sobre as quais há consenso na teoria contemporânea do método jurídico.

Proposição metodológica engenhosa e influente é a teoria estrutural das normas de Müller aplicada ao direito constitucional. Para o jurista alemão, como já referido no desenvolvimento desta investigação,⁷²⁰ verdadeiros limites de direitos fundamentais são apenas aqueles instituídos mediante reserva de lei. Limites imanentes e colisões não são autênticos limites, mas sim problemas de interpretação. Na colisão, o que há é uma sobreposição de âmbitos de vigência, a ser solucionada por uma norma de decisão, resultante da soma e síntese do programa normativo e do âmbito normativo. Na mesma orientação de Müller, movimenta-se Otto y Pardo, para quem o conflito se resolve mediante a delimitação do conteúdo constitucionalmente protegido das normas em tensão.

Aqui, é desnecessário rememorar as objeções à proposta de Müller e Otto y Pardo.⁷²¹ Mencione-se apenas que essa orientação metodológica pressupõe, como acertadamente observou Alexy,⁷²² uma concepção estreita do suposto fático das normas de direitos fundamentais, o que implica uma indesejável limitação material, do conteúdo, do âmbito de vigência desses direitos.

Por fim, apresenta-se como terceira hipótese metodológica a estrutura formal do princípio da proporcionalidade, com destaque para a ponderação de bens, mandato expresso pelo princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Para Stern,⁷²³ a ponderação de bens

⁷¹⁸ *Metodologia da Ciência do Direito*, de modo especial, p. 139-217.

⁷¹⁹ *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 23.

⁷²⁰ *Ver* capítulo II (*supra*).

⁷²¹ *Ver* capítulo II (*supra*).

⁷²² *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 73-80.

⁷²³ “Qué es una limitación proporcional, es una cuestión de ponderación. la cual tampoco puede resolverse sin una ponderación de bienes o valores. Tales ponderaciones no dejan de ser problemáticas, ya que no

é inevitável no direito constitucional; para Alexy,⁷²⁴ uma decorrência lógico-normativa do caráter principial das normas de direitos fundamentais.

Contudo, como analisado em capítulo específico,⁷²⁵ há objeções ao princípio da proporcionalidade, à ponderação de bens. Para o problema-objeto desta investigação, relevantes são as objeções metodológicas. Segundo essas objeções, o método da ponderação não é passível de controle racional; não atende aos postulados da clareza de normas, da clareza de métodos e da segurança jurídica, postulados básicos do Estado de Direito (Müller); constitui a base para a despositivação do sistema dos direitos fundamentais (Otto y Pardo); é um método subjetivista, conducente ao intuicionismo, ao decisionismo, ao “governo dos juízes”, ao “Estado judicial”

A teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy é o grande contraponto a essas objeções e, por conseqüência, a grande base teórico-metodológica do princípio da proporcionalidade, da ponderação de bens. Para Alexy, a ponderação é um procedimento racional. Primeiro porque, na hipótese de colisão, formula um enunciado de preferência segundo a lei de colisão, que é uma regra válida para todas as colisões de princípios ou de direitos fundamentais; portanto, uma lei ou regra universal. Segundo porque a ponderação de bens, com o enunciado de preferência, indica precisamente o que deve ser fundamentado racionalmente. Em outras palavras, indica qual o resultado que deve ser jusfundamentado. Esse resultado da ponderação (o enunciado de preferência) pode ser fundamentado utilizando-se de todos os argumentos possíveis: cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, prejudiciais, práticos e empíricos em geral, argumentos especificamente jurídicos. Além disso e principalmente, há

están libres de carga subjetiva. Pero son admisibles e imperativas, si son tomadas apoyándose de una manera cuidadosa y racionalmente controlable en las decisiones fundamentales de la constitución. En ninguna parte un ordenamiento jurídico puede prescindir de la ponderación de bienes jurídicos” (*op. cit.*, p. 294).

⁷²⁴ Ver capítulos V, VI e VIII (*supra*).

⁷²⁵ Ver capítulo VIII (*supra*).

um modelo de argumentação referido especificamente à ponderação, cuja regra constitutiva Alexy enuncia tomando como referência a jurisprudência do TCF: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” É a *lei da ponderação*. Como escrito no capítulo VIII, a lei da ponderação diz o que tem de ser fundamentado: os enunciados sobre os graus de afetação e importância (satisfação, realização) dos direitos fundamentais em colisão, que são enunciados de preferência condicionada e formalizam o resultado da ponderação.

