

HERBERT DA SILVA GONÇALVES

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO  
INSTRUMENTO  
DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

FLORIANÓPOLIS/ FEVEREIRO DE 2001

HERBERT DA SILVA GONÇALVES

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO  
INSTRUMENTO  
DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

Florianópolis/Fevereiro de 2001

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD**

A PRESENTE DISSERTAÇÃO INTITULADA: **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**, ELABORADA POR *HERBERT DA SILVA GONÇALVES*, FOI APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, SENDO JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

FLORIANÓPOLIS (SC), ABRIL DE 2001.

BANCA EXAMINADORA:



PROFESSOR ORIENTADOR: PROF. DR. SÍLVIO DOBROWOLSKI.

MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JÚNIOR.



MEMBRO DA BANCA: PROF. DR. SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI.



COORDENADOR DO CPGD DA UFSC: PROF. DR. CHRISTIAN GUY CAUBET.

## **EPIGRAFE**

“De todas as leis, as que demandam o mais alto respeito são as leis constitucionais, e sua observância deve ser religiosa, pois são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e da sociedade política”.

Pimenta Bueno

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais MANOEL E TEREZINHA ,  
pelo carinho.

Ao meu tio PEDRO, pela amizade.

À minha sobrinha GABRIELA, fonte de  
alegria e ternura.

## AGRADECIMENTOS

A meus pais e irmãos , pelo estímulo e pelo encorajamento.

Ao Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski, meu orientador, que apesar da distância, esteve sempre presente no percurso deste trabalho, participando ativamente dos rumos desta pesquisa, meus sinceros agradecimentos.

Ao Prof. Welber Barral, pela dedicação.

Agradeço, ainda, o estímulo daqueles que fizeram comigo o mesmo caminho neste período, especialmente os colegas Famblo, Hamilton e Eunápio, com os quais compartilhei idéias, ansiedades, alegrias, dificuldades, enfim, são todos co-partícipes desta conquista.

À Prof<sup>ª</sup>. Msc Maria Assunção Lopes, primeira incentivadora desta empreitada, cujo apoio foi imprescindível para esta conquista.

À Prof<sup>ª</sup> Ivana Ferrante Rabelo, pela revisão de português.

À UNIMONTES e à CAPES, que oportunizaram esta vitória.

Ao CPDG/UFSC e a todos os funcionários, pelo atendimento e presteza nas nossas solicitações.

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, concorreram para o êxito deste árduo, porém, gratificante trabalho.

E, sobretudo a Deus, Pai Celestial, Senhor de todos nós.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPITULO I – CONSTITUIÇÃO, SISTEMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS. ....</b>	<b>04</b>
1.1 A Constituição nos aspectos sociológico, político e jurídico.....	06
1.1.1 A Constituição no sentido sociológico.....	06
1.1.2 A Constituição no sentido político.....	09
1.1.3 A Constituição no sentido jurídico.....	11
1.2 As concepções de Constituição em Rudolf Smend, Hermann Heller e Konrad Hesse.....	13
1.2.1 A Constituição no pensamento de Rudolf Smend.....	13
1.2.2 A Constituição no pensamento de Hermann Heller.....	16
1.2.3 A Constituição no pensamento de Konrad Hesse.....	22
1.3 O conceito de sistema jurídico e sistema constitucional.....	25
1.3.1 A adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica como fundamento do sistema jurídico.....	27
1.3.2 O sistema como ordem de princípios gerais de direito.....	31
1.4 O conceito de direitos fundamentais.....	36
1.4.1 Direitos fundamentais: síntese histórica.....	37
1.4.2 Direitos fundamentais na moderna teoria constitucional.....	39
1.5 Classificação dos direitos fundamentais.....	43
<b>CAPÍTULO II – NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>51</b>
2.0 Normas constitucionais.....	51
2.1 Classificação das normas constitucionais.....	54
2.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena.....	56
2.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida .....	57
2.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada.....	59

