

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES**

EMANUEL DE MELO FERREIRA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Fortaleza
2006**

EMANUEL DE MELO FERREIRA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade Federal do
Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glauco
Barreira Magalhães Filho

**Fortaleza
2006**

EMANUEL DE MELO FERREIRA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade Federal do
Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glauco
Barreira Magalhães Filho

Apresentada em ___/___/____ .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)

Prof. Reginaldo Rodrigues da Costa (UFC)

Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade (Procurador do Estado do Ceará)

Para meus amáveis pais, Gizeuda e Wilton,
e para minha querida irmã, Sara. Sem eles,
só existiria o nada.

Agradecemos ao Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho por toda a orientação, que vem desde os tempos de nossa monitoria; ao Dr. Ubiratan, pela atenção a nós despendida na Procuradoria Geral do Estado; ao Prof. Reginaldo Rodrigues, pela consideração em participar da banca examinadora deste trabalho;

Aos colegas de curso, representados pelos ilustres juristas Davyd “Tony” Castro, Francisco “Ivanção” Ivan e Samuel “Seraloc” Corales, amigos que sempre, paciente e gentilmente, nos ajudaram ao longo desses quatro anos na Faculdade de Direito;

À tia Chaguinha, pelo apoio na formação de nossa bibliografia;

Especialmente à Myrlla, por tudo...

(...)

- Então...conhece as regras, Senhor dos Sonhos? Se você vencer, eu devolverei o elmo...se perder, você servirá como brinquedo do inferno por toda a eternidade. Escravo.

- Eu entendo.

- Muito bem, dou o primeiro lance. Sou um lobo horrendo, um predador letal espreitando sua presa.

- Minha vez! Sou um caçador montado a cavalo, espetando o lobo.

(...)

- Sou uma mosca picando o cavalo e derrubando o caçador.

- Sou uma aranha de oito pernas devorando a mosca.

- Sou uma cobra venenosa devorando a aranha.

- Sou um búfalo de patas pesadas esmagando a cobra.

(...)

- Sou uma antraz, uma bactéria carniceira devorando a vida.

(...)

- Sou um mundo flutuando no espaço, nutrindo a vida.

- Sou uma nova explodindo, cremando planetas.

- Sou o Universo, cercando tudo, abraçando toda a vida.

- Eu sou a anti-vida, a besta do julgamento. Sou a escuridão no fim de tudo. O fim de universos, deuses, mundos...de tudo. Então, Mestre dos Sonhos, o que você é?

- Sou a esperança.

- Oh. Então eu sou...eu...eu...eu...não sei.

(...)

(GAIMAN, Neil. Sandman nº 04: uma esperança no inferno. In: Prelúdios e noturnos. Tradução de Ana Ban. 1ª ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005. p. 16-20)

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar o choque de direitos fundamentais no caso concreto e como o intérprete deve proceder para solucioná-lo. De fato, tal conflito é bastante peculiar, pois a fonte ética daqueles direitos é o princípio da dignidade humana, o que os faz possuírem igual hierarquia, não existindo um melhor ou mais importante do que outro. Logo, havendo um conflito entre eles, não se pode, simplesmente, excluir um dos direitos colidentes, pois a norma que enuncia um direito fundamental tem estrutura de princípio. Assim, deparando-se com esse tipo de conflito, o intérprete deve valorar no caso concreto cada princípio envolvido, sopesando-os de modo a conciliá-los, pois seria extremamente danoso para a sociedade o afastamento completo, num primeiro momento, de um deles. Para alcançar esse fim, o intérprete deve utilizar o princípio da proporcionalidade, realizando uma harmonização ou concordância prática em cada caso concreto. Conclui-se ressaltando a importância da correta solução da colisão de direitos fundamentais, pois assim se está protegendo a dignidade da pessoa humana, ganho inestimável do constitucionalismo moderno.

Palavras-chave: Sopesamento de valores, dignidade da pessoa humana.

Abstract

This monograph has the propose of analyzing the fundamental rights collision in a concrete case, and how the interpreter must proceed to solve it. In fact, this conflict is very peculiar, because the ethical source of those rights is the human person's dignity, which makes them have the same hierarchy, not existing one more important than the other. Therefore, happening a conflict between them, it is not possible, simply, to exclude one of the fundamental rights, because the norm that enunciate it has the structure of a principle. In such case, the interpreter must value each principle involved in the concrete conflict, balancing them, because would be extremely painful to society the complete removal of one of them, in a first moment. To reach that purpose, the interpreter must use the proportion principle, making an harmonization in each concrete case. The correct solution of the fundamental rights collision is very important to protect the human being dignity, an invaluable gain of modern constitutions.

Key-words: balancing, human being dignity.

SUMÁRIO

Introdução,

- I **CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS, 12**
 - 1. Apresentação do tema, 12
 - 2. Constituição e suas acepções, 12
 - 2.1 Acepção sociológica, 13
 - 2.2 Acepção política, 14
 - 2.3 Acepção jurídica, 14
 - 3. Compreensão dos direitos fundamentais, 15
 - 3.1 Conceituação, 16
 - 3.2 Características, 16
 - 3.3 Classificação, 17
 - 3.3.1 Direitos fundamentais na constituição federal brasileira, 17
 - 3.3.2 Direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade, 18
 - 4. Norma constitucional de direito fundamental, 19
- II **DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, 20**
 - 1. Apresentação do tema, 20
 - 2. Da hermenêutica jurídica clássica à nova hermenêutica constitucional, 20
 - 2.1 Interpretação confunde-se com hermenêutica?, 20
 - 2.2 Origens históricas da nova hermenêutica constitucional, 22
 - 2.3 Regras e princípios, 24
 - 3. Os Princípios de Interpretação especificamente constitucional, 25
 - 3.1 Princípio da unidade da constituição, 25
 - 3.2 Princípio do efeito integrador, 27
 - 3.3 Princípio da máxima efetividade, 27
 - 3.4 Princípio da força normativa da constituição, 28
 - 3.5 Princípio da repartição ou conformidade Funcional, 28
 - 3.6 Princípio da interpretação conforme a constituição, 29
 - 3.7 Princípio da harmonização prática, 31
- III **RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 33**
 - 1. Apresentação do tema, 33
 - 2. Análise preliminar – determinação do âmbito de proteção do direito, 33
 - 3. Limitações diretas ou expressamente constitucionais, 34
 - 4. Limitações indiretamente constitucionais ou legais, 35
 - 4.1 Reserva de lei não qualificada, 36
 - 4.2 Reserva de lei qualificada, 37
 - 5. Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos, 37
 - 5.1 Cláusula da comunidade, 38
 - 5.2 A teoria dos limites horizontais, 38
 - 6. Restrições excepcionais: estado de defesa e estado de sítio, 40
 - 6.1 Aspectos gerais, 40
 - 6.2 Direitos fundamentais excepcionalmente restritos, 42
- IV **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 44**
 - 1. Apresentação do tema, 44
 - 2. Concorrência e colisão de direitos fundamentais, 45
 - 3. Proposta para a solução da colisão de direitos fundamentais, 46
 - 3.1 Colisão com redução bilateral, 47
 - 3.2 Colisão com redução unilateral, 48

	3.3 Colisão excludente, 48
	4. Colisão de direitos fundamentais e limites imanentes, 49
V	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, 51
	1. Apresentação do tema, 51
	2. Aspectos históricos, 51
	3. Subprincípios do princípio da proporcionalidade, 53
	3.1 Adequação, 53
	3.2 Necessidade, 54
	3.3 Proporcionalidade em sentido estrito, 55
	4. Procedimentalização, 55
	5. Fundamento do princípio da proporcionalidade, 57
	6. Proporcionalidade e ofensa à separação dos poderes, 60
	<i>Conclusão</i> , 62
	Bibliografia , 63.

INTRODUÇÃO

Estudar os direitos fundamentais é entrar em contato com o que representa a grandiosidade da vida humana. Verdadeiramente, não se poderia conceber a vida em sua plenitude se os direitos fundamentais não estivessem ao seu lado, sempre almejando propiciar a cada indivíduo o adequado desenvolvimento da sua personalidade, em todas as fases de sua existência. Tal afirmação, apesar de buscar uma comparação com um bem tão amplo e valioso como a vida, não possui nada de exagerada, pois diversas são as hipóteses concretas em que, no desenvolvimento de nossas atividades cotidianas, acabamos por realizar condutas que só seriam possíveis graças à proteção despendida pelos referidos direitos. Ocorre que tais direitos, concretamente, podem-se encontrar em estado de animosidade.

A colisão de direitos fundamentais é tema fascinante e novo, cujo aprofundamento teórico ainda não encontrou seu ápice, uma vez que as pesquisas acerca do mesmo estão se desenvolvendo constantemente. Uma abordagem correta do tema demanda muito cuidado, sobretudo devido a certas vacilações terminológicas ainda existentes, fruto do pueril estudo a que já se referiu.

Determinou-se, ao se projetar a pesquisa sobre o tema, que tais imprecisões não poderiam constituir óbice capaz de macular todo o objeto de investigação, de modo que essas questões deveriam ser abordadas frontalmente, apontando-se uma solução possível e razoável para as mesmas, a fim de tornar claro o deslinde de toda a problemática em torno da colisão de direitos fundamentais. Dessa forma, procurou-se amparo na mais autorizada doutrina, nacional e estrangeira, que se mostrasse capaz de despende um valioso auxílio para a transposição de todas as barreiras encontradas, recorrendo-se, sempre de maneira oportuna, aos entendimentos jurisprudenciais, campo no qual se sobrepõe a atividade dos Tribunais Constitucionais e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, face a ambiência eminentemente constitucional do tema. Apostou-se, destarte, na apresentação conjunta entre teoria e prática, apontando exemplos convincentes e clarificadores ao longo do texto.

Em nossa modesta experiência como monitor da disciplina Hermenêutica Jurídica, entramos em contato com a Hermenêutica Constitucional, iniciando a partir daí nosso interesse em desenvolver o tema da colisão de direitos fundamentais. Em verdade, as aulas do professor Glauco Barreira Magalhães Filho, que humildemente nos orienta neste trabalho, serviram com verdadeiros catalisadores mentais, fazendo surgir

uma vontade crescente em torno desta pesquisa. Assim, além de satisfazer um interesse pessoal consubstanciado na eterna busca pela aprendizagem, almeja-se conceituar precisamente diversos institutos relacionados ao tema, como concorrência de direitos fundamentais ou suas restrições constitucionalmente expressas. Fazendo isso, o caminho para o deslinde da questão principal, a saber, a solução do conflito de direitos fundamentais, tornar-se-á amplamente facilitada, já que os pressupostos básicos estarão solidamente enunciados.

Dividir-se-á o trabalho em cinco capítulos: constituição e direitos fundamentais; interpretação constitucional; restrição aos direitos fundamentais; colisão de direitos fundamentais; e princípio da proporcionalidade, seguindo-se um desenvolvimento lógico.

No primeiro capítulo, abordar-se-á o estudo da ambiência dos direitos fundamentais, qual seja, a constituição, estabelecendo as acepções do termo e a importância de os direitos fundamentais estarem lá presentes.

Em seguida, lançar-se-á as bases da interpretação constitucional, momento essencial e precedente à colisão de direitos fundamentais, necessário para o correto entendimento da mesma.

O terceiro capítulo relaciona as diversas restrições postas aos direitos fundamentais, preparando o caminho para a correta apreensão da colisão de direitos fundamentais, que também constitui uma espécie de restrição aos referidos direitos.

Preferiu-se dar maior destaque ao tema, colocando-o no quarto capítulo, “colisão de direitos fundamentais”. Nesse momento, definir-se-á o fenômeno, estipulando diferenciações entre ele e os limites imanentes, apresentando diversos exemplos e categorias de colisões.

O princípio da proporcionalidade, finalmente, encontra-se no último capítulo por ser tema inseparável à colisão de direitos fundamentais, já que será através da procedimentalização dele que se poderá chegar à solução racional da colisão. Assim, estudar a colisão de direitos fundamentais é também estudar o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO I - CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Apresentação do tema

Perfazer um caminho lógico, caminhando progressivamente até alcançar o fim que se almeja, é uma exigência da arte do bom raciocínio. Dessa forma, como falar de colisão de direitos fundamentais sem estabelecer, num primeiro momento, o que sejam direitos fundamentais? Além disso, como estudar os tais direitos sem analisar, mesmo que basicamente, a ambiência dos mesmos, ou seja, a Constituição?

Procurou-se dar uma visão geral e envolvente sobre ambos os temas, relacionados de maneira inevitável. Tal imbricação entre Constituição e direitos fundamentais terá sua origem histórica abordada no capítulo seguinte, na seção destinada à evolução histórica da hermenêutica jurídica clássica rumo à hermenêutica constitucional. Saliente-se, desde já, que qualquer sentido atribuído à palavra “constituição”, bem como qualquer que seja a concepção que se utilize para determinar o conteúdo da mesma (constituição formal ou material), a idéia de direitos fundamentais lá estará presente, bem como diversos outros conceitos basilares do Estado, como forma de governo, sistema de governo, separação dos Poderes ou a declaração de seus objetivos fundamentais.

2. Constituição e suas acepções

A doutrina constitucional aponta diversos sentidos para a expressão “constituição”, cuja apreensão é importante para se lançar fortes bases capazes de suportar os estudos vindouros. Assim, a palavra pode ser entendida como:

“a) ‘Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo; a *constituição* dos corpos sólidos’; d) ‘Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta’; c) ‘Organização, formação: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma comissão’; d) ‘O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* do dote, da renda, de uma sociedade anônima’; e) ‘Conjunto das normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade’; f) ‘A lei fundamental de um Estado’.¹

Em todos os sentidos apresentados, percebeu-se o caráter de início, formação ou fundação de algo, arrematando a questão na apresentação do último deles, que constituirá o centro dos estudos ora propostos. Declarar que seja a constituição a lei

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 37.

fundamental de um Estado ainda não determina, de forma alguma, qual acepção acerca do sentido da mesma esta-se utilizando. Assim, a lei fundamental de um Estado pode ser entendida numa acepção sociológica, política ou jurídica.