Evidentemente, o resultado da ponderação de bens não elimina valorações, não está imune a pontos de vista valorativos. Mas isso, por si só, constitui prova da irracionalidade da ponderação de bens? Segundo Alexy, não. Dizer que pontos de vista valorativos tornam irracional uma fundamentação jurídica implica aceitar que parte representativa das decisões jurídicas são irracionais. A ciência jurídica e a metodologia jurídica não estão livres de valorações.⁷²⁶ A propósito, como demonstrou Aarnio, os valores e as valorações podem interferir na interpretação jurídica em geral.⁷²⁷ Portanto, não é apenas a ponderação de bens que é passível de juízos de valor; são também a interpretação jurídica em geral e, em especial, a interpretação constitucional.

⁷²⁶ Sobre posições teóricas contemporâneas acerca da inevitabilidade das valorações na metodologia jurídica, é oportuno citar sinopse de Alexy: “En casi todos los escritos de metodología se acentúa actualmente que la Jurisprudencia (en los dos sentidos de la expresión) no puede prescindir de tales valoraciones. Así, Larenz habla del ‘reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador’; Müller es de la opinión de que ‘una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones... (no sería) ni práctica, ni real’; Esser constata que las ‘valoraciones... (tienen) una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas’; Kriele llega al resultado de que no se puede ‘desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación’, y Engisch tiene que reconocer que ‘las leyes mismas, en todas las ramas del Derecho, (están) actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración no encuentran y fundamentan sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación, sino que tienen que valorar autónomamente y que decidir y disponer como colegisladores” (*Teoría de la argumentación jurídica*, p. 27-8). Se se tratar de problemas no sistema de direitos fundamentais, então a presença de valorações é ainda mais forte: “en la aplicación de todas las normas iusfundamentales hay que solucionar problemas valorativos básicos” (*id. Teoría de los derechos fundamentales*, p. 401).

⁷²⁷ Sobre as diversas formas de interferência dos valores e valorações no procedimento interpretativo, ver: AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. p. 263-71.

Ao que parece, o que está em questão são as pretensões de racionalidade da ciência e metodologia jurídicas. É o problema de seu estatuto epistemológico. Como acertadamente escreveu Müller, os problemas da objetividade e da universalidade apresentam especificidades no campo da ciência do direito. Por ser “ciência humana normativa referida à realidade”,

o postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal ‘absoluto’; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material [Sachgerichtigkeit] no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização.⁷²⁸

Ainda segundo Müller,

no Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima de seus resultados e dos seus modos de fundamentação. Mesmo na sua condição de *ciência normativa* ela tem por encargo a intenção de uma vigência universal (que só racionalmente realizável). A necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; admitir esta última significaria ignorar o *caráter de decisão e de valoração* do direito. Essa confissão circunscreve o campo do possível. Sem a sobriedade do excesso racionalista a ideologia poderia desenvolver-se sem limites e controles.⁷²⁹

Como se lê, Müller, seguramente um dos mais qualificados e contundentes críticos da ponderação de bens, sustenta corretamente a tese de que a ciência jurídica tem de ter a racionalidade como um postulado básico, incontornável, contudo também enfatiza que trata-se de uma discutibilidade ótima de resultados, uma racionalidade não-integral, não-absoluta, uma racionalidade possível, porque no direito há valores e decisões a serem tomadas.

Que no âmbito do direito constitucional é apenas atingível uma “racionalidade possível” é também o que pensa Hesse.⁷³⁰ A decisão jurídica nunca é passível de uma racionalização total. Contudo, alerta o constitucionalista alemão, a idéia de racionalidade possível não implica o abandono de uma “metodologia consciente”

⁷²⁸ *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 55.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁷³⁰ *La interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 48, número de margem 76. O autor utiliza o conceito de racionalidade possível no contexto do processo de concretização das normas constitucionais ao considerar “[...] as possibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables” (*loc. cit.*).

O controle racional, objetivo e intersubjetivo, das decisões jurídicas não será mais um problema somente quando houver um modelo absoluto, irrefutável de fundamentação de valores e juízos de valor. Contudo, a reconstrução e a análise da trajetória da filosofia prática ocidental, de Aristóteles a Habermas, induzem a cogitar-se da impossibilidade desse modelo.