2.2 Conceito de norma de direito fundamental.....	60
2.3 Conflito de normas.....	62
2.4 O sistema de direitos fundamentais como sistema de princípios.....	67
2.5 Direito constitucional de conflitos.....	68
2.5.1 Colisão de direitos fundamentais.....	68
2.5.1.1 Colisão entre os próprios direitos fundamentais.....	70
2.5.1.2 Colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais	70
2.5.2 Direito constitucional de conflito e sua metódica.....	71
2.6 Lei da colisão e da ponderação de bens.....	74
2.7 Restrições de direitos fundamentais e sua solução. Considerações preliminares.....	78
2.7.1 Metódica e conceito de restrição.....	82
2.7.2 Normas restritivas de direito fundamental.....	83
2.7.3 Tipos de restrições.....	85
2.7.3.1 Restrições diretamente constitucionais.....	85
2.7.3.2 Restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada).....	86
2.7.3.3 Restrições tácitas constitucionais.....	87
2.7.4 Restrições e proporcionalidade.....	88
2.8 O respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	91

### **CAPITULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....**

	96
3.1 Considerações sobre o princípio da proporcionalidade.....	96
3.2 Sede constitucional do princípio da proporcionalidade e sua normatividade.....	98
3.3 Críticas ao princípio da proporcionalidade.....	102
3.4 O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios.....	103
3.5 Razoabilidade e proporcionalidade: apontamentos para uma distinção.....	106
3.6 Ilustração jurisprudencial sobre a razoabilidade.....	111
3.7 Interpretação constitucional: especificidades.....	119

3.8 Proporcionalidade e interpretação dos direitos fundamentais: será o princípio da proporcionalidade um princípio de interpretação?.....	124
3.9 O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	129
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>142</b>

## RESUMO

O presente trabalho objetiva verificar o relacionamento do princípio da proporcionalidade e a interpretação dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988. Procura demonstrar que o sobredito princípio é um instrumento hábil e eficaz na interpretação dos direitos fundamentais, sobretudo quando ocorrer conflitos entre tais direitos ou entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos. Busca, a partir das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que vêm sendo firmada sobre o assunto, a importância deste princípio em sede de interpretação constitucional. O trabalho é composto de três capítulos. O primeiro capítulo trata das várias concepções que o termo Constituição possa assumir; estuda, ainda, os direitos fundamentais, como conquistas históricas, positivados na Constituição; discute-se, também, o conceito de sistema na ciência do direito. O segundo capítulo analisa as normas constitucionais bem como uma proposta de classificação. Trata, também, do conflito entre os direitos fundamentais e apontamentos para possíveis mecanismos de resolução destes conflitos. Discute, ainda, as restrições dos direitos fundamentais. No terceiro capítulo dá-se ênfase ao princípio da proporcionalidade e os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrito senso, bem como de apontamentos para uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. O trabalho culmina com algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

## ABSTRACT

The Objective of this thesis is verify the relation between the proportion principle and the interpretation of the fundamental rights according to the 1988 Brazilian Constitution. It tries to shown that the mentioned principle is a suitable and effective instrument for the interpretation of the fundamental rights, specially, when conflicts occur between those rights or between them and other goods constitutionally protected. It seeks to prove, from the decisions that has been firmmed by the Supremo Tribunal Federal about the subject, the importance of that principle for the constitutional interpretation. The work is structured in three chapters. The first one discusses the various conceptions that the term Constitution assumes, it also studies the fundamental rights as historic acquisitions cemented in the Constitution. It discusses the concept of system in law jurisprudence. The second chapter analyzes the constitutional rules and proposes a classification for them. It also examines the conflicts between the fundamental rights and their possible solutions. It also discusses the restriction over the fundamental rights. In the third chapter the principle of proportion is emphasized, as well as the sub-principles: the principle of appropriateness, the principle of necessity and the principle of proportion “*stricto sensu*”. It also makes some notes regarding a distinction between proportion and reasonability. The thesis culminates citing some decisions of Supremo Tribunal Federal about the subject.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente dissertação tem por objetivo principal o estudo de um tema pouco pesquisado no Direito Constitucional brasileiro. Trata-se do Princípio da Proporcionalidade como instrumento jurídico, posto à disposição dos operadores jurídicos na realização da Constituição, especialmente no que diz respeito aos Direitos Fundamentais do cidadão.

Descrever-se-á, a partir da Doutrina e da Jurisprudência nacional que se vem consolidando sobre a matéria, especialmente acerca do Supremo Tribunal Federal e da aplicabilidade do sobredito princípio em sede de interpretação dos direitos fundamentais.