2.1 Acepção sociológica

Pensar a constituição no sentido sociológico é reconhecer nela um caráter de fato social antes mesmo que de norma jurídica. Assim, a origem da ordem constitucional positiva deveria ser procurada na própria realidade social, em seus setores mais profundos. As constituições, dessa forma, não seriam produtos da razão ou meros documentos fruto de formalismos, mas sim o resultado de algo que se encontra em relação concreta e certa com as forças sociais, em determinado lugar e em determinada conjuntura histórica, cabendo ao constituinte a simples tarefa de reunir e sistematizar esses dados num documento formal, que só teria sentido na medida em que correspondesse àquelas relações materiais que representam a verdadeira e efetiva constituição.²

O maior representante do sociologismo constitucional chama-se Lassalle, que critica a concepção jurídica ou normativa da constituição, pois tal tese só seria capaz de explicar como as constituições se formam ou o que fazem, não demonstrando o que elas realmente são, ou seja, desconhece-se sua essência. Esta, por sua vez, seria formada pela “soma dos fatores reais do poder”³, que regeriam determinado país. Tais fatores seria uma força ativa e eficaz que informaria o conteúdo básico das leis e instituições jurídicas da sociedade, desempenhando a função de fonte material das mesmas, sendo que tais fatores converter-se-iam em fatores jurídicos, ou seja, em norma jurídica quando, atendidas certas formalidades, seriam transportados para uma “folha de papel” recebendo expressão escrita. Surgia, assim, a constituição escrita, em contraponto à constituição efetiva ou real, a qual sempre deveria preponderar em relação àquela, já que consubstanciadora das verdadeiras fontes vigentes no país.

Reconhece-se a coerência de tal tese, pois é razoável esperar que uma constituição albergue os anseios da sociedade, analisando os dados sociais necessários para a formação constitucional. Nesse sentido, já se disse que as constituições “são uma

² TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 49. **apud** SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 22.

³ LASSALLE, Ferdinand. *Que es una constitución?* p. 47-48. **apud** SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade ...* p. 23.

fotografia em miniatura da paisagem social. Decalque rigoroso das contradições dialéticas da sociedade, que se consubstanciam numa fórmula de compromisso e harmonia da sociedade”⁴.

2.2 Acepção política

Tal concepção aponta certa faceta do sociologismo, e fora concebida por Carl Schmitt ao estabelecer a constituição como decisão política fundamental. Analise-se, inicialmente, os sentidos do vocábulo “constituição” propostos pelo autor, pois, quando se enunciar a constituição em sentido positivo, chegar-se-á ao centro da concepção schmittiana.

Em sentido absoluto, a constituição confundir-se-ia com o Estado, representando um sistema de normas supremas, normas de normas, normação total da vida do Estado⁵, não se podendo falar em nenhum dispositivo legal a ela superior. Em sentido relativo, ter-se-ia a constituição como uma pluralidade de leis particulares, tendo como traço definidor a forma com a qual ela se originaria, perfazendo-se a constituição em sentido formal, constituição escrita e repleta de leis constitucionais. O sentido ideal, por sua vez, estabelece os anseios futuros do texto constitucional, objetivos que, mesmo de difícil alcance, deveriam sempre ser buscados. Finalmente, o sentido positivo determina a constituição como decisão política fundamental, decisão sobre o modo e forma da unidade política, só se chegando ao conceito de constituição quando se distinguisse esta das leis constitucionais, pois aquela só poderia conter os dispositivos de grande vulto político, como a estrutura de órgãos de cúpula e do Estado ou os direitos do cidadão. Os outros temas, mesmo presentes no texto constitucional, seriam simples leis constitucionais.

2.3 Acepção jurídica

Concebida a constituição como norma jurídica, estabelecendo-a como realidade apartada de qualquer conteúdo sociológico, filosófico ou axiológico. Na subseção relativa à concepção sociológica, lançou-se algumas críticas à tese que ora se comenta,

⁴ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, t.I/65. **apud** SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade* p. 25.

⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade* p. 27.

cujo maior defensor foi Hans Kelsen. Para ele, a constituição deveria ser tomada em dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo⁶. Pelo primeiro aspecto, ter-se-ia a norma hipotética fundamental, cuja função seria servir de fundamento para a constituição jurídico-positiva. Percebe-se o normativismo exagerado do autor, a ponto de buscar um fundamento também normativo para a constituição, deixando de lado qualquer elemento sociológico, político, ou filosófico. A norma fundamental hipotética veicularia um mandamento próximo à: “conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira constituição⁷”. Posicionando-se acerca da acepção jurídica, José Afonso da Silva reconhece que:

“a teoria de Kelsen teve o mérito de revelar a natureza de dever-ser da norma jurídica, mas caiu no exagero do normativismo, que reduz o objeto da ciência jurídica a pouco mais que uma lógica jurídica. Seu formalismo não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica, por sua vez exacerbada pelo sociologismo.”⁸

Após essa breve análise preliminar acerca de critérios básicos do direito constitucional, é possível perceber a relevância que os direitos fundamentais desfrutam nos enunciados constitucionais. Basta ressaltar, por exemplo, que até mesmo na divisão proposta entre constituição e leis constitucionais reconhece-se a inserção dos direitos fundamentais naquela primeira categoria, sabendo-se que lá estariam somente as decisões políticas fundamentais do Estado.

Dessa forma, passa-se ao estudo mais detido dos direitos fundamentais, não restando dúvidas acerca da excelência que é sua situação no âmbito constitucional.

3. Compreensão dos direitos fundamentais

Compreender os direitos fundamentais, mesmo preliminarmente, é entender que eles almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana⁹. Trata-se de uma concepção abrangente, a qual se pode contrapor dizendo que são direitos fundamentais aqueles que o direito vigente os qualifica como

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. v. II/12. **apud** SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade ...* p. 30.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho e del estado*. p. 135. **apud** SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade ...* p. 31.

⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade ...* p. 31.

⁹ HESSE, Konrad. *Grundrechte*. In *Staatslexikon*, v. 2.. **apud** BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 560.

tais¹⁰. Relacionar os direitos fundamentais à liberdade e dignidade humana faz-se chegar “ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789¹¹”. Em verdade, tal declaração fora, até então, a mais grandiosa da história, pois tinha como destinatário de suas disposições o gênero humano.

3.1 Conceituação

É forçoso reconhecer a dificuldade de se conceituar os direitos fundamentais, diversas foram suas denominações através da história. José Afonso da Silva escreveu a respeito que:

“a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.¹²

Esta última designação, no entanto, parece ser a mais precisa, tendo sido até mesmo adotada pela Constituição Federal de 1988, pois nela o caráter de direito fundamental, sem o qual a personalidade da pessoa humana não se realizaria em sua plenitude, faria perecer a própria vida humana. A enunciação ao destinatário na expressão “*do homem*” determina que todos são igualmente beneficiários de tais direitos, independente de raça, sexo, idade, nacionalidade ou qualquer outra forma de discriminação.

3.2 Características

Os direitos fundamentais são *imprescritíveis*, de modo que eles não se perdem pelo transcurso do tempo. Isso ocorre porque tais direitos não ostentam caráter patrimonial, e sim personalíssimos, de modo que eles são também *inalienáveis*, não contendo conteúdo econômico-patrimonial. Como a Constituição os confere a todos,

¹⁰ HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*. apud BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 560.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 562.

¹² SILVA, José Afonso. *Curso* p. 175.

deles não se pode desfazer, pois são *indisponíveis*. São *irrenunciáveis*, não sendo possível ao titular tolerar, mesmo que temporariamente, qualquer abuso do Poder Público que venha, ilegalmente, afrontar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois isso implicaria em renunciar ao seu direito fundamental. Tolera-se, no entanto, a opção pelo não exercício de certos direitos, mas nunca sua renúncia. Pela *universalidade*, tem-se que a abrangência desses direitos engloba a todos os indivíduos, como anteriormente apontamos, independentemente de nacionalidade, sexo, raça, idade ou convicção filosófico-política. A *efetividade* é necessidade inerente aos direitos fundamentais, pois eles precisam de concreção, ou seja, da atuação do Poder Público no sentido de torná-los cada vez mais desfrutáveis por todos. São *invioláveis*, pois seu desrespeito, por parte de determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridade pública podem gerar responsabilização civil, penal e administrativa. A *interdependência* é característica que ficará ainda mais evidente quando apresentarmos o fenômeno da concorrência de direitos fundamentais¹³, pois, apesar das disposições constitucionais consagradoras de direitos fundamentais serem autônomas, apresentam diversas finalidades que se ligam¹⁴.

Característica importantíssima para o tema da colisão de direitos fundamentais é a que discorre sobre a *dupla dimensionalidade* dos direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos apresentariam um âmbito individual ou subjetivo, que costumeiramente são a eles atribuídos, e um outro, objetivo, expressando valores almejados por toda a comunidade política¹⁵. Cite-se como exemplo o direito à inviolabilidade do domicílio. Ao mesmo tempo que se consagra essa garantia individual, estabelece-se situações que visam proteger os valores almejados por toda a comunidade política, legitimando a restrição constitucionalmente posta a tal direito, consubstanciada na possibilidade de se penetrar no lar, mesmo sem a anuência do morador, nos casos de flagrante delito ou desastre ou para prestar de socorro, bem como nos casos de determinação judicial, somente durante o dia.

¹³ Ver capítulo 4, seção 2.

¹⁴ Por exemplo, a liberdade de ir e vir está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*.

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 87-88.

3.3 Classificação

Apresentar-se-á duas classificações aos direitos fundamentais. Através da primeira, prestigiar-se-á a Constituição Federal brasileira e, pela segunda, os ideais da Revolução Francesa.

3.3.1 Direitos fundamentais na constituição federal brasileira

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Pela classificação adotada pelo legislador constituinte, estabeleceu-se, portanto, cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais. Alexandre de Moraes assim os comenta:

“direitos individuais e coletivos – correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a constituição de 1988 os prevê no art. 5º (...); direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º; direitos de nacionalidade – nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento dos deveres impostos; direitos políticos – conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14; direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.”¹⁶

Advirta-se que a localização topográfica de tais direitos na Constituição não pode limitar o reconhecimento de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme mandamento do art. 5º § 2º. Nesse sentido, o rol dos direitos fundamentais acima expostos, principalmente no tocante aos direitos e deveres

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. p. 25-26.

individuais e coletivos, é meramente exemplificativo, podendo-se encontrar a presença de outros direitos fundamentais nos demais capítulos do texto constitucional.

3.3.2 Direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade

Tal classificação é adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷ e apresenta interessantíssimo paralelo com os ideais da Revolução Francesa, ao estabelecer os direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração ou direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade.

O Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes¹⁸, bem destaca este entendimento acerca dos direitos fundamentais:

“enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF – Pleno – MS nº 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de no. 1995, p. 39.206).

BONAVIDES¹⁹ aponta os direitos fundamentais de quarta geração, resultantes da globalização dos direitos fundamentais, que constituiriam “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

4. Norma constitucional de direito fundamental

Saliente-se, finalmente, a importância acerca do reconhecimento da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme preceitua o artigo 5º § 1º da Constituição Federal. Ocorre que tal determinação não pode ser vista de maneira absoluta, pois alguns direitos sociais,

¹⁷ “Direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ/206).

¹⁸ *Op. cit.* p. 27

¹⁹ *Op. cit.* p. 571.

colocados como espécie de direitos fundamentais, apresentam normas de eficácia limitada e aplicabilidade diferida, pois necessitam de norma infraconstitucional integrativa. Dessa forma, o principal guia para a determinação da aplicabilidade de determinado direito fundamental é analisar o que seu próprio dispositivo determina. Pela análise do art. 5º, no entanto, percebe-se a existência de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata ou, quando muito, normas de eficácia contida, que, apesar de apresentarem aplicabilidade imediata, podem ser restringidas por ulterior atividade legislativa, não se concebendo, destarte, direitos e deveres individuais e coletivos determinados por norma de eficácia limitada.

CAPÍTULO II - DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Apresentação do tema

Estudar a interpretação constitucional e seus fundamentos é analisar a insuficiência interpretativa proposta pelos métodos da Hermenêutica Jurídica Clássica no tocante à apreensão do sentido e alcance das normas constitucionais que ostentam a natureza de princípio. Ocorre que os métodos interpretativos clássicos aplicam-se com inteireza somente em relação às normas estruturadas em regras, a saber, normas infraconstitucionais, de modo que relativamente às normas principiológicas, fartamente encontradas num texto constitucional, outros mecanismos ou princípios de interpretação deverão ser utilizados, tamanha a particularidade desta espécie normativa. Os referidos princípios, por sua vez, serão enunciados pela Nova Hermenêutica Constitucional.

A fim de alcançar uma melhor compreensão acerca do presente tema, deve-se, inicialmente, analisar o que vem a ser o processo interpretativo e em que consiste a Hermenêutica Jurídica Clássica, para entender o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional e o fundamento dos princípios de interpretação especificamente constitucional. Advirta-se, desde já, que os métodos clássicos de interpretação, apesar de insuficientes, não são totalmente olvidados quando da análise de um princípio, de modo que o intérprete ainda poderá socorrer-se da interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica. Tais técnicas, no entanto, mostram-se incapazes de apreciar com inteireza e concretude a consagração de um valor inerente às normas principiológicas, que consagram direitos fundamentais, cuja colisão demandará, primeiramente, a necessidade de se interpretar os dispositivos colidentes, a fim de se alcançar a solução para o caso.

2. Da hermenêutica jurídica clássica à nova hermenêutica constitucional

2.1 Interpretação confunde-se com hermenêutica?

Analisando a etimologia do vocábulo “interpretar”, descobre-se sua origem latina e seu significado: “entre entranhas”. Ocorre que a antiga prática dos feiticeiros e

adivinhos de introduzir as mãos nas entranhas de um animal a fim de conhecer o futuro das pessoas fez com que, inicialmente, a atividade interpretativa tivesse um caráter nitidamente aleatório, uma vez que era pautada pelo mero esforço de adivinhação feito pelo “intérprete” da época, sendo que “este processo estava em sintonia com a concepção cosmológica e determinista que se tinha do mundo”²⁰.

A expressão “hermenêutica”, por sua vez, tem origem grega, oriunda, provavelmente, de “Hermes”, o deus mensageiro encarregado de transmitir e fazer compreensível os dizeres dos deuses superiores aos seres situados no plano terreno. Desde já se percebe que ambos os termos têm ligação direta com o entendimento, com a percepção das idéias e significado de determinado fenômeno ou texto. Qual seria, então, a relação entre a interpretação e a hermenêutica jurídica, especificamente?