O princípio da proporcionalidade, de modo especial a ponderação de bens, como afirmou Alexy,⁷³¹ não conduz a um único resultado possível correto, a uma resposta correta, porque é um procedimento aberto. Contudo, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado. Uma racionalidade possível, é bem verdade; mas uma racionalidade. A ponderação de bens, ao contrário do que pensa Otto y Pardo, não permite ou autoriza sustentar qualquer coisa, tomar qualquer decisão. Que isso é correto evidenciam a lei de colisão, a lei da ponderação e o modelo jusfundamental de fundamentação de Alexy.

A colisão de direitos fundamentais, *in concreto*, tem de ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental.

⁷³¹ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 525.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.
- _____. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, UUSITALO, Jyrki (comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona Gedisa, 1997, p. 17-35.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica* la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 346 p.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona Gedisa, 1997. 208 p.
- _____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral*. Barcelona Gedisa, 1998, p. 115-37.
- _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
- _____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 16, p. 203-14, 1999.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1984. 568 p.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra Almedina, 1987 350 p.
- APARICIO PÉREZ, Miguel A. et alii. *Textos constitucionales*. Barcelona EUB, 1995. 729 p.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília Ed. UnB, 1988. 317 p.
- _____. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury 3. ed. Brasília Ed. UnB, 1999. 238 p.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral* uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro Renovar, 1994. 545 p.
- ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia* una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico. Barcelona Ariel, 1997 267 p.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. [6ª tiragem]. São Paulo Malheiros, 1999. 48 p.
 _____. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo Malheiros, 1999. 720 p.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Brasília Jurídica, 1996. 221 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo Saraiva, 1998. 300 p.
- BARRY, Brian. *Teorías de la justicia*. Trad. de Cecília Hidalgo. Barcelona Gedisa, 1995. 429 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo Saraiva, 1999. 502 p.
 _____. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. atual. São Paulo Saraiva, 1999. 346 p.
 _____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 201 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo Polis, Brasília Ed. UnB, 1991. 184 p.
 _____. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro Campus, 1992. 217 p.
 _____. *Igualdade e liberdade*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro Ediouro, 1997 96 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 13-43.
 _____. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 44-71.
 _____. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 95-138.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev atual. ampl. São Paulo Malheiros, 1997. 755 p.
- CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1998. 346 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. [Reimpressão] Coimbra Coimbra, 1994. 539 p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra Almedina, 1998. 1352 p.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro Forense, 1989. 417 p.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro Lumen Juris, 1999. 246 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1993. 270 p.
- _____. Contribuições previdenciárias – não-reconhecimento – art. 95, “d”, da lei n. 8.212/91 – inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 106-134, 1996.
- _____. *Medidas provisórias*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo Max Limonad, 1999. 281 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 11-19, abr. 1998.
- _____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo Saraiva, 1999. 421 p.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 592 p.
- DWORKIN, Ronald. ¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles? Trad. de Maribel Narváez Mora. In: CASANOVAS, Pompeu, MORESO, José Juan (Eds.). *El ámbito de lo jurídico* lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo. Barcelona Crítica [Grupo Grijalbo-Mondadori], 1994. p. 475-512.
- _____. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona Ariel, 1997. 509 p.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999. 274 p.
- FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a Lei e o Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 161, p. 7-14, set./out. 1955.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, p. 69-102, jan./mar. 1994.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo Atlas, 1996. 368 p.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo Max Limonad, 1998. 205 p.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 307 p.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo Malheiros, 1997. 168 p.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. de Luís Cláudio de Castro e Costa. 2. ed. Rio de Janeiro Forense-Universitária, 1975. 210 p.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid Civitas, 1994. 302 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Reimpressão. Madrid Civitas, 1996. 182 p.
- GARCÍA TORRES, Jesús, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid Civitas, 1986. 149 p.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1994. 367 p.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidade y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid Colex, 1990. 352 p.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo Malheiros, 1997. 362 p.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 255-259, out./dez. 1995.
- _____. Direito fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 172 p.
- HÄBERLE, Peter. HÄBERLE, Peter. La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. In: LOPEZ PINA, Antonio (org.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, 1991, p. 260-83.
- _____. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre S. A. Fabris, 1997. 55 p.