Poder-se-á afirmar que o referido princípio desempenha dupla função: primeiro como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Poder Público, e segundo como instrumento de interpretação e solução conciliatória quando ocorrem antagonismos entre os direitos fundamentais.. É neste último sentido que será desenvolvido o presente trabalho.

Todavia, esclareça-se, desde logo, não ter qualquer pretensão de estabelecer verdades absolutas ou conclusões definitivas. Muito pelo contrário, deseja-se apenas levantar algumas questões relativas ao funcionamento do princípio da proporcionalidade como instrumento hábil, eficaz e inovador em sede de interpretação dos direitos fundamentais, incluindo a atuação daqueles que serão

denominados, para efeito deste trabalho, de operadores jurídicos: Magistrados, membros do Ministério Público, advogados e também, em situações específicas, os professores da área constitucional, na qual o princípio é mais utilizado.

O primeiro capítulo tratará das várias concepções que o termo Constituição possa assumir, adotando, principalmente, autores como RUDOLF SMEND, HERMANN HELLER E KONRAD HESSE. Em seguida, abordar-se-á sobre o conceito de sistema jurídico e constitucional, tendo como marco teórico CLAUS-WILHELM CANARIS. Ainda no capítulo inicial, serão estudados os direitos fundamentais e suas respectivas classificações, sem contudo, exauri-las, posta a limitação do presente trabalho.

O segundo capítulo terá como objeto de análise as normas constitucionais em que se encontram positivados os direitos fundamentais, bem como uma proposta de classificação sob alguns aspectos. Tratar-se-á, também, do conflito existente entre os direitos fundamentais e da sua solução jurídico-constitucional. Merecerão, ainda, tratamento as restrições de direitos fundamentais e o papel do princípio da proporcionalidade como proteção contra a ação lesiva do legislador, bem como a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O último capítulo, abordará o tratamento específico dispensado ao princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Serão discutidos alguns aspectos gerais do princípio da proporcionalidade, bem como a viva discussão acerca do seu assento constitucional. Analisar-se-ão os seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade no sentido estrito. Tratar-se-á, ainda, sobre os termos razoabilidade e proporcionalidade e a discussão doutrinária

sobre a distinção entre eles. Abordar-se-ão alguns aspectos sobre a interpretação constitucional, sem, contudo, adentrar em discussões teóricas, posto a limitação do presente trabalho. Ao final, indagar-se-á se o princípio da proporcionalidade é efetivamente um princípio de interpretação.

Nas considerações finais, como sói acontecer, registrar-se-ão tão somente as principais questões pontuais desenvolvidas ao longo do trabalho. Conclusões, conforme já dito, que apresentam apenas as instigações a novos e ricos debates.

Para a obtenção do resultado desejado, utilizar-se-á, nesta dissertação, do método indutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e textos legais. Pesquisou-se tanto obras nacionais, como também alguns autores estrangeiros relacionados com o tema.

A aprovação do trabalho não expressa o endosso do Professor orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia e à conceituação que o fundamentam, sendo todas as opiniões de inteira responsabilidade do mestrando.

## CAPÍTULO I

### 1.0 CONSTITUIÇÃO, SISTEMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O pressuposto para desenvolvimento do tema central desta dissertação é o de investigar, de início, os inúmeros sentidos que a moderna doutrina jurídica empresta ao conceito do termo Constituição, com reflexos para uma interpretação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.

Entretanto, vale lembrar a lição de AFONSO ARINOS, ao afirmar que “...numerosas são as tentativas de definição de Constituição, mas os autores das diversas escolas e dos diferentes países reconhecem a insuficiência das fórmulas propostas para esse fim.”<sup>1</sup>

Neste contexto, não se concebe, em tese, a existência de direitos fundamentais sem a existência de uma Constituição e um Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, e com particular propriedade expressa, CRUZ VILLALON “...onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição e as Constituições do Brasil*. p. 105

<sup>2</sup> CRUZ, Villalon. *Formacion e Evolucion de los derechos fundamentales*. Apud J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.353

Neste mesmo sentido, ensina o INGO SARLET, ao afirmar a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito.<sup>3</sup>

Para o sobredito autor, citando KLAUS STERN

“as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.”<sup>4</sup>

De outra parte, remontam desde a Antigüidade as primeiras idéias acerca do conceito de Constituição. Já ARISTÓTELES, em *A Política*, afirmara que a Constituição é “... a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania, e o fim a que se propõe a sociedade civil.”<sup>5</sup>