Há autores que defendem a sinonímia entre os termos, não concebendo praticidade no estabelecimento de distinções, como o faz Miguel Reale, ao firmar que

“(…)parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins.”²¹

A despeito desse entendimento, abonar-se-á a tese que estabelece a distinção entre os termos, pois eles não devem ser tomados como sinônimos, erro constantemente cometido devido a uma incompleta análise da questão. Em verdade, “hermenêutica não é interpretação. A primeira é uma teoria que pensa a interpretação e dita-lhe as regras do acontecer”²². Dessa forma, a hermenêutica tem por fim normatizar o processo interpretativo, ditando as regras para que ele alcance seus objetivos plenamente. Além disso, a hermenêutica também se ocupa da aplicação e integração do Direito. Aplicar o Direito consiste numa atividade complexa de adequação do fato à norma, correlacionando aspectos fáticos, normativos e axiológicos, perfazendo-se, assim, a coordenação axiológica do fato à norma, excluindo, prontamente, qualquer tese silogística acerca da aplicação do Direito, que pode ser definido como uma “vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. p. 33.

²¹ MIGUEL, Reale. *O direito como experiência*. **apud** BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. p. 33.

²² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. p. 17.

valores de convivência”²³. Destacam-se, aí, as dimensões fática (conduta humana), valorativa (valores de convivência) e normativa (realização ordenada) do Direito, só restando conceber sua aplicação como uma realidade que albergue esses três componentes. A integração do Direito, labor também compreendido na atividade hermenêutica, consiste no suprimento das lacunas normativas, pois se sabe que a matéria legislativa é lacunosa, cabendo ao intérprete aplicador do Direito eliminá-las por meio da analogia ou da equidade, conferindo completude ao Ordenamento Jurídico.

Arrematando, ter-se-ia o como objeto da Hermenêutica Jurídica “o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito”²⁴.

2.2 Origens históricas da nova hermenêutica constitucional

Entender o Direito como sinônimo de lei é um reducionismo empobrecedor e perigoso. Empobrecedor porque exclui todo um complexo normativo que não advém unicamente do Estado-legislador e, inegavelmente, constitui Direito, como as normas costumeiras e jurisprudenciais. É também perigoso, pois atribui ao Direito um formalismo exacerbado, diminuindo sobremaneira sua amplitude, à medida que deixa de lado as outras fontes do Direito, tornando-o mera criação estatal e verdadeiro fantoche nas mãos dos governantes. Esse reducionismo chama-se monismo.

A Escola de Exegese difundiu tal pensamento, à medida que fora criada para interpretar o Código Civil Napoleônico, defendido arduamente como uma lei atemporal, imutável e completa, só admitindo, assim, a interpretação literal de suas disposições. Com o passar do tempo, as mudanças sociais começavam a surgir, e as lacunas do Código se tornavam mais visíveis. Inicialmente, tentou-se mascarar sua lacunosidade com o uso da analogia, mas depois se tornou evidente a precariedade do pensamento monista, abrindo espaço para uma teoria muito mais inteligente e humilde, que foi o dualismo. Assinala Arnaldo Vasconcelos:

²³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. p. 607. **apud** VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. p. 90.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. p. 1. O autor também aponta o equívocos de certas diferenciação dos termos hermenêutica e interpretação, também reconhecendo que “esta é a aplicação daquela, a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.” *Ib. Idem*.

“A diferença maior reside em que, enquanto para o monismo o Direito é reduzido ao sistema jurídico do Estado, para o pluralismo o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.”²⁵

A referida humildade decorre do reconhecimento verdadeiro da hegemonia da lei como fonte do Direito, o que decorre do princípio constitucional da legalidade e a inteligência está em não atribuir exclusividade a essa fonte do Direito.

Partindo do reconhecimento dessa hegemonia, tem-se o surgimento dos Estados Legalistas, cujos governantes pautavam suas ações na lei, submetendo-se a elas. O constitucionalismo, à época, era relegado a segundo plano, à medida que se via na lei o instrumento garantidor de todos os direitos, sendo ela capaz de garanti-los contra os arbítrios estatais. A igualdade era vista sob aspecto formal e as liberdades entendidas negativamente, só se podendo fazer o que a lei não proibia.

Com o surgimento de ditaduras amparadas na legalidade, sobretudo durante o regime nazi-fascista, fica clara a fragilidade da lei no tocante à proteção aos direitos. Havia de se pensar uma maneira de proteger os direitos fundamentais dos autoritarismos do Estado. Surge, então, o Estado Constitucionalista ou Estado Democrático de Direito, consagrando a Constituição como lei fundamental capaz de enunciar princípios garantidores dos direitos fundamentais, os quais encontrariam proteção, até mesmo, se determinada lei infraconstitucional tentasse feri-los. Dessa forma, a igualdade passa a ser considerada materialmente, com o Estado realizando ações tendentes a diminuir as desigualdades sociais, tratando os desiguais desigualmente.

Os princípios consagrados pela Constituição teriam caráter de normas vinculantes para todos os poderes, não subsistindo a antiga concepção que os defendia como meros conselhos aos governantes. BONAVIDES aponta esse status adquirido pelos princípios em contraponto às regras, bem como o aspecto político todo especial que a norma constitucional possui, pois ela:

“(...) rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta de ação aos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.”²⁶

²⁵ *Teoria da norma jurídica*. p. 244.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 461

Assim, tornou necessário o surgimento de uma Nova Hermenêutica capaz de apreender com inteireza a enunciação de um valor, inerente às normas principiológicas, o que faz imperioso diferenciar regras e princípios.

2.3 Regras e princípios

Exaltou-se, anteriormente, que os métodos clássicos de interpretação são úteis, mas insuficientes para a interpretação das normas constitucionais. Demonstrar-se-á a veracidade de tal afirmação partindo-se da diferenciação entre as normas estruturadas em regras e normas com estrutura de princípio.

A Hermenêutica Jurídica Clássica foi concebida numa época na qual o Direito possuía base eminentemente privatística, propondo técnicas de interpretação destinadas às regras jurídicas, ou seja, a normas que determinavam um fato, prescrevendo uma conduta a ser seguida pelo homem, bem como uma sanção em caso de descumprimento de seu preceito primário. As normas infraconstitucionais seguem essa caracterização, sendo dotadas de uma generalidade atenuada, se comparada aos princípios. Quando duas regras colidem ocorre uma antinomia, que deve ser combatida sob pena de fazer ruir o princípio da coerência do Ordenamento Jurídico, pautado no princípio lógico da não-contradição: “uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto”. Ora, uma conduta é lícita ou ilícita, não se admitindo um meio termo, pois o que ocorre é uma contradição, que será corrigida com a eliminação de um dos pólos conflitantes.

Os princípios, por sua vez, encontram sua ambiência natural no texto constitucional²⁷, pois são dotados de alto grau de generalidade e abstração, tendo o papel de fundamentar as regras. Pode-se dizer, assim, que estas são posteriores aos

²⁷Luís Roberto Barroso aponta uma classificação para os princípios constitucionais, sempre sem qualquer pretensão exaustiva. De qualquer modo, tal iniciativa é interessante para se procurar estabelecer uma certa visão sistêmica sobre o tema. Assim, seriam princípios constitucionais fundamentais o princípio republicano (art. 1º, *caput*), princípio federativo (art. 1º, *caput*), princípio do Estado democrático de direito (art. 1º *caput*), princípio da separação dos Poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV). Também se contemplam os chamados princípios gerais, formados pelo princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º II e diversos incisos do art. 5º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.); princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da segurança jurídica (art. 5º XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Finalmente, identifica como princípios setoriais o princípio da legalidade administrativa, moralidade, impessoalidade, publicidade (todos do art. 37, *caput*); princípio do concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, II), etc. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 157-160.

princípios, cuja função é alicerçá-las. Os princípios carecem de concretude, pois sua realização prática só ocorrerá no caso concreto, devendo-se trazer à colação os ensinamentos da hermenêutica existencial, utilíssima neste campo de estudo, para a qual a atividade interpretativa só se perfaz no caso concreto com a aplicação de determinado princípio. As normas principiológicas enunciam um valor, não um fato, e da colisão de princípios não se pode excluir arbitrariamente um deles, pois todos possuem a mesma hierarquia e fonte ética, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, enunciado no artigo 1º inciso III da Constituição Federal, sendo que tal conflito gera uma contrariedade, cuja solução se dá através da busca de um meio-termo ou solução de compromisso. Tal desiderato é alcançado com a utilização do princípio da proporcionalidade, fundamento formal da Constituição, que determinará qual dos princípios deverá ser relativizado no caso concreto. Diferenciam-se, ainda, ontologicamente, “ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para as regras”²⁸ Exemplificando esta última diferenciação, tem-se o referido princípio da proporcionalidade, implicitamente positivado em nosso ordenamento constitucional, pois “flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”²⁹.

3. Os Princípios de interpretação especificamente constitucional

A doutrina constitucional, costumeiramente, aponta sete³⁰ princípios de interpretação especificamente constitucional, a saber: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da força normativa da constituição, princípio da repartição funcional, princípio da interpretação conforme e princípio da concordância prática. Estudar-se-á os princípios

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 76.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 436. Sobre o tema, ver capítulo V.

³⁰ Entre eles: CANOTILHO, J.J. *Op. cit.* p. 1223-1228; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 94-100; MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. p. 79-81; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 77-82; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. p. 44-47. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* cap. 2. Este autor, no entanto, abrange mais seu campo de estudo, incluindo os princípios da supremacia da constituição e princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Também é interessante notar que ele aborda o princípio da concordância prática a partir do princípio da unidade da constituição, o que mostra a maior importância deste.

de interpretação propostos pela Hermenêutica Constitucional procurando conferir-lhes um entendimento prático, mostrando como se deve entendê-los concretamente.

3.1 Princípio da unidade da constituição

Sabe-se que o Ordenamento Jurídico é pleno por ser uno, coerente e completo. Ele encontra unidade porque decorre da Constituição, que também é una, tendo sua unidade compreendida na imposição de se interpretar suas disposições de modo a fazer com que elas se compatibilizem entre si, não se admitindo que perdurem entendimentos contraditórios em seu próprio corpo normativo. A unidade da Constituição fundamenta-se formalmente através do princípio da proporcionalidade, que determinará a solução ideal numa colisão de direitos fundamentais, adiante analisada. Materialmente, ela se fundamenta através do princípio da dignidade da pessoa humana, fonte ética de todos os direitos fundamentais.

A busca pela unidade da Constituição revelará um caminho que o intérprete deve buscar sempre partindo de uma norma em busca de seus valores gerais, “expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores”³¹. O mais alto valor outrora referido traduz a ideologia básica de uma Constituição, servindo como vetor interpretativo nos moldes da “pré-compreensão”³² de Gadamer, e está estampado no “Preâmbulo” e no artigo 1º da Lei Maior, tratando-se do Estado Democrático de Direito. É através deste, por exemplo, que se exige a necessidade das decisões judiciais serem obrigatoriamente fundamentadas, exigência que se coaduna com os mais altos valores democráticos, já que a atividade judicante não goza, num primeiro momento, de legitimação social, diferentemente da atividade legislativa, devendo as razões de uma sentença serem amplamente aduzidas a fim de o juiz obter tal legitimação.

Além disso, o princípio da unidade da Constituição determina a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais, conforme se depreende do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 76.

³² MAGUALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição.* p. 42.

impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.”³³

3.2 Princípio do efeito integrador

A Constituição alberga os valores básicos aspirados pelos mais diversos segmentos da sociedade, movida que é pelo princípio democrático. Dessa forma, deve-se interpretar suas disposições de modo a conferir um sentido cada vez mais voltado para a integração social. Neste momento percebe-se a imbricação deste princípio com o anterior, pois reforça a unidade política.

3.3 Princípio da máxima efetividade

É também chamado de máxima eficácia, cujo sentido pode diferir de efetividade, pois o significado deste termo faz referência à realização prática de um valor, sendo este fim alcançado quando ele se realiza com a maior efetividade possível no caso concreto. A eficácia, por sua vez, não estaria ligada diretamente a um princípio, mas a uma regra. Seja como for, o intérprete deve pautar sua atividade tendo em vista a atribuição da maior eficácia possível a uma norma constitucional, relembrando-se a advertência anteriormente posta no que tange a inexistência de preceitos constitucionais que sejam meros conselhos, exortações morais ou promessas para futuramente serem cumpridas pelas autoridades públicas. Vejamos um interessante caso prático para a utilização deste princípio.

A terceirização é um procedimento adotado facultativamente por um ente público, como o Estado, por exemplo, afim de delegar a uma entidade de natureza jurídica privada, contratada mediante regular processo licitatório, a consecução de uma atividade que não seja essencial àquele ente, como os serviços de limpeza de prédios públicos. Nessa relação o ente público figura, no máximo, como mero responsável

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 28/03/1996. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312.

subsidiário pelos encargos trabalhistas, compreendendo estes as verbas direta e imediatamente resultantes da relação de emprego. Não obstante essa delimitação de responsabilidade, é comum o ajuizamento de Reclamações Trabalhistas contendo pedido de condenação ao pagamento de multas por parte da entidade pública, em virtude da inobservância, por parte da empresa contratada, de alguma formalidade legal, como, por exemplo, o prazo para pagamento das verbas rescisórias.

Sabe-se que em nosso ordenamento as multas são tratadas como espécies do gênero pena, de acordo com o artigo 5º XLVI alínea “c” da Lei Fundamental. Ora, se tal inadimplemento realmente ocorre, não há que se falar em responsabilização do tomador dos serviços, em decorrência do princípio constitucional da intranscendência das penas, pois de acordo com o artigo 5º inciso XLV da Constituição Federal, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, cabendo, portanto, somente a responsabilização da entidade contratada. Poder-se-ia, ao realizar interpretação meramente literal do dispositivo, objetar que tal princípio só teria aplicação no âmbito penal, pois faz referência a “pessoa do condenado”. É neste momento que se faz mister a utilização do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, afim de lhes conceder a exegese que lhes confira maior grau de abrangência e eficácia.