- HABERMAS, Jürgen. Direito e moral (tanner lectures, 1986). In: HABERMAS, Jürgen. *Di-
reito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio
de Janeiro Tempo Brasileiro, 1999, v. II, p. 193-247
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto
Alegre S. A. Fabris, 1991. 34 p.
- _____. Concepto y cualidad de la Constitución. In: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho
Constitucional*. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid Centro de Estudios
Constitucionales, 1992, p. 1-29.
- _____. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constituci-
onal*. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid Centro de Estudios Constitu-
cionales, 1992, p. 31-54.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de
Luís Afonso Heck. Porto Alegre S. A. Fabris, 1998. 576 p.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico ou civil*.
Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo Nova
Cultural, 1988. 2 v.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política* fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do
Estado. Trad. de Ernildo Stein. Petrópolis Vozes, 1991. 404 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo
Martins Fontes, Brasília Ed. Universidade de Brasília, 1990. 433 p.
- KUKATHAS, Chandran, PETTIT, Philip. *Rawls: "Uma teoria da justiça" e os seus críticos*.
Trad. de Maria Carvalho. Lisboa Gradiva, 1995. 184 p.
- KYMLICKA, Will. *Las théories de la justice* une introduction. Trad. de Marc Saint-Upéry.
Paris Le Decouverte, 1999. 363 p.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 2. ed. Lisboa
Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.
- _____. *Derecho justo* fundamentos de ética jurídica. Trad. de Luis Díez-Picazo. [reimpres-
são] Madrid Civitas, 1993. 202 p.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre S. A. Fabris, 1999.
304 p.
- LOWEINSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 3ª reimpressão. Barcelona Ariel, 1983.
619 p.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta
Marques. São Paulo Loyola, 1991. 439 p.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3. ed. rev. atual. São Paulo Revista
dos Tribunais, 1999. 463 p.

- MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid McGraw-Hill, 1996. 179 p.

- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23/94, p. 475-469, 1ª quinzena de dezembro de 1994.
- _____. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, maio/jul. 1994.
- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* estudos de direito constitucional. São Paulo Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. 478 p.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra Coimbra, 1996. T. II: Constituição e inconstitucionalidade, 546 p.
- _____. *Manual de direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra Coimbra, 1998. T. IV: Direitos fundamentais, 485 p.

- MORAES, Maria C. Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro Renovar, 1997, p. 169-194.

- MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 2, não paginado, jun. 99 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro Forense, 1998. 509 p.

- MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. de Ana Cecília Simões. Lisboa Gradiva, 1996. 206 p.

- MÜLLER, Friedrich. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos. Trad. provisória de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, de 4 a 8 de setembro de 1994, p. 100-106.
- _____. *Discours de la méthode juridique*. Trad. de Olivier Jouanjan. Paris Presses Universitaires de France, 1996. 438 p.
- _____. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre Síntese, 1999. 104 p.

- NOZIKC, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro J. Zahar, 1991. 395 p.

- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. Porto Alegre EDIPUCRS, 1993. 108 p.

- OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Varrialle et al. 4. ed. Brasília Edunb, 1992. V 1, p. 597-605.

- OTTO Y PARDO, Ignacio de. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. In: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid Civitas, 1988, p. 93-172.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos y derechos fundamentales*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 423 p.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo Martins Fontes, 1996. 722 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid Tecnos, 1995. 231 p.
 - PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid Tecnos, 1999. 568 p.
- PLATÃO. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo Nova Cultural, 1997. 352 p. (Os pensadores)
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo Martins Fontes, 1997. 708 p.
- _____. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo Ática, 2000. 430 p.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México Porrúa, 1981. 360 p.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre S. A. Fabris, 1999. 88 p.
- RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. *Racionalidad y conciencia trágica la modernidad según Max Weber*. Madrid Trotta, 1996. 222 p.
- RUBIO LLORENTE, F. La Constitución como fuente del Derecho. In: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Madrid Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
 - RUBIO LLORENTE, Francisco et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales doctrina jurisprudencial*. Barcelona Ariel, 1995. 793 p.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Igualdade perante a lei e “due process of law” *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XLV, v. CXVI, fascículo 537, p. 357-67, mar. 1948.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1998. 386 p.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. de José M^a Beneyto Pérez. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1985. 287 p.
- SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra Almedina, 1994. 268 p.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1987. 909 p.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1995. 181 p.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. de Róbson Ramos dos Reis et al. 2. ed. Petrópolis Vozes, 1997. 430 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v. XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. de Arantxa Azurza. Madrid Civita, 1988. 114 p.