Na atualidade, a Constituição expressa um documento normativo do Estado e da sociedade, concebendo-a como processo e espaço de luta, diferente de outrora, entendida como mero instrumento de limitação do poder do Estado. Referindo-se a tal mudança de paradigma, CLEMERSON MERLIN CLÈVE afirma:

“A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *autoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem

---

<sup>3</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p.59

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 59

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. p. 49

como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos (...).<sup>6</sup>

## **1.1 A CONSTITUIÇÃO NOS ASPECTOS SOCIOLÓGICO, POLÍTICO E JURÍDICO.**

A Constituição pode ser estudada sob vários enfoques: o sociológico, o político e o jurídico. Assim, tecer-se-á, neste item, de forma sumária, considerações acerca de cada um desses aspectos.

### **1.1.1 CONSTITUIÇÃO NO SENTIDO SOCIOLÓGICO**

FERDINAND LASSALLE<sup>7</sup> estudioso do sociologismo constitucional, indagando da verdadeira essência do conceito de Constituição, afirma que o conceito jurídico, normativo, apenas diz como se formam as

---

<sup>6</sup> PERES, Quitéria Tamanini Vieira. *Elementos para a formulação de um conceito de Constituição coerente com a realidade brasileira.*. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (org). *A Constituição no mundo globalizado.* p.229

<sup>7</sup> Conforme Aurélio Wander Bastos prefaciando a obra de FERDINAND LASSALLE, entende "A Essência da Constituição como uma obra sobre a sociologia das constituições de alcance acadêmico e popular que estuda os fundamentos essenciais – sociais e políticos – de uma Constituição. O seu pressuposto jurídico, evidente confronto com o pensamento jusnaturalista e positivista, é de que as constituições não promanam de idéias ou princípios que se sobrepõem ao próprio homem, mas dos sistemas que os homens criam para, entre si, se dominarem, ou para se apropriarem da riqueza socialmente produzida. Esta obra de Ferdinand Lassalle transformou se em um clássico do constitucionalismo que, paradoxalmente, desconhece a importância do Direito como instrumento de organização social e, ao mesmo tempo, escrevendo sobre o que é uma constituição, ensina exatamente o que não deve ser a essência de uma constituição. Cf. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.

Constituições, mas não diz o que uma Constituição é, e não apresenta critérios para reconhecê-la exterior e juridicamente.<sup>8</sup>

Assim, FERDINAND LASSALLE preconiza uma submissão dos textos constitucionais às forças existentes na sociedade, que denominou *fatores reais de poder*, as quais, segundo ele, informam todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que, em essência, não possam ser mais do que são e como são.<sup>9</sup>

Neste contexto, para o referido autor, a essência da Constituição de um país é “...a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.”<sup>10</sup> E de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatores reais e efetivos do poder. Esses “fatores reais de poder”, no seu entendimento, eram a monarquia, as oligarquias, as conquistas da grande burguesia, a pequena burguesia, as massas proletárias, as igrejas, a consciência coletiva nacional e a cultura intelectual.<sup>11</sup>

Neste sentido, o autor acrescenta que “...os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis, a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.”<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*., pp 47-48. obra que reúne a conferência pronunciada em Berlim, em abril de 1862.

<sup>9</sup> DOBROWOLKI, Silvio (Org). *A Constituição no mundo globalizado*. p.232

<sup>10</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. p. 32

<sup>11</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. p. 11

<sup>12</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. p. 53

E caso haja um divórcio entre os fatores reais de poder e a Constituição escrita “...a Constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la.”<sup>13</sup>

Para o *sociologismo jurídico*, a fonte, a origem da ordem constitucional positiva deve-se procurar, pois, na própria realidade social, em seus estratos mais profundos.