Aplicado ao caso sob exame, o postulado da máxima efetividade induz a conclusão de que o princípio da intranscendência das penas deve ser aplicado a todos os ramos jurídicos, alcançando, indistintamente, toda e qualquer penalidade pecuniária. Ilação diversa equivaleria a enfraquecer as disposições constitucionais, pois se estaria limitando o sentido das mesmas. Desarrazoado supor, portanto, que possam ser transferidos a terceiro (responsável subsidiário) os efeitos de penalidade imposta, com caráter de pessoalidade, ao autêntico empregador (fornecedor de mão-de-obra).

3.4 Princípio da força normativa da constituição

Anteriormente referido, quando da análise do surgimento do Estado Constitucionalista, deve-se entender os princípios como normas vinculantes às atividades administrativas, legislativas e judicante, não mais se admitindo a idéia de eles sejam meros conselhos. Além disso, sabe-se que os valores vivenciados pela sociedade sofrem constantes mudanças ao passar do tempo, de modo que o intérprete

deve atentar para esse fato e atualizar a interpretação dos valores constitucionalmente enunciados a fim de que eles não percam sua normatividade.

3.5 Princípio da repartição ou conformidade funcional

Quando outrora citamos o Professor Paulo Bonavides (subseção 2.2 deste capítulo), ressaltamos o aspecto político da norma constitucional, pois ela também organiza e estrutura os poderes, atribuindo competências e determinando funções a eles e aos órgãos públicos. O intérprete deverá guiar-se estritamente por essas prescrições conferidas pela norma, a fim de não elastecer interpretativamente uma disposição constitucional que nem mesmo o Poder Constituinte Originário prescreveu expressamente. A utilização do princípio deve ser cuidadosamente observada pelos Tribunais Constitucionais,

“(…) nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.”³⁴

3.6 Princípio da Interpretação conforme a constituição

Determinada lei poderá comportar mais de uma interpretação, sendo que algumas delas podem torná-la inconstitucional ou constitucional. Analisando o dispositivo, o órgão julgador poderá afastar ou conceder um desses possíveis sentidos a fim preservar a constitucionalidade da lei atribuindo a ela uma interpretação que a torne constitucional. Sob esse aspecto, a interpretação conforme a Constituição é muito mais um “princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”.³⁵

Concebe-se este princípio somente nos ordenamentos que adotem Constituição rígida, pois se reconhece a supremacia das normas constitucionais e sua hierarquia superior, demandando o respeito das normas infraconstitucionais. O princípio floresceu na Alemanha, tendo os julgados da Corte Constitucional de Karlsruhe desempenhado papel de suma importância em sua caracterização.

³⁴ CANOTILHO, J.J. *Op. cit.* p. 1225.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 518

O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) determina que não se deve declarar a inconstitucionalidade de determinada lei sempre que esta comportar um sentido que se coadune com os valores básicos da Lei Fundamental. Tendo em vista esse fim, o intérprete deve ter muito cuidado ao utilizá-lo, pois há certos perigos envolvidos em seu uso. Se por um lado ele privilegia a atividade legislativa, conscientizando os julgadores que eles devem, sempre que possível, exaltar a atividade legislativa, respeitando-a, é, por outro lado, também notável sua má utilização quando os julgadores sucumbem à tentação de se “transformarem” em legisladores, julgando contra a literalidade da lei e atribuindo um sentido constitucional que, definitivamente, a norma não ostenta. Estar-se-ia diante, portanto, de verdadeira invasão de competência, nefasto vício a ser evitado a todo custo, pois o Judiciário estaria legislando indevidamente.

Sabe-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é medida drástica, mas que só deve ser adotada após esgotadas todas as outras tentativas de compatibilizá-la com a Constituição. Mesmo assim, não se deve enxergar constitucionalidade onde, efetivamente, ela não subsiste, devendo-se o intérprete, nesses casos de dúvida, se socorrer do seguinte princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria, citado por Paulo Bonavides³⁶: “a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional”.

Analisando a utilização do princípio pelo Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes vislumbra que:

“o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que denomina interpretação conforme com redução de texto, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional.”.³⁷

Vejam os exemplos concernentes à utilização da Interpretação Conforme a Constituição sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, houve evidente mudança na competência da Justiça do Trabalho, alterando fortemente seu limite jurisdicional. Uma dessas mudanças diz respeito à competência para julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração

³⁶ *Idem.* p. 519.

³⁷ *Op. cit.* p. 46

pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme se lê do art. 114, I da Constituição Federal.

Tal redação trouxe à baila, novamente, fortes divergências acerca do alcance da expressão “relação de trabalho”, vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, à época da redação original do art. 114 da CF, já sentenciava que determinado dispositivo da Lei 8.112/90 era inconstitucional, pois a expressão “relação de trabalho não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes o regime é o ‘estatutário’ e não o ‘contratual trabalhista’”³⁸. Disse mais o Min. CARLOS VELLOSO, no julgamento da mesma questão:

“(…) Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente. (...)”.

Dessa forma, não se pode conceber como competência da Justiça do Trabalho a análise de questões relativas aos servidores públicos, e se afirma isso pautado na doura decisão do Ministro Cezar Peluso, abaixo transcrita, in verbis:

“Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a “(...) apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Publique-se.”³⁹.

Clara está, portanto, a utilização do princípio pelo Supremo Tribunal Federal e a serventia que ele ostentou no referido julgado.⁴⁰

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 492. Relator Min. Carlos Velloso. Trecho do voto do Min. Celso de Mello.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade (Méd. Liminar) 3395-6, Brasília, 27 de janeiro de 2005.*

⁴⁰ Colacione-se, devida a importância do tema, mais dois julgados referentes à interpretação conforme: “A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado.”(STF, RTJ 144/146, ADIn 581-DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Transcrição feita do voto do Min. Celso de Mello). “Se a única interpretação possível para compatibilizar

3.7 Princípio da harmonização prática

É utilizado quando ocorre uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto, tamanha as particularidades envolvidas nesta questão. De fato, tal conflito é bastante peculiar, pois a fonte ética daqueles direitos é o princípio da dignidade humana, o que os faz possuírem igual hierarquia, não existindo um melhor ou mais importante do que outro. Logo, havendo um conflito entre eles, não se pode, simplesmente, excluir um dos princípios colidentes, como ocorre num conflito de regras (antinomias), pois a norma que enuncia um direito fundamental tem estrutura de princípio, dotada de maior grau de abstração, caráter de fundamentalidade e maior proximidade da idéia de Direito e da exigência de justiça.

Assim, deparando-se com esse tipo de conflito, o intérprete deve valorar no caso concreto cada princípio envolvido, sopesando-os de modo a conciliá-los, pois seria extremamente danoso para a sociedade o afastamento completo, *prima facie*, de um deles. Para alcançar esse fim, o intérprete deve utilizar o princípio da proporcionalidade, que constitui fundamento formal da Constituição, realizando uma harmonização ou concordância prática em cada caso concreto. O princípio da proporcionalidade relaciona dois elementos - meios e fins - na situação de fato, e se divide em três subprincípios: adequação (o meio deve ser apto para atingir o fim), exigibilidade (o meio escolhido deve ser o que importar menor sacrifício para os direitos fundamentais restringidos) e proporcionalidade em sentido estrito (quando se aponta o meio que soma mais vantagens). Conclui-se ressaltando a importância da correta solução da colisão de direitos fundamentais, pois assim se está protegendo a dignidade da pessoa humana, ganho inestimável do constitucionalismo moderno. O tema será aprofundado nos capítulos IV e V.

a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. (STF, RT – CDCCP 1/314, Rep. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves).”

CAPÍTULO III - RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Apresentação do tema

Após conceituar e apresentar as linhas gerais delineadoras dos direitos fundamentais e dos princípios de interpretação constitucional, inicia-se um estudo extremamente importante para o estudo da colisão de direitos fundamentais, qual seja, analisar os diversos tipos de restrições ou limitações postas àqueles direitos. Tal importância justifica-se pela necessidade de se fazer uma diferenciação precisa entre os tipos de limitações, a fim de tornar mais fácil a compreensão do que venha a ser a colisão de direitos fundamentais, evitando-se, desse modo, confusões desnecessárias.

Dessa forma, estudar-se-á, inicialmente, as restrições tradicionalmente apontadas pela doutrina, quais sejam, as limitações diretas ou expressamente constitucionais, as indiretas ou decorrentes de lei e a problemática em torno dos limites iminentes ou dos limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Por último, apresentar-se-á as restrições determinadas pelo regime constitucional de exceção, consubstanciado no estado de sítio e de defesa, conforme as disposições pertinentes à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, constantes no Título V de nossa Lei Maior.

2. Análise preliminar – determinação do âmbito de proteção do direito

“Só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos.”⁴¹ Assim, é necessário, preliminarmente, estabelecer tal seja esse campo de proteção constitucionalmente estabelecido. Essa tarefa é solucionada analisando cada norma garantidora de direito fundamental isoladamente, em referencia ou não a uma determinada lei infraconstitucional que se propõem a, eventualmente, restringi-la. Assim, se uma lei proíbe a divulgação de informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral tendo em vista que tal sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, não há de se cogitar ser tal lei inconstitucional por estar perpetrando invasão indevida no âmbito de proteção do direito fundamental, pois tal

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1275.

ressalva – sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – está constitucionalmente estabelecida no artigo 5º inciso XXXIII da Constituição Federal brasileira, de modo que o âmbito de proteção do direito fica determinado a todas as informações cuja divulgação não impliquem na ressalva posta⁴².

Após essa análise, pode-se estabelecer com mais segurança qual tipo de restrição se apresenta ao intérprete. Assim, se a constituição direta e expressamente prevê uma limitação, esta-se diante de um limite constitucional exposto. Por outro lado, se ela delega competência para a lei infraconstitucional eventualmente limitar o direito fundamental, depara-se com a limitação indiretamente constitucional ou legal. Podem ocorrer, ainda, casos em que a constituição não autorize nenhuma das situações acima discriminadas, mas, mesmo assim, tal limitação implícita ou não prevista constitucionalmente deve operar-se, justificando-se face à existência de conflitos de direitos, necessitando-se, portanto, de solução.

3. Limitações diretas ou expressamente constitucionais

Tal limite é expressamente posto na própria norma de direito fundamental, podendo apresentar-se em parágrafo apartado, o que torna ainda mais fácil sua percepção. Assim, após garantir a inviolabilidade do lar (art. 5º XI), nele só se podendo entrar ou permanecer com o consentimento do morador, a própria norma constitucional apresenta ressalvas, ou seja, situações as quais legitimam a entrada no domicílio alheio mesmo sem o consentimento outrora devido, tendo em vista o flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, bem como quando houver determinação judicial, só se admitindo a entrada, neste caso, durante o dia. Com essas sábias ressalvas, demonstra-se a preocupação em não fazer dos direitos fundamentais uma garantia exageradamente absoluta, a ponto de encobrir atividades ilícitas, referentemente ao flagrante delito. Além disso, ponderou-se que a superveniência de desastre, ensejando a urgente prestação de socorro a fim de preservar o direito a vida de terceiros só poderia ser alcançada mediante a diminuição do âmbito de proteção do direito à inviolabilidade do

⁴² CANOTILHO cita mais dois interessantes exemplos, referentes à liberdade de profissão e de reunião, garantidos, respectivamente, no art. 5º incisos XIII e XVI da Constituição Federal brasileira. No primeiro caso, o autor delimita o âmbito de proteção do direito à liberdade de profissão às atividades lícitas, de modo que eventual lei proibitiva do contrabando não seria verdadeiramente uma “lei restritiva da liberdade de profissão, pois o âmbito desta não se estende a actividades criminosas ou ilícitas; do mesmo modo, uma lei proibitiva de reuniões armadas não é, em rigor, uma lei restritiva do direito de reunião, pois é a constituição a estabelecer expressamente como elemento constitutivo do - *Tatbestand* - direito de reunião a sua natureza pacífica”. *Idem.* p. 1276.

lar, a ponto de não torná-la uma garantia egoística. É notável, também, a relação que se guarda com as limitações constitucionais e a dupla dimensionalidade inerente aos direitos fundamentais⁴³. Em verdade, se há um interesse subjetivo a ser protegido através da inviolabilidade do lar, determinada pela primeira parte da norma em tela, há também, no mesmo nível, um interesse objetivo ou social na manutenção da paz e segurança pública.

Já é possível perceber a estrutura da norma constitucional que determina este tipo de limitação. Destarte, tais normas são, ao mesmo tempo, garantidoras e limitadoras de um direito, como ocorre também com o dispositivo que garante a liberdade de reunião (art. 5º inc. XVI) e, logo em seguida, projeta os seguintes limites: desde que seja reunião sem armas e não frustre reunião previamente estabelecida para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.⁴⁴ Comente-se, finalmente, que se o legislador reproduzir em determinado texto legal uma limitação expressamente constitucional, não se estará criando limite algum, perfazendo-se mera declaração do limite constitucionalmente expresso.⁴⁵

4. Limitações indiretamente constitucionais ou legais

O direito fundamental também pode sofrer restrição decorrente de lei infraconstitucional, já que, como vimos anteriormente⁴⁶, as normas constitucionais podem apresentar aplicabilidade diferida, quando ostentam eficácia limitada, ou, mesmo

⁴³ Ver capítulo I seção 3 subseção 2.

⁴⁴ Os exemplos de restrições constitucionalmente expressas se multiplicam, como podemos notar pela análise do elenco de direitos postos nos seguintes incisos artigo 5º da CF/88: I; IV; V (anote-se que se a resposta não é proporcional ao agravo, ela deve ser invalidada, de modo que o direito à resposta encontra limite nessa proporcionalidade); VIII (garante-se a intangibilidade dos direitos frente à convicção filosófica ou política ou por motivo de crença religiosa, restringindo-os, no entanto, se as prestações alternativas não forem prestadas); XI; XIV; XXI; XXIII; XXIV (a garantia de justa e prévia indenização em dinheiro no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social pode ser elidida em casos previstos na própria constituição, como se lê no artigo 184, no qual se prescreve o pagamento em títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até vinte anos); XXV (juntamente com o inciso XXIII, tem-se outra restrição ao direito de propriedade); XXVI; XXXIII; XL; LI (restringe-se, neste caso, a garantia da não extradição somente em relação aos brasileiros naturalizados, somente nos casos ali previstos); LXVII; LXIX (só se concede mandado de segurança para proteger direito líquido e certo desde que tal direito não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, dentre outros requisitos).

⁴⁵ A título de curiosidade, há quem entenda não existir tais limites expressamente constitucionais. Ocorreria, na verdade, situações nas quais o legislador constituinte achara por bem descrever o suporte fático do direito fundamental de forma mais minudente, especificando uma área de não-direito que excluiria o âmbito de proteção do direito fundamental. Para mais detalhes, consultar STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p.30-31.

⁴⁶ Ver capítulo I, seção 4.

detendo aplicabilidade imediata, é possível terem sua eficácia contida pela lei. Atente-se, no entanto, que a norma garantidora de direito fundamental pode delegar à lei a tarefa de limitá-lo, como já foi dito, ou conformá-lo. As normas legais conformadoras “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”⁴⁷ Ocorre que pela própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, dotados de alto grau de abstratividade e generalidade, não raro sua atuação em concreto necessita de uma certa clarificação legal, mesmo sabendo que os direitos dessa natureza não possuem eficácia atada a nenhum tipo de lei. Dessa forma, a tarefa do legislador-conformador não necessita de autorização expressa da Constituição, já que não se está restringindo o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, pelo contrário, esta-se fazendo um desenvolvimento normativo do texto constitucional, cuja atividade normativa não poderia ser exauriente. Além disso, esta lei, como qualquer outra, estará sujeita a controle de constitucionalidade, estabelecendo-se, assim, uma efetiva forma de controle.

Pelo que foi demonstrado até o momento, percebe-se que a norma constitucional que contempla uma hipótese de restrição legal possui natureza diversa das normas que apresentam, expressamente, uma limitação. No primeiro caso, as normas constitucionais mencionam um direito fundamental para, em seguida, autorizar à lei sua restrição ou conformação, de acordo com o caso. A reserva de lei constitucionalmente prevista em relação aos direitos fundamentais não se apresenta de uma única maneira, senão vejamos.

4.1 Reserva de lei não qualificada

Ocorre quando a norma constitucional autoriza uma restrição ao direito fundamental sem fixar qualquer pressuposto ou objetivo a ser seguido pelo legislador. Wilson Antônio Steinmetz⁴⁸ apresenta o como exemplo art. 5º XV da Constituição Federal brasileira.⁴⁹ Concordamos com o referido autor, cuja obra nos influencia

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 1263. O autor cita como exemplo as normas do código civil – reguladoras – do direito ao casamento, bem como as normas da lei sobre partidos densificadoras do conteúdo do direito de associação partidária. Advirta-se que termo “conformação” pode ser apresentado de maneira ampla, entendendo-se como qualquer disciplinamento aos direitos fundamentais provenientes de norma infraconstitucional, levando a uma equivalência entre os termos restrição e conformação. Tal equivalência não será por nós utilizada neste estudo, pois tal expediente só geraria dúvidas desnecessárias.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p.35.

⁴⁹ Outros exemplos colhidos pelos incisos do art. 5º: VI, VII, XVIII, XXVIII, XXXII, XLV, LVIII.

sobremaneira, mas entendemos fazerem-se necessários alguns comentários em relação a tal exemplo. Ocorre que a referida norma, em nosso humilde sentir, também apresenta uma limitação constitucional expressa, consubstanciada na expressão “em tempo de paz”. Assim, em tempo de guerra, a liberdade de locomoção no território nacional estaria, desde já limitada, não havendo necessidade de lei restritiva, já que a própria decretação de estado de sítio poderia prever a restrição.

4.2 Reserva de lei qualificada

Configura-se quando a lei restritiva deve seguir um caminho certo, ou seja, perseguir um fim constitucionalmente previsto pela norma de direito fundamental que a autorizou. É correto dizer que há uma lei restritiva, nos moldes anteriormente apresentados, mais um objetivo ou pressuposto a serem observados na feitura do diploma legal⁵⁰.

Advirta-se acerca dos limites postos ao legislador infraconstitucional quando exercita sua competência de restringir um direito fundamental. Tal exercício só é possível mediante autorização constitucional, devendo-se ater estritamente ao que ela dispôs. Além disso, basta analisar os dispositivos constitucionais para perceber o caráter excepcional inerente a tais restrições, fazendo-se necessário um cuidado ainda maior no exercício legiferante, já que subverter uma exceção é relativizar totalmente um direito fundamental⁵¹.

⁵⁰ STEINMETZ apresenta dois exemplos. Primeiramente em relação a um pressuposto a ser atendido, situação que ocorre no art. 5º XIII, pois se garante a liberdade de profissão, ofício ou trabalho, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Assim, a lei deve conter um pressuposto constitucionalmente posto: a qualificação profissional. Quanto aos objetivos a serem perseguidos, tem-se o esposado na segunda parte do art. 5º XII, quando vai tratar das restrições à inviolabilidade do sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, determinando só ser possível, “no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” *Op. cit.* p. 35. Outros exemplos colhidos pelos incisos do art. 5º: XXIX; XLVI.

⁵¹ Nesse sentido de excepcionalidade, deve-se anotar a não existência, na ordem constitucional brasileira da chamada reserva de lei geral. De acordo com STEINMETZ, pode-se colher um exemplo desse tipo de reserva no art. 5º §2º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, cujo enunciado determina que “estos derechos (direitos de liberdade de expressão e de informação) **tienen sus límites em las disposiciones de las leyes generales**, las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud, y el derecho del honor personal (sem negrito no original). Assim ela teria por fim proteger um interesse de caráter geral, não sendo, repita-se, prevista na atual Constituição brasileira. *Op. cit.* p. 36.

5. Limites imanentes ou limites constitucionais não escritos

Conforme anteriormente mencionado na primeira seção deste capítulo, há casos de restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição, mas que se justificam tendo em vista a alta probabilidade de colisão de direitos fundamentais tendente a ocorrer no caso concreto, cabendo à lei tentar se antecipar a eles, como adiante abordaremos ao analisar a relação entre limites imanentes e colisão de direitos fundamentais.

Assente-se, desde já, que tais limites podem ter como alvo até mesmo aqueles direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos sem restrição alguma⁵², pois

“a instituição de direitos fundamentais sem reserva de lei não justifica a conclusão de que há direitos fundamentais absolutos, ilimitados, incontestáveis, não passíveis de restrição legislativa. Seria um equívoco pensar os direitos fundamentais exclusivamente sem sua configuração abstrata, na qual aparecem em perfeita harmonia e concordância.”⁵³

Reconhecendo-se a existência dos limites imanentes, como se pode estabelecer sua fundamentação? Estudar-se-á duas teses que se propõem a esse fim: a que busca fundamento na “cláusula da comunidade”, ou nas determinações da teoria das limitações horizontais.

5.1 Cláusula da comunidade

Canotilho aponta o fundamento básico da cláusula da comunidade, pela qual os limites imanentes “justificar-se-iam em virtude da existência de limites originários ou primitivos que se imporiam a todos os direitos: i) limites constituídos por direitos dos outros; ii) limites imanentes da ordem social; iii) limites eticamente imanentes”⁵⁴. Tal tentativa de justificação merece sérias reticências, pois logo se percebe os perigos envolvidos nas proposições cujo sentido apresenta-se demasiadamente aberto. Em verdade, a referida cláusula peca pela falta de especificidade e exagero na colocação dos citados conceitos jurídicos indeterminados, deixando ao livre arbítrio do legislador a possibilidade de limitação, já que praticamente qualquer situação da vida poderia ser incluída nos conceitos de interesse geral ou limites imanentes da ordem social, limites

⁵² Alguns exemplos colhidos pelos incisos do art. 5º: III; X; XX; XXX; XXXIV; LIII, etc.

⁵³ *Idem.* p. 45.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 1280.

constituídos por direitos de outros ou eticamente imanentes. Desse modo, toda a teoria dos direitos fundamentais estar-se-ia regredindo perigosamente, voltando a um tempo em que os direitos fundamentais gravitavam em torno da lei, quando se sabe que o correto é justamente o oposto. Assim, deve-se refutar esta tese, uma vez que é dotada de alto grau de autoritarismo, pois reduz a nada a garantia dos direitos fundamentais ao se referir a limites quase que inesgotáveis.

5.2 A teoria dos limites horizontais

O próprio nome dessa teoria nos revela a idéia de um limite paralelo a cada direito fundamental, sendo que tal relação de horizontalidade só poderia fazer menção a outros direitos fundamentais, já que, como se sabe, eles ocupam o mesmo plano, não havendo uma relação de hierarquia capaz de fazer surgir alguma espécie de limitação vertical. Dessa forma, os direitos fundamentais postos sem limite constitucional expresso ou reserva de lei também sofreriam restrições, que seriam provenientes de outros direitos fundamentais, que estabeleceriam reservas de “amizade” ou “não danosidade.”⁵⁵

Assiste razão a tal teoria, que busca demonstrar como os direitos fundamentais não são absolutos. Faz-se necessário, no entanto, um apontamento no sentido de que tais direitos postos sem restrições são, num primeiro momento, realmente insuscetíveis de qualquer tipo de restrição mesmo em relação a outros direitos. Posteriormente, no entanto,

“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. Esta otimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma ponderação de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição.”⁵⁶

Para Canotilho, portanto, a questão dos limites imanentes é resolvida pela ponderação de bens, da qual resultará a restrição. Para comprovar sua tese, apresenta o célebre exemplo do pintor que coloca seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso, na tentativa de exercer seu mister artístico. O pintor teria, num primeiro momento, o direito a criação artística, mas, posteriormente,

⁵⁵ *Idem.* p. 1281. O autor aponta como exemplo a liberdade de criação artística, que não pode ser exercida sem a observância dos limites da propriedade.

⁵⁶ *Idem.* p. 1282.

“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.”⁵⁷

A conclusão acima defendida, aproxima, inegavelmente, os limites imanentes da colisão de direitos fundamentais, já que é fácil perceber a situação concreta de conflito. Com isso, é de ser pensar se realmente existe a necessidade de estabelecer como categoria jurídica autônoma a colisão de direitos fundamentais ou os próprios limites imanentes. Em outras palavras, os dois fenômenos jurídicos seriam iguais? Como ainda não aprofundamos o tema acerca da colisão de direitos fundamentais, abordar-se-á a questão numa seção própria no capítulo seguinte.

6. Restrições excepcionais: estado de defesa e estado de sítio

6.1 Aspectos gerais

Pela análise sistemática da Constituição, sempre tendo em vista sua unidade, é forçoso reconhecer que os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos só se aplicam em sua plenitude em tempos de paz, normalidade social e estabilidade institucional. Comprova-se tal argumento ao se estudar o sistema constitucional das crises ou os institutos configuradores do estado de defesa e do estado de sítio. Não fosse assim, a volta à normalidade tornar-se-ia muito mais difícil, senão impossível, pois a reação governamental aos incidentes constitucionalmente previstos restaria bastante prejudicada, tamanha a excepcionalidade da situação. A defesa do Estado e das instituições democráticas, portanto, pode legitimar restrições aos direitos fundamentais.

Denomina-se sistema constitucional das crises o “conjunto de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional⁵⁸.” O primeiro princípio elencado mostra-se expressamente previsto nos artigos 136 §1º e 138 §1º do Lei Fundamental, já que a determinação do tempo de duração das medidas deve estar previsto do decreto presidencial que decretá-la. O princípio da necessidade apresenta-se como real limitador da vontade

⁵⁷ *Ib. Idem.*

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*.p. 34.

governamental em decretar tais situações, já que só são cabíveis nas hipóteses estritamente previstas, mostrando-se verdadeiramente necessária sua adoção.

Tal sistema de crises não se apresenta uniforme nos diversos ordenamentos jurídicos, pois como assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho

“dois sistemas principais são consagrados nas Constituições atuais para enfrentar os períodos de crise política. Um, o que prepondera na Grã-Bretanha e nos Estados que seguem de perto as tradições de seu Direito: é o da ‘lei marcial’; outro, o que se prefere nos países de direito escrito, o ‘estado de sítio’. Além desses sistemas, há um terceiro, menos praticado, o das ‘ditaduras constitucionais’, de que a romana foi o maior exemplo clássico, mas que tem seu equivalente na prática, já moderna, da suspensão da Constituição.”⁵⁹

A atual Constituição brasileira optou pela adoção do segundo sistema citado, com a previsão de um Título⁶⁰ específico para o disciplinamento da questão. Traçando uma evolução histórica dos institutos, Alexandre de Moraes determina que:

“no regime presidencialista brasileiro, desde a primeira Constituição Republicana, de 1981, autoriza-se ao Presidente da República decretar o estado de sítio (art. 80). Manteve-se essa tradição na Constituição de 1934 (art. 56, 13), na Constituição de 1937, apesar da alteração de nomenclatura para estado *de emergência ou estado de guerra* (art. 74, k), na Constituição de 1946, que voltou a utilizar-se na nomenclatura estado de sítio, (art. 87, XIII), na Constituição de 1967 (art. 83, XIV), e, finalmente, na EC nº 01/69 (art. 81 XVI), que previa estado de sítio e de emergência.”⁶¹

Reconhecendo o alto grau de excepcionalidade que norteia tais restrições aos direitos fundamentais, deve-se analisar de forma criteriosa a configuração constitucional do estado de defesa e estado de sítio, para determinar cuidadosamente em quais situações quais direitos podem ser excepcionalmente restringidos. Pela leitura dos dispositivos pertinentes, repletos de conceitos jurídicos indeterminados,⁶², é notável a preponderância do Poder Executivo em relação aos outros Poderes no que tange à deflagração do estado de defesa e do estado de sítio, já que no primeiro caso o

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. p. 333. **apud** MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 32

⁶⁰ Título V: “DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS”, que também trata das Forças Armadas e segurança pública.

⁶¹ *Op. cit.* p. 36.

⁶² O artigo 136 da Constituição Federal estabelece que: “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, **a ordem pública** e a **paz social** ameaçadas por **grave** e iminente **instabilidade institucional** ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. O artigo 137, por sua vez, determina que: “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio, nos casos de: I – **comoção grave de repercussão nacional**, ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (sem os grifos no original).