Neste sentido J. H. MEIRELLES TEIXEIRA diz que:

“...as Constituições não são meros produtos da Razão, algo inventado ou criado pelo homem, ou por este produzido logicamente de certos princípios teóricos. Ao contrário, para os historicistas e sociólogos, as Constituições são resultado, ou de lentas transformações históricas, de motivos inconscientes, de sentimentos coletivos etc, ou representam mesmo algo de vital, algo que se encontra em relação concreta e viva com as forças sociais, em determinado lugar e em determinada conjuntura histórica.”<sup>14</sup>

Oportuno, pois, ressaltar algumas premissas da escola sociológica, a saber: 1) que as Constituições já não são puras formas de dever-ser, mas de ser; 2) que as Constituições resultam das situações sociais do presente; 3) que é preciso reconhecer que as sociedades humanas têm uma normatividade própria, isto é, que o jogo natural das forças sociais tem suas leis, e que estas muitas vezes se mostram rebeldes à ação das normas jurídicas; 4) que as Constituições devem basear-se na realidade política e social, procurando exprimi-la e sistematizá-la.<sup>15</sup>

Para J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, o grande mérito e a substancial contribuição da escola sociológica foi

---

<sup>13</sup> LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. p. 52

<sup>14</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p.49

“...haver chamado a atenção dos juristas para a íntima relação existente entre o Direito e o meio social; em mostrar que os grandes problemas de política e de Direito Constitucional não são, primariamente, problemas jurídicos, mas sim problemas de poder; que a fonte da ordem constitucional (...) deve buscar-se nos estratos mais profundos da vida social; que as Constituições devem proceder com certo realismo político, isto é, com um conhecimento, tão perfeito quanto possível, das realidades políticas e sociais a que devem aplicar-se; que, finalmente, também uma aplicação sábia e prudente dos preceitos constitucionais, e seu desenvolvimento através da legislação ordinária, deve necessariamente repousar nesse conhecimento das realidades políticas e sociais, a fim de evitar-se (...) o idealismo das Constituições brasileiras e o fracasso de muitas instituições, com a conseqüente instabilidade política e social.(...)”<sup>16</sup>

### 1.1.2 CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO POLÍTICO

A concepção política de Constituição foi desenvolvida por CARL SCHMITT, reconhecido constitucionalista alemão, que se notabilizou por entendê-la, essencialmente, como *decisão política fundamental*. Sua obra clássica “Teoria da Constituição” é considerada uma fonte de ensinamentos para os que se dedicam ao tema. Para este autor, a validade da Constituição deriva de uma vontade existente, uma vontade política, porque antes dela já existia uma comunidade política, uma Nação, consciente de sua unidade política.<sup>17</sup>

Esta é dotada de uma vontade de existir, e de existir de acordo com determinada forma, para determinados fins, e a Constituição vale porque foi

---

<sup>15</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p. 49

<sup>16</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p. 52

ordenada positivamente por essa vontade política preexistente, da unidade política que é a Nação.<sup>18</sup>

Neste sentido, é o ensinamento de MICHEL TEMER, para quem “...a Constituição segundo esse entender, encontra seu fundamento de validade, extrai o seu ser, de uma decisão política que a antecede. Não da forma jurídica.”<sup>19</sup>

CARL SCHMITT faz uma distinção fundamental para desenvolver o conceito de Constituição. Para ele, Constituição e Leis Constitucionais são dois conceitos distintos. Aquela é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política. A esse autor importa que, em dado instante, verifica-se a manifestação de um poder (o constituinte) que decida a respeito da forma de ser do Estado, de seus alicerces, de sua estrutura básica, de sua conformação fundamental. Tudo como fruto da *decisão política* que é tomada em certo momento. As leis constitucionais valem, pelo contrário, com base e na pressuposição de uma Constituição.<sup>20</sup>

Assim, Constituição, para CARL SCHMITT, são apenas as *decisões políticas fundamentais* e os dispositivos da Constituição normativa que as consagram. Tudo mais, na Constituição normativa, é apenas *lei constitucional*.

Segundo este raciocínio a Constituição brasileira limitar-se-ia apenas aos artigos 1º, 2º, 5º, 21, 25, 29, 44 e 76, sendo que todos os seus demais

---

<sup>17</sup> PERÉS, Quitéria Tamanini Vieira. *Elementos para a formulação de um conceito de Constituição coerente com a realidade brasileira*. In: DOBROWOLSKI, Sílvio(Org.) *A Constituição no mundo globalizado*. p. 234

<sup>18</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p.53

<sup>19</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. p. 18

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. p.45-46

dispositivos, não encerrando “*decisiones políticas fundamentales*”, seriam apenas leis constitucionais.