Presidente da República pode, desde que presente os requisitos constitucionais, decretar o estado de defesa, cabendo, posteriormente, ao Poder Legislativo, através do Congresso Nacional, decidir por maioria absoluta sobre o mesmo. No caso do estado de sítio, sua decretação depende da prévia autorização, também por maioria absoluta, do pedido presidencial feito ao Congresso Nacional. Nota-se, portanto, que apesar de preponderante, a função do Presidente da República não poderia ser abstraída de qualquer controle, mesmo num momento de excepcionalidade. O Poder Judiciário deverá fazer o controle da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade dos decretos acima mencionados, não podendo adentrar no mérito dos mesmos, que se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. A primazia do Poder Executivo nessas situações justifica-se, dentre outras razões, por ser o Presidente da República o órgão que desempenha as ações do Estado, além de deter a chefia das Forças Armadas, possuindo, assim, o elementos necessários para lidar corretamente com a situação de crise.

O intérprete deve ter muito cuidado ao analisar a tipificação constitucional do estado de defesa e do estado de sítio, tendo em vista os já citados conceitos jurídicos indeterminados lá presentes. Dessa forma, deve-se sempre ter em mente que o estado de sítio é composto por situações fáticas de maior gravidade que o estado de defesa, o que ajuda a compreender o sentido da expressão “comoção grave de repercussão nacional”, já que a repercussão da instabilidade institucional e da calamidade pública ínsitas ao estado de defesa apresentam um âmbito de incidência fática mais restrito e determinado. Além disso, o Presidente da República deve ater-se a decretar medida capaz de preservar ou prontamente restabelecer a paz e ordem pública, ficando vinculado a essas finalidades constitucionais estabelecidas em relação ao estado de defesa.

6.2 Direitos fundamentais excepcionalmente restritos

Mesmo em situações excepcionais, não se pode conceber a anulação completa de todos os direitos fundamentais, pois não se pode olvidar que mesmo na mais grave crise, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito⁶³, que sempre deve primar pelo respeito do mínimo existencial dos direitos fundamentais,

⁶³ Artigo 1º da Constituição Federal.

exigência decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, um de seus fundamentos. Assim, não há razão em se falar na restrição à inviolabilidade do direito da vida, à honra ou ao acesso ao Poder Judiciário, direitos cujo respeito deve ser perpétuo.

O estado de defesa, como vimos, é uma modalidade mais branda de estado de sítio, legitimando-se, durante sua vigência, a restrição ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), direito de reunião (XVI) e exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente (LXI).

Em relação ao estado de sítio, surgem duas hipóteses de restrição. No caso de decretação do estado de sítio em virtude de comoção nacional (art. 137, I, da CF), poderão ser restringidos, desde que presentes no decreto, os seguintes direitos e garantias individuais: inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI), sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (XII), liberdade de locomoção (XV), direito de reunião (XVI), direito de propriedade (LXI), e exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente (LXI) e a liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 5º, IX, XIV, e art. 220). No caso de decretação tendo em vista a declaração de guerra ou reposta à agressão armada estrangeira, no entanto, toda a gravidade e excepcionalidade dessa situação se revela de maneira ainda mais veemente, pois a Constituição Federal autoriza a restrição de qualquer direito fundamental à exceção dos anteriormente referidos, a saber, direito da vida, à honra ou ao acesso ao Poder Judiciário. Chega-se a tal conclusão pela análise combinada do *caput* dos artigos 138 e 139, pois a Constituição Federal, inicialmente, determina que o decreto do estado de sítio indicará as garantias constitucionais que ficarão suspensas, restringindo, posteriormente, tal restrição somente em relação ao estado de sítio fundamentado na comoção nacional ou na ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, não ampliando tais exceções ao estado de sítio. Advirta-se, por último, que não se pode cogitar a proibição do acesso ao Poder Judiciário, mesmo sendo um direito fundamental, pois se deve respeitar o princípio da separação, harmonia e independência dos Poderes⁶⁴, inteiramente vigente, mesmo em situações de crise constitucional.

⁶⁴ Artigo 2º da Constituição Federal.

CAPÍTULO IV - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Apresentação do tema

Sabe-se que o conflito de normas é acontecimento jurídico corriqueiro, que demanda do intérprete atenção e bom senso no momento de aplicar os tradicionais mecanismos postos pelo Ordenamento Jurídico para a solução desse tipo de problema. Em verdade, a mutabilidade própria do Direito, que constantemente “corre” atrás dos novos fatos sociais a fim de regulá-los, pode, e muitas vezes ocasiona, situações de contradição normativa, ocorrendo, assim, uma antinomia, cuja solução opera-se de maneira fácil, como anteriormente apontamos.⁶⁵

O conflito que agora estudaremos e que constitui cerne deste trabalho, no entanto, não apresenta fácil deslinde. Em verdade, a colisão de direitos fundamentais constitui problemática das mais complexas, pois as normas beligerantes, de natureza principiológica, consagram direitos fundamentais, os quais apresentam mesma hierarquia constitucional, não se podendo cogitar, para a correta solução do caso, o simples afastamento, *prima facie*, de um dos pólos colidentes, até porque ambos possuem a mesma fonte ética: o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há, dessa forma, direito fundamental mais digno que outro. Assim, quando o Poder Judiciário debruça-se sobre questões desse tipo, costumeiramente polêmicas, é fácil perceber a divisão de opiniões decorrentes da decisão que julga o feito, seja na própria análise dos julgadores ou na comunidade acadêmica como um todo.⁶⁶

O que vem a ser, dessa forma, a colisão de direitos fundamentais? Abordaremos tal questão apontando como tal fenômeno se configura, como deve ser dirimido e, finalmente, contrastando-o com os limites imanescentes. Para a correta apreensão, do tema,

⁶⁵ Ver capítulo II, seção 2, subseção 3.

⁶⁶ Wilson Antônio Steinmetz cita interessante exemplo ilustrativo das dúvidas inerentes à colisão de direitos fundamentais, coletado de decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 71.373-4 RS, de 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 de 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.” *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p .69.

entretanto, deve-se inicialmente delimitar os conceitos de concorrência e colisão de direitos.

2. Concorrência e colisão de direitos fundamentais

Estudar os direitos fundamentais é entrar em contato com o que representa a grandiosidade da vida humana. Em verdade, não se poderia conceber a vida em sua plenitude se os direitos fundamentais não estivessem ao seu lado, sempre almejando propiciar a cada indivíduo o adequado desenvolvimento da sua personalidade, em todas as fases de sua existência. Tal afirmação, apesar de buscar uma comparação com um bem tão amplo e valioso como a vida, não possui nada de exagerada, pois diversas são as hipóteses concretas em que, no desenvolvimento de nossas atividades cotidianas, acabamos por realizar condutas que só seriam possíveis graças à proteção despendida pelos referidos direitos. Quando desempenhamos tais atos, nessas condições, estamos diante da concorrência de direitos fundamentais.

Assim, quando uma conduta de um mesmo titular preenche o pressuposto fático de mais de um direito fundamental, perfazendo-os, não há falar-se em colisão, já que os direitos envolvidos na situação concreta estão, verdadeiramente, reagindo em relação de amizade, completando ou maximizando, por vezes, o âmbito de atuação de cada um. Tais situações são costumeiras em nossa vida, bastando pensar, por exemplo, na publicação de um trabalho monográfico, pois tal atividade só será possível graças à convivência harmônica entre diversos direitos, como a liberdade de pensamento, a livre expressão da atividade intelectual e artística e a liberdade de imprensa. Dessa forma, os direitos fundamentais estão, conjuntamente, realizando em sua plenitude seu fim constitucional, já que a atividade mental consubstanciada na publicação de um trabalho acadêmico só pode contribuir para o aprimoramento intelectual do autor, prestando serviço de valor inestimável ao desenvolvimento de sua personalidade. Imagine-se, contrariamente, um regime autoritário que preveja, *exempli gratia*, a autorização governamental prévia para a exposição pública de certos trabalhos, restringindo arbitrariamente a liberdade de criação intelectual. É evidente que o desabrochamento da personalidade humana, em situações como essa, restar-se-ia inadmissivelmente prejudicado, tamanha a restrição posta à vida dos indivíduos.

Situação semelhante à concorrência antes mencionada ocorre com a chamada “acumulação”⁶⁷ de direitos fundamentais. Nesse caso, não é uma conduta humana que enseja a subsunção a vários direitos fundamentais, mas uma condição individual que, por si só, reúne a atuação de diversos direitos fundamentais. Veja-se, *e.g.*, a situação dos indivíduos que desejam participar da vida pública, candidatando-se a determinado cargo eletivo. Nessa condição, reunir-se-ão nele diversos direitos, necessários para a consecução do fim por ele almejado, quais sejam: direito de participação em partido político; direito de sufrágio; direito de reunião; direito de obter informações de caráter pessoal ou geral dos órgãos públicos.

A colisão de direitos fundamentais, por sua vez, representa real situação de conflito entre direitos. Ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular choca-se com o direito de outrem, constituindo verdadeira situação de tensão. Advirta-se, desde já, que tais conflitos só podem ocorrer concretamente, pois “as normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social”⁶⁸ determinando, dessa forma, a proeminência do magistrado do deslinde da questão. Isso não quer dizer que tais conflitos não possam ser antevistos pelo legislador, que atuará no sentido de evitá-los, tendo a lei, portanto, papel determinante na tentativa de resolução do fenômeno num primeiro momento.

Há quem classifique a colisão de direitos em própria e imprópria⁶⁹. Pela primeira hipótese, ter-se-ia a colisão entre direitos fundamentais (direito x direito), enquanto pela segunda ocorreria o conflito entre um direito e um bem constitucionalmente protegido (direito x bem), como a saúde, segurança pública ou patrimônio cultural. No decorrer desta exposição não faremos tal diferenciação, referindo-se somente ao gênero ao qual ambos são espécies.

3. Proposta para a solução da colisão de direitos fundamentais

Já se disse, mais de uma vez, que numa hipótese de conflito entre princípios, não se pode, *a priori*, afastar um deles. Tal indicação aplica-se claramente à colisão de direitos fundamentais, já que são definidos por normas principiológicas. A relativização de um direito fundamental só poderia ocorrer após criteriosa análise do caso concreto de

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1268.

⁶⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p. 63.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 1270.

colisão, ou seja, num momento posterior. CANOTILHO nos ensina preciosa lição sobre o tema, quando aponta a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem

“construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nessas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).”⁷⁰

Assim, direitos que, *prima facie*, não se apresentam hierarquizados, concretamente terão seu âmbito de proteção relativizados, podendo ocorrer o afastamento total ou parcial de um deles ou, neste último caso, de ambos. É nesse momento que se eleva sobremaneira a utilização do princípio da proporcionalidade. Em verdade, é através dele que se fará o controle da restrição posta, seja ela proveniente de ato judicial ou legislativo, à medida que os subprincípios da proporcionalidade são capazes de determinar se a limitação concretamente estabelecida é adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito⁷¹.

Dessa forma, responde-se à questão referente à possibilidade ou não de se afastar completamente um direito fundamental colidente, sabendo-se que a dúvida surgira em decorrência da mesma posição hierárquica que os direitos ocupam. Percebe-se, repita-se, que no caso concreto, se for estritamente necessário, adequado e proporcional, um direito pode ser completamente afastado em face de outro. Vejamos, assim, alguns exemplos de colisão de direitos fundamentais e possíveis soluções para os mesmos.

3.1 Colisão com redução bilateral

Ocorre quando é possível compatibilizar os direitos colidentes, reduzindo o âmbito de eficácia deles. Assim, nenhum dos direitos envolvidos ostentará caráter absoluto, mas também não serão de plano excluídos. Veja-se, por exemplo, uma situação que coloca em conflito o direito à propriedade (art. 5º XXII) e o direito à tranqüilidade da vida privada (art. 5º X e XI).

O direito de construir é decorrência do direito fundamental à propriedade (Constituição Federal, art 5º XXII). Assim, determinado indivíduo utiliza essa

⁷⁰ *Idem*, p. 1274.

⁷¹ Para conferir uma abordagem mais aprofundada, ver próximo capítulo.

prerrogativa para ampliar sua propriedade, determinando que as obras sejam feitas durante todo o dia e até tarde da noite. Ocorre que certo vizinho tenta embargar a obra alegando excessivos ruídos provenientes da mesma, que, por vezes, prolongava-se pela noite e se alongava por todo o dia, atingindo seu sossego matutino e seu sono noturno, consubstanciando uma afronta ao art. 5º X e XI da Carta Magna. Tem-se, então, uma colisão de direitos fundamentais. Como solucioná-la?

Tendo em vista o que se estudou, não se pode conceber uma fórmula predeterminada capaz de solucionar o conflito, que será, indubitavelmente, levado ao Poder Judiciário. Dessa forma, o juiz poderia determinar o período de realização da construção durante o dia e vedá-la durante a noite. Nenhum dos direitos seria absoluto, mas nenhum também seria excluído, ocorrendo uma compatibilização entre ambos.

3.2 Colisão com redução unilateral

Ocorre quando os direitos em colisão podem conviver no caso concreto com a relativização de apenas um deles, sem a qual o outro restaria completamente aniquilado. Isso se torna claro, por exemplo, no caso de concessão de medidas liminares *inaudita altera parte*, na qual contrapõem-se o direito à efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental), e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Assim, a fim de garantir a efetividade daquele primeiro direito, reduz-se unilateralmente a incidência do segundo, que não será excluído, pois, “o que ocorre é uma ‘postergação do contraditório’, que será observado depois da concessão da medida, quando então se abrirá ao demandando a oportunidade para apresentar suas razões”.⁷²

3.3 Colisão excludente

É a menos desejável de todas, pois determina a prevalência de um direito fundamental sobre outro. Situação sempre trazida à baila nas aulas do professor Glauco Barreira Magalhães Filho foi a enfrentada pelo Tribunal Constitucional Alemão quando analisando colisão entre o direito à imagem de um condenado e a liberdade artística de empresa cinematográfica. Ocorre que esta estava interessada em fazer um filme sobre

⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. p. 70.

determinado preso, contando a história deste, relatando detalhadamente como ele fora condenado, o que consistia uma afronta ao seu direito à imagem. Acontece que o indivíduo estava prestes a ganhar a liberdade e tentar recomeçar sua vida, sendo que um filme dessa natureza, que lembraria o crime cometido anteriormente, certamente interferiria no processo de reinserção social do então apenado, até porque a proximidade da exibição do filme com a volta do detento ao seio da sociedade faria esta julgá-lo novamente pelo crime que ele cometera, constituindo, definitivamente, um gravíssimo entrave para a ressocialização dele.

Assim, o Tribunal escolheu por excluir completamente o direito à liberdade artística da empresa de cinema, não se cogitando nem mesmo uma eventual redução bilateral (possibilitando-se as filmagens com a mudança do nome das personagens, por exemplo) decisão baseada no fato de que traria mais gravame para os direitos em colisão a manutenção de ambos que a exclusão de um deles.

4. Colisão de direitos fundamentais e limites imanentes

No capítulo anterior, relatou-se a proximidade entre os dois conceitos. Tentar-se-á, dessa forma, estabelecer-se certos traços diferenciadores, reconhecendo-se, no entanto, certa proximidade entre os conceitos, principalmente quando o legislador, prevendo caso de colisão de direitos fundamentais, legisla restringindo um direito fundamental, a fim de diminuir as complicações concretas do caso.

A doutrina, ao abordar o tema, já disse que:

“os limites imanentes são uma construção dogmática para explicar a necessidade e justificar a possibilidade de limitação ou restrição a direito fundamental conferido por norma constitucional 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, porque, como se verá, a ponderação de bens é sempre uma ponderação concreta de bens.”⁷³

A restrição legislativa aos direitos fundamentais postos sem reserva de lei, fundamentada pela teoria dos limites imanentes, aproxima essa categoria do conceito de colisão de direitos fundamentais previstos e tipificados pelo legislador, como ocorre, por exemplo, com a antecipação dos efeitos da tutela, conforme o art. 273 do Código de Processo Civil. Nessa situação, desde que atendidos os pressupostos do fundado receio

⁷³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* 63.

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), deverá prevalecer o direito fundamental à efetivação da atividade jurisdicional frente à segurança jurídica. O legislador, portanto, antecipou-se à colisão.

STEINMETZ, no entanto, diferencia limites imanente e colisão de direitos fundamentais, pois:

“a teoria dos limites imanentes faz sentido e é útil se concebida como uma construção dogmática para justificar restrições legislativas a direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei. Assim, concebe-se os limites imanentes como fenômeno distinto da colisão concreta de direitos fundamentais.”⁷⁴

Nesses termos, a diferenciação faz sentido, mas se deve sempre ter em mente se a restrição posta pelo legislador é decorrente da colisão de direitos fundamentais ou da prerrogativa de restrição aos direitos fundamentais postos sem reserva de lei, determinada pelos limites imanentes. Atente-se que em qualquer hipótese na qual o legislador, a pretexto de restringir um direito, legisle desrespeitando os ditames da proporcionalidade, impondo restrição inadequada, desnecessária e desproporcional ao fins almejados, tal lei deverá ser declarada inconstitucional, crescendo sobremaneira a importância do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

⁷⁴ *Idem.* p. 61.

CAPÍTULO V - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1. Apresentação do tema

Estudar os direitos fundamentais é estudar o princípio da proporcionalidade, pois é através dele que a proteção aos referidos direitos encontrará sua plenitude, ainda mais no contexto da colisão de direitos fundamentais. Em face desta, o princípio em tela desempenhará papel ainda mais especial, pois é através de sua procedimentalização que se almejará a solução da tensão, ponderando racionalmente, com a ajuda de seus subprincípios, os direitos envolvidos no embate, a fim de conciliá-los.

2. Aspectos históricos

O princípio da proporcionalidade é oriundo do Direito Administrativo, cuja atividade de polícia bem como a ponderação dos critérios de conveniência e oportunidade no âmbito do poder discricionário do administrador tornaram essencial o uso da proporção, a fim de estabelecer ponderações razoáveis e não arbitrárias na utilização daqueles poderes. É correto dizer, assim, que o princípio em tela migrou do Direito Administrativo para o Constitucional, encontrando utilidade, hodiernamente, em qualquer ramo da ciência do Direito.⁷⁵

Como assinala Paulo Bonavides,

“foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, e sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação de caráter constitucional, em mais de 150 arrestos, conforme assinalou Klaus Stern.”⁷⁶

Tal migração deveu-se à necessidade de se procedimentalizar corretamente uma fórmula capaz de solucionar a tensão entre direitos fundamentais no caso concreto, uma vez que tal limitação àqueles direitos não se confunde com aquelas anteriormente referidas, a saber, os limites constitucionalmente estabelecidos, as limitações ordinárias, instituídas mediante lei infraconstitucional ou mesmo os limites imanentes, já que a colisão se concretiza numa dada situação fática, necessitando, dessarte, uma anterior

⁷⁵ Cite-se, por exemplo, o emprego do princípio no âmbito do Direito Civil para se determinar o preço mais justo possível de uma indenização, ou a verificação da ocorrência de enriquecimento ilícito. No Processo Penal a proporcionalidade também é utilíssima na escolha feita tanto pelo juiz como pelo legislador no momento de estabelecer a pena proporcional à natureza da infração cometida.

⁷⁶ STERN, Klaus. “Protokol der 112. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 29. und 30. Septembe und 1. Oktobe 1978 in Zürich”, fasc. 2, Berlim e Lepzig, 1925, **apud** BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 408.

atividade interpretativa, utilizando-se, principalmente, os princípios de interpretação especificamente constitucional outrora analisados.

Apresentar a terminologia alemã para o princípio em questão não constitui citação meramente decorativa, pois foram os estudos doutrinários⁷⁷ e jurisprudenciais⁷⁸ germânicos e suíços que determinaram a feição do *Verhältnismässigkeit*, demonstrando a ampla capacidade que os juristas alemães apresentam para o deslinde de certas questões constitucionais, fazendo ecoar para além de suas fronteiras esses estudos, amplamente aceitos pela doutrina nacional.

A conceituação do princípio da proporcionalidade não é uma tarefa das mais simples, conferindo-se razão à Xavier Philippe⁷⁹, quando este afirma existir princípios mais fáceis de se compreender que definir. Um dos entraves à conceituação do princípio, está, indubitavelmente, nas constantes vacilações terminológicas apresentadas em boa parte dos estudos referentes ao mesmo. Wilson Antônio Steinmetz mostra que

“(…) 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 da proporcionalidade em sentido estrito, hoje, concebido como terceiro subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo -, e, em outras decisões, utilizou como conceito base a proibição de excesso ou empregou conceitos de princípio da proporcionalidade e de proibição de excesso de forma conjunta.”⁸⁰

Tais vacilações, em nosso humilde entendimento, são plenamente aceitáveis e justificáveis, à medida que se estavam iniciando os estudos acerca da proporcionalidade,

⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* p. 97-98. O autor cita como primeiro trabalho dedicado exclusivamente ao estudo do *Verhältnismässigkeit* a obra de RUPPRECHT V. KRAUS, “Der für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht”, sendo mesmo a primeira manifestação do “princípio da proporcionalidade” com a qualificação extra “em sentido estrito”. O autor apresenta ainda as seguintes obras: “Arquivo de Direito Público” (“Archiv für öffentliches Recht”), de G. DÜRIG; “Excesso e Direito Constitucional – sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade” (“Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit”, 1961) de PETER LERCHE.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 408. O autor cita dois célebres julgados, o “Lüth-Urteil”, de 15 de janeiro de 1958 e o “Apotheken-Urteil”, de 11 de junho de 1958. Afirma o autor que “o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre direitos fundamentais, **abrindo caminho à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância**”.

⁷⁹ PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Française*. Aix-Marseille, 1990, p. 7. **apud** BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 392.

⁸⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p.147-148. O autor ainda aponta que “no Brasil, não está resolvido se o 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 explicativo; inúmeros e diferentes são os fundamentos normativos apresentados; e, para coroar a falta de unidade conceitual, diversos são os significados atribuídos pela jurisprudência do STF ao princípio da proporcionalidade.”

desvendando-se seus meandros, de maneira que não se deve criticar causticamente a atividade judicante do TCF (Tribunal Constitucional Federal alemão) nessa questão, tamanho foram os acertos posteriormente alcançados por este tribunal no amadurecimento dos estudos acerca da proporcionalidade.

Afirme-se, desde já, que a não referência expressa ao princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 não determina em hipótese alguma a não aceitação desse princípio pelo Direito pátrio, pois diversos são seus fundamentos, como adiante analisado. Pode-se mencionar, preliminarmente, que a normatividade do princípio é inegável, sabendo-se que ele consiste, genericamente, na adequação entre meios utilizados e fins colimados numa dada situação fática, com seu uso convergindo para a utilização adequada e necessária dos meios existentes para alcançar um certo objetivo almejado, considerando se este meio trará mais vantagens que desvantagens na concretização da finalidade pretendida. O referido meio pode consubstanciar-se numa decisão judicial ou qualquer outro ato normativo tendente a, eventualmente, limitar o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, devendo-se atentar, ainda uma vez, se a restrição posta é adequada, exigível e proporcional em sentido estrito, ou seja, se ela está em conformidade com os sub-princípios da proporcionalidade, conforme estudar-se-á na próxima seção.

3. Subprincípios do princípio da proporcionalidade

Repita-se que a utilização do princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de uma relação meio-fim, entendendo o fim como o objetivo que se busca com a limitação, e o meio como o próprio conteúdo da decisão normativa limitadora, seja proveniente do Poder Legislativo ou Judiciário, que visa ao alcance do fim almejado.

Ocorre que para determinar precisamente a aptidão de determinado meio para a consecução de certo fim, deve-se, necessariamente, “testá-lo”, sucessivamente, através dos três subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade. Assim, para um meio tornar-se hígido para limitar um direito fundamental, ele deve ser adequado, necessário e proporcional ou racional.

3.1 Adequação

Pela adequação tem-se a verificação da aptidão que certo meio apresenta para realizar o fim em questão. Se o meio for capaz de realizar o fim, ele será adequado e, dessa forma, haverá passado no primeiro teste. Percebe-se que neste momento há o confronto entre meio e fim, e que também poderá haver mais de um meio apto ao alcance da finalidade pretendida.

Constata-se, destarte, que o subprincípio da adequação não pode determinar a prevalência de um único meio se existir mais de um adequado, só se podendo afastar determinado meio quando manifestamente inidôneo para alcançar a finalidade limitadora. Percebe-se, assim, que analisar unicamente a adequação não é suficiente para o deslinde da questão.

3.2 Necessidade

Também conhecido como princípio da exigibilidade, indispensabilidade, da intervenção mínima. Ocorrendo a hipótese anteriormente ventilada acerca da existência de dois ou mais meios adequados para se alcançar o fim constitucionalmente justificado, analisar-se-á qual deles é o menos gravoso ao direito fundamental em questão. Se existe só um meio adequado, pesquisa-se a existência de outra medida estatal de restrição diferente da utilizada ou da que se pretende utilizar, desde que seja igualmente adequada e eficaz, mas menos prejudicial ao direito limitado.

Aqui há um conflito entre meios, diferentemente do que ocorre no princípio da adequação. Nesse confronto, é interessante analisar se um meio mais gravoso e mais eficaz pode ser escolhido frente um meio menos gravoso, porém menos eficaz. Segundo STEINMETZ há duas respostas para a questão:

“Uma é a que prevalece na jurisprudência e doutrina alemãs, segundo a qual a eficácia do meio mais prejudicial deverá ser, no mínimo, igual ao do meio menos prejudicial. Caso contrário, não será exigida a substituição deste por aquele. 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.”⁸¹

Concordamos com a segunda tese, pois a posição majoritária alemã nos causa certa perplexidade, uma vez que se está ali, em verdade, consagrando o inverso do que

⁸¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p.151.

determina o princípio da necessidade, já que se está prescrevendo a escolha de um meio mais gravoso, mesmo sabendo da existência de outro menos gravoso. É evidente que este, na tensão hipotética supracitada, apresentaria menor eficácia em relação ao outro meio mais prejudicial, mas o intérprete não deve esquecer que a limitação posta ao direito fundamental deve ser proporcional em sentido estrito, como adiante referido, devendo-se atentar para todos os direitos envolvidos, inclusive e, talvez principalmente, para aquele o qual a restrição é dirigida, pois seu “mínimo existencial” deve ser mantido. Seguindo essa corrente, portanto, está-se analisando somente um dos direitos fundamentais envolvidos na colisão, qual seja, o direito que prevalecerá. Pela segunda tese, no entanto, preserva-se os ditames da necessidade, pois o meio menos gravoso será escolhido quando suficientemente apto ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida. Assim, escolhe-se o meio se ele for, simplesmente, menos gravoso e adequado.

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Pela proporcionalidade em sentido estrito, examina-se a proporcionalidade entre a decisão normativa e sua eficácia referente aos direitos fundamentais colidentes, tendo-se sempre em vista a finalidade perseguida. É por isso que se defende que:

“mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.”⁸²

Nesse sentido é que Alexy formulou a lei da ponderação, pois “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁸³

4. Procedimentalização

Na aplicação prática do princípio da proporcionalidade, o intérprete deve, inicialmente, analisar a constitucionalidade do fim almejado e que será alcançado mediante a limitação normativa, legislativa ou judicial, imposta ao direito fundamental.

⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 95-96.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161. *apud* STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p.153.

Não se olvide que o referido princípio determina, antes de tudo, a proteção aos direitos fundamentais, podendo também ser utilizado para aferir a legitimidade de determinada restrição posta mediante lei infraconstitucional, como adiante exemplificaremos. Além disso, ele se mostra imprescindível, logicamente, para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

Dessa forma, entendendo-se que o fim almejado encontra respaldo constitucional, passa-se à descrição fática do conflito, a fim de se apreender toda sua amplitude e complexidade, criando a base decisória para tornar possível, finalmente, a análise dos subprincípios da proporcionalidade. Percebe-se, destarte, que as duas primeiras consultas são preliminares.

O próximo passo a ser dado é questionar a adequação, necessidade e proporcionalidade (racionalidade) do meio empregado, atentando-se para o fato de que tal verificação é de trato sucessivo, de modo que se entender pela não adequação, não há porque cogitar a análise dos demais subprincípios.