Oportuno, neste sentido, pois, a lição de MICHEL TEMER ao asseverar que “... é conteúdo próprio da Constituição aquilo que diga respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais. Tudo o mais – embora possa estar *escrito* na Constituição – é lei constitucional. Significa: o constituinte não precisaria tratar daquela matéria porque não é emanção necessária da *decisão política fundamental*.”<sup>21</sup>

Em resumo, para CARL SCHMITT a “...essência da constituição não se acha numa lei, ou norma, mas no fundo ou por detrás de toda normatividade está uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia, e do monarca na monarquia autêntica”.<sup>22</sup>

### 1.1.3 CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO JURÍDICO

Na concepção jurídica, a Constituição se apresenta essencialmente como *norma jurídica*, norma fundamental ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país. Esta Constituição será, então, um complexo normativo estabelecido de uma só vez, no qual, de uma maneira total, exaustiva e sistemática, se estabelecem as funções fundamentais do

<sup>21</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. p. 18

<sup>22</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. p. 47 “la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía autêntica”.

Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. A constituição é, pois, um sistema de normas.<sup>23</sup>

Para o publicista JOSÉ AFONSO DA SILVA a concepção jurídica da Constituição

“...coloca-se em posição antagônica à concepção sociológica. Kelsen levou-a às últimas conseqüências. A constituição é, então, considerada como norma, e norma pura, em coerência com seu normativismo metodológico, que concebe o Direito apenas como direito positivo, como puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política, filosófica, no que bem claramente se opõe aos conceitos sociológico, político e ideal de constituição.”<sup>24</sup>

KELSEN não nega, por completo, a existência de dados sociais, isto é, uma realidade social complexa. Reafirma também que o Direito é inspirado por teorias e princípios filosóficos relacionados com a norma positiva, mas estes são problemas metajurídicos, segundo ele, e, por conseguinte, seu estudo não compete ao jurista, mas sim ao filósofo ou sociólogo. Assim, na sua teoria, ele visa expurgar toda classe de juízo de valor moral ou político, social ou filosófico.<sup>25</sup>

Nesse sentido, a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, ao afirmar que “ ... Kelsen não nega a existência de uma ‘ordem da natureza’ de elementos sociais subjacentes ao Direito. Mas sua teoria pura expurga a ciência jurídica de toda sorte de componentes metajurídicos, restringindo-a ao direito positivo, ao *dever-ser* ditado pela norma”.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* p. 28

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 30

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 30

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividades de suas normas*. p. 65

Para KELSEN, a palavra Constituição pode ser vista sob duplo aspecto: lógico-jurídico e jurídico-positivo. No primeiro caso, significa a *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento de validade da Constituição jurídico-positiva. No segundo, a Constituição *jurídico-positiva* equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas: lei nacional no seu mais alto grau, ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais.<sup>27</sup>

A seguir , apresentar-se-ão algumas concepções que o termo Constituição possa assumir segundo o pensamento de RUDOLF SMEND, HERMANN HELLER E KONRAD HESSE.

## **1.2 AS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO EM RUDOLF SMEND, HERMANN HELLER E KONRAD HESSE**

### **1.2.1 A CONSTITUIÇÃO NO PENSAMENTO DE RUDOLF SMEND**

RUDOLF SMEND, jurista alemão, desenvolveu neste século, um novo conceito de Constituição, em oposição ao já superado conceito lógico-formal, típico da época do Estado liberal. Foi ele o criador da concepção integrativa da Constituição.

---

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade*. das Normas Constitucionais. p. 31

A sua concepção é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.<sup>28</sup>

Não é por acaso, afirma RUDOLF SMEND, que a Constituição consubstancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal, como, por exemplo, direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo, de sua força integrativa.<sup>29</sup>

A Constituição é, assim, para RUDOLF SMEND, uma unidade de sentido, e o preenchimento desse sentido o seu princípio regulativo. A unidade de sentido traduz-se por igual num sistema de valor ou de cultura. Para J. H. MEIRELES TEIXEIRA a concepção culturalista da Constituição

“... permite situar , colocando-os também em relevo, problemas tais como adequação das técnicas e valores constitucionais à realidade política e social (idealismo ou realismo da Constituição); do condicionamento do Direito pela conjuntura histórico-social; da evolução do Direito, ligada à evolução da cultura total, tanto material como espiritual; das funções da Constituição, configurando a vida política e social, tentando submetê-la conscientemente a determinados valores e finalidade, e ainda realizando uma integração de tantos fatores diversificados e por vezes contraditórios, numa síntese político-social; o da distinção entre fins e meios, na vida jurídica, política e social; o da estrutura essencialmente finalística e teleológica do Direito, idêntica à vida humana, que é justamente preocupação constante, um constante vir-a-ser, mediante decisões que implicam, em cada momento, preferências valorativas, juízos de valor,

<sup>28</sup>Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 436

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* p 436

no eterno afã de realização, cada vez mais aproximada, dos valores ideais eternos.”<sup>30</sup>

Nestes termos, RUDOLF SMEND afirma que “...a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, melhor dizendo, da dinâmica vital que se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a perpétua reimplantação da realidade total do Estado: e a Constituição é a plasmação legal ou normativa de aspectos determinados deste processo”.<sup>31</sup>

Evidentemente, que o Estado não está restrito àqueles momentos da realidade contemplados na Constituição, ao revés “para ter uma vigência efetiva na vida política, a Constituição há de levar em conta toda a enorme gama de impulsos e de motivações sociais da dinâmica política, integrando-os progressivamente.”<sup>32</sup>

RUDOLF SMEND ensina que este dinamismo da vida política não pode ser apreendido e normado plenamente por poucos artigos reconhecidos na Constituição, muitas vezes, de forma esquemática. Ao invés, a finalidade integradora que se pretende das normas constitucionais depende da ação conjunta de todos os impulsos e motivações políticas da comunidade, e que, em certas ocasiões, esta função integradora se realiza fora dos textos constitucionais.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p. 78

<sup>31</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. p. 132 “La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantação de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.”

<sup>32</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. p. 133 “para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución há de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progressivamente.”

<sup>33</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. p. 133

Nestes casos “a função integradora, característica tanto da natureza essencialmente valorativa do espírito, como das próprias normas constitucionais, se realiza, apesar destas aparentes divergências, de modo mais pleno, conforme o mais fiel e genuíno sentido da Constituição que através de uma regulação exaustiva e presa ao texto constitucional, pois que neste último caso não há senão a prova de uma escassa vida constitucional.”<sup>34</sup>

De modo que, pela sua própria natureza, a Constituição não tende, assim, a regular casos concretos, senão a abarcar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador. É esta mesma finalidade que não só permite, como exige do intérprete constitucional uma interpretação extensiva e flexível, que difere em grande medida de qualquer outra interpretação jurídica.<sup>35</sup>

## 1.2.2 A CONSTITUIÇÃO NO PENSAMENTO DE HERMANN HELLER

As teorias políticas modernas não poderiam ignorar as relações Estado-sociedade mediadas por uma carta de princípios, denominada Constituição Política. Induvidosamente, a questão constitucional constitui tema principal do

---

<sup>34</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución t Derecho Constitucional*. p. 133 “ la función integradora, característica tanto de la naturaleza esencialmente valorativa del espíritu, como de las propias normas constitucionales, se realiza, a pesar de estas aparentes divergencias, de un modo más pleno, además de ser así más fiel el genuino sentido de la Constitución que a través de una regulación exhaustiva y pegada al texto constitucional, pero que a postre no es sino muestra de una escasa vida constitucional” (Tradução livre)

<sup>35</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. p. 133

pensamento político-jurídico do século XIX, que desde o fenômeno constitucional do século XVIII marca presença na organização do Estado e da sociedade.

Política para HELLER é “...no mais alto e exemplar sentido, a organização e atuação autônoma da cooperação social em um território.”<sup>36</sup> As instituições humanas desenvolvem poder político, e, dentre outras instituições contemporâneas, o Estado é a maior e a mais importante. Segundo HELLER, o poder nasce e mantém-se mediante uma cooperação humana dirigida por uma ordenação regular comum, na qual determinados indivíduos cuidam do estabelecimento e segurança da ordenação, assim como da atuação unitária do poder de tal modo concentrado.

O poder do Estado, afirma HELLER, tem de ser, do ponto de vista do direito, o poder político supremo, e do ponto de vista do poder, o poder político moralmente mais forte dentro do seu território, pois, do contrário, não será soberano, nem poder de Estado. Mas a totalidade do poder objetivo da organização, tampouco pode ser localizada em algum membro, pelo fato de