Como dito anteriormente, analisaremos um exemplo colhido de recente decisão do Supremo Tribunal Federal referente à restrição legislativa imposta ao direito fundamental à informação, a fim de se explicitar o que fora outrora referido. Ocorre que na tentativa de trazer certa moralidade às futuras eleições, cuja credibilidade restava cada vez mais abalada frente à quase infinidade de escândalos envolvendo influentes políticos nacionais, reformou-se diversos dispositivos da Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997, através da Lei nº 11.300 de 10 de maio de 2006 que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais. Uma dessas mudanças envolvia uma restrição ao direito fundamental à informação⁸⁴, pois a norma contida no artigo art. 35-A desta última lei vedava a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até às dezoito horas do dia do pleito.

Dessa forma, o Tribunal julgou procedente, em parte, pedido formulado em três ações diretas ajuizadas pelo Partido Social Cristão - PSC, pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e pelo Partido da Frente Liberal - PFL, para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei 11.300/2006, por entende que

“a referida proibição, além de estimular a divulgação de boatos e dados apócrifos, provocando manipulações indevidas que levariam ao descrédito do povo no processo eleitoral, seria, **à luz**

⁸⁴O art. 5º inc. XIV da Constituição Federal de 1988 determina que “é assegurado a todos o direito à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo pretendido pela legislação eleitoral que é, em última análise, o de permitir que o cidadão, antes de votar, forme sua convicção da maneira mais ampla e livre possível.⁸⁵

Estudemos a decisão. Deve-se perceber, preliminarmente, que a terminologia empregada pelo STF mostra sinonímia entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Afora isso, percebe-se a simpatia majoritária do tribunal com relação ao princípio da proporcionalidade, de modo que até mesmo a nomenclatura dos subprincípios está de acordo com os estudos doutrinários mais abalizados, sendo também, coerentemente, a que apresentamos neste estudo. Analisando o cerne da restrição legislativa posta, entendeu-se que o fim almejado, qual seja, o de permitir que o cidadão, antes de votar, forme sua convicção da maneira mais ampla e livre possível, verdadeiramente, não poderia ser alcançado mediante a utilização do referido meio, qual seja, a restrição à divulgação de pesquisas a partir do 15º dia anterior às 18 horas do dia do pleito, até porque possibilitaria o surgimento dos nefastos vícios acima discriminados na decisão.

5. Fundamento do Princípio da Proporcionalidade

Antes de estudar alguns dos fundamentos propostos pelos estudos doutrinários de diversos autores, faz-se imperioso apresentar, mesmo que sucintamente, as teses acerca da natureza do princípio da proporcionalidade, arrolando defensores de cada uma. Em verdade, há quem reconheça nele um aspecto material ou substantivo, enquanto outra corrente de pensamento defende ser o aspecto formal o traço essencial da proporcionalidade, existindo, ainda, uma terceira corrente que determina o caráter misto do princípio. A brevidade outrora referida justifica-se pelo fato de tais estudos serem de certa forma ainda inconclusivos, não nos cabendo aprofundar o tema nesta presente pesquisa.

A tese acerca da natureza material do princípio da proporcionalidade apregoa que ele contém pontos de vista substanciais, ora tendo como conteúdo a noção de

⁸⁵ STF – Pleno - ADI 3741/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6.9.2006. (ADI-3741), ADI 3742/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6.9.2006. (ADI-3742), ADI 3743/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6.9.2006. (ADI-3743), *Informativo STF* nº 439.

justiça⁸⁶ ou a proteção aos interesses individuais. A tese formalista, por sua vez, realça o conteúdo procedimental do princípio, pois este estabeleceria mera estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos⁸⁷.

Sobre a terceira tese, o princípio teria dupla dimensão, pois ele

“não é uma cláusula neutra, que apenas manda ponderar, sem considerar os interesses e valores em jogo. A perspectiva histórica – a origem do Direito Administrativo de polícia e do Direito Processual Penal – indica que é um princípio que protege os interesses individuais. Por isso, o princípio tem que 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.”⁸⁸

Feita essa breve delimitação, adentremos no cerne do tema desta seção. Relembre-se, inicialmente, que os princípios podem existir implicitamente num sistema, como enunciamos anteriormente⁸⁹. Essa característica das normas principiológicas mostra sua utilidade, notadamente, quando se pesquisa o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade, uma vez que não há previsão escrita ou expressa acerca do mesmo em nossa Lei Maior. Tal assertiva vai ao encontro do magistério de um dos grandes Mestres de nossa Faculdade de Direito:

“O princípio da proporcionalidade tem posituação implícita na Constituição, pois é subprincípio do princípio do Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito é aquele no qual o ente estatal persegue seus fins, limitado não apenas pela lei (princípio do Estado de Direito), mas também pela dignidade de cada pessoa humana concreta (princípio democrático sob perspectiva substancial. Além disso, o princípio da proporcionalidade é uma exigência para aplicação dos direitos fundamentais e, assim, uma condição de normatividade dos preceitos que o definem. Poderíamos ainda afirmar que esse princípio basilar para a ordenação jurídica está subentendido em todo o Direito Positivo, porquanto traduz, como bem expressou Dante, a própria idéia de Direito. Daí a propriedade da simbologia do Direito representado pela balança.”⁹⁰

Apresentou-se, com a referida lição, um dos vários fundamentos para o princípio, derivando-o do Estado Democrático de Direito, cujo âmbito material, qual seja, a eterna busca pela justiça, só pode ser almejada através da proporcionalidade. Além desse fundamento, há quem derive o princípio da proporcionalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, da cláusula do *due process of law* ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em relação ao *due processo of law*, a

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*, p. 145. *apud* STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p.155.

⁸⁷ RESS, George (org.). *Der grundsatz des verhältnismässigkeit in europäischen Rechts-Ordnungen*, Heidelberg, 1985. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 426.

⁸⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.* p.156.

⁸⁹ Ver capítulo II, seção 2, subseção 3.

⁹⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. p. 231.

fundamentação do princípio é possível para aqueles que crêem na equivalência entre proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que esta deriva, pacificamente, daquela cláusula desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana. Para os que admitem a diferenciação, no entanto, tal fundamentação resta prejudicada. Critica-se, em nosso modesto sentir de maneira acertada, a utilização da dignidade humana, pura e simplesmente, sem maiores aprofundamentos teóricos, na busca pela fundamentação do princípio em estudo. Ocorre que tal conceito jurídico indeterminado é dotado de alto grau de abstração, não se podendo concebê-lo como fundamento, se tomado somente em seu âmbito de generalidade. Concretamente, no entanto, a dignidade humana é fundamento fortíssimo para a proporcionalidade, sobretudo quando a situação fática apresenta uma colisão de direitos fundamentais, à medida que se relativizam os direitos, podendo estabelecer qual deles deve ter seu núcleo ético (dignidade humana) preservado em face do outro, operação só concebida através da operacionalização do princípio da proporcionalidade.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 aponta um dispositivo valiosíssimo para a pesquisa aqui proposta. Após determinar a igualdade de todos perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, assegurando-se o direito à inviolabilidade da vida, segurança, propriedade, liberdade e igualdade, não só aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residente no País, tem-se no parágrafo 2º o seguinte apontamento: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime, e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil for parte.”

Percebe-se que a intenção do dispositivo é, claramente, fazer incluir a parte não escrita do Direito no âmbito constitucional, mostrando de forma cabal a possibilidade de existirem princípios implícitos constitucionalmente reconhecidos. Consagrando tal entendimento, tem-se que:

“O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “normal jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.”⁹¹

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 436. O referido autor ainda aponta diversos outros dispositivos constitucionais nos quais estariam, particularizadamente, prevista a proporcionalidade: incisos V, X, XXV do art. 5º; incisos IV, V e XXI do art. 7º; inciso IX do art. 37; inciso VIII do art. 71; parágrafo único

Arremate-se registrando interessante crítica do professor Willis Santiago Guerra Filho no tocante às tentativas de derivar o princípio do Estado de Direito Democrático, da legalidade ou de certos direitos e garantias fundamentais. O autor entende haver uma incompatibilidade entre uma eventual norma expressa acerca do princípio da proporcionalidade e a natureza deste, que seria de princípio “aberto”⁹², diferentemente daqueles formulados normativamente, seguindo a orientação kelseneana, que atribui ao princípio o caráter de norma posta e pressuposta. Assim, derivar o princípio da proporcionalidade de maneira impensada levaria

“a um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um “Estado Democrático de Direito” (Art. 1º), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais, e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.”⁹³

6. Proporcionalidade e ofensa à separação dos Poderes

Deve-se reconhecer a existência de algumas objeções ao princípio em tela, a fim de aprofundar o estudo e retirar um conteúdo positivo de tais críticas, já que algumas delas revelam-se dignas de atenção no tocante ao correto uso da proporcionalidade. Assim, aceite-se as críticas principalmente quando elas fizerem por exigir uma precaução maior na utilização do princípio, uma vez que em alguns casos, realmente, o uso desvirtuado dele pode gerar graves conseqüências no mundo jurídico.

Não se pode concordar, no entanto, com as vozes mais exaltadas que negam qualquer validade ao princípio, não reconhecendo nem mesmo sua fundamentação, a qual, como anteriormente visto, constitui realmente um problema, devido às diversas fontes utilizadas pela doutrina e jurisprudência, o que não autoriza, entretanto, dizer que o princípio carece de fundamentação. Em verdade, a abundância desta revela justamente o oposto.

do art. 84; incisos II e IX do art. 129, dentre outros. Tal variedade de fundamentos mostra, realmente, o caráter de pluralidade de fundamentos inerentes ao princípio da proporcionalidade.

⁹² LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlim/Heidelberg/Nova Iorque/Budapeste/Barcelona/Hong Kong/Londres/Milão/Paris/Santa Clara/Singapura/Tóquio: Springer, 1995, p. 308 s. **apud** GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 114.

⁹³ *Idem.* p. 115.

Segundo Paulo Bonavides, “Forsthoff foi a primeira voz que se levantou contra aquele princípio”⁹⁴, contribuindo para a tese acerca da ameaça à separação dos Poderes perpetrada por ele. Entendia ser digno de crítica a transposição do princípio do Direito Administrativo (utilizado sobretudo no âmbito do poder de polícia da Administração Pública) para o Direito Constitucional, pois enquanto naquele ramo jurídico os critérios de ponderação variavam num menor espaço fático, tendo a administração somente o dever de gerir seus atos proporcionalmente frente eventual desordem pública, no segundo ramo a amplitude decisória seria dramaticamente aumentada, devendo-se estabelecer a incompatibilidade entre um instituto de Direito Administrativo e de Direito Constitucional, pois assim estar-se-ia gerando a “degradação da legislação – um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional – ao situá-la debaixo das categorias do Direito Administrativo”⁹⁵. O temor do crescimento da ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, que poderia levar ao surgimento do “Estado de juízes”, já que a vontade destes prevaleceria sobre a daqueles na aferição da proporcionalidade, ganha força com Huber, cuja assertiva recai sobre a ameaça ao princípio da separação de poderes:

“De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira 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 administrador conforme se há demonstrado.”⁹⁶

Repita-se que tais críticas possuem o condão de tornar o uso do princípio da proporcionalidade mais cauteloso. A afronta ao Poder Legislativo, no entanto, deve ser vista com reservas, já que ele próprio, se bem observar o princípio da proporcionalidade, terá sua produção normativa prestigiada pelos demais Poderes. A ascendência do juiz em relação ao legislador na utilização dos critérios da proporcionalidade não é suficiente para ameaçar a separação, harmonia e independência dos Poderes, conforme preceitua o artigo 2º da Constituição. Lembre-se que com o advento do Estado Constitucionalista, no segundo pós-guerra, o legislador já não é mais aquele que produz matéria legislativa sem um controle mais efetivo, uma vez que a lei, àquela época era respeitada como fonte bastante para garantir os direitos⁹⁷, devendo-se sujeitar, modernamente, a um controle muito mais forte e efetivo, derivado da

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 428.

⁹⁵ FORSTHOFF, *El estado de la sociedad industrial*, pp. 240/241. **apud** *Ib. Idem.*

⁹⁶ HUBER, Hans. **apud** *Idem.* p. 430.

⁹⁷ Ver capítulo II, seção 2, subseção 2.

supremacia da constituição. Ora, ao Poder Judiciário é dado fazer esse controle, seja de forma difusa ou concentrada, de maneira que se torna natural, nessa matéria, haver uma maior preponderância da atividade judicante frente à legislativa.

Conclusão

Demonstrou-se, mesmo que de maneira singela durante o desenvolvimento do tema, toda a grandiosidade envolvida na consagração constitucional dos direitos fundamentais e, especificamente, no deslinde da colisão de direitos fundamentais. Tal grandeza não poderia ser mesmo diferente, tendo em vista toda a especificidade envolvida do tema, que demanda do intérprete uma atenção cada vez mais crescente em torno das diversas questões que, por vezes, transcendem o mero aspecto jurídico.

Problematizando o tema, estudou-se a possibilidade de excluir por completo um direito fundamental colidente num dado caso concreto, questão tormentosa tendo em vista a igual hierarquia dos direitos fundamentais. Entendeu-se que, atendidos os critérios da proporcionalidade, a total exclusão, de todo indesejável, pode ser a única solução possível, principalmente ao constatar-se que a manutenção de determinado direito, mesmo que com seu âmbito de proteção reduzido, poderia acarretar um gravame ainda maior que a sua própria exclusão completa.

A questão dos limites imanentes, por sua vez, repleta de dúvidas quanto a sua fundamentação, fora abordada no sentido de reconhecer-se a procedência de tal instituto se destinado exclusivamente ao legislador, de forma a legitimar seu trabalho restritivo de direitos fundamentais postos sem reserva de lei, diferenciando-os, portanto, do fenômeno da colisão de direitos fundamentais. Esta, por sua vez, ocorreria concretamente e poderia até ser prevista pelo legislador, tendo na figura do juiz seu principal agente pacificador, que só poderia alcançar a solução ideal com o uso do “princípio dos princípios”, ou seja, a proporcionalidade.

Tudo o que foi dito neste trabalho não faria nenhum sentido se não houvesse uma Constituição capaz de garantir os direitos fundamentais. O reconhecimento da força normativa e vinculante dos princípios constitucionais é um ganho importantíssimo para a humanidade, protegendo-a do arbítrio. A existência de um texto erigido como Lei Fundamental de um Estado, que prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, faz-nos acreditar, alegremente, que o ser humano sempre deve prevalecer.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

_____. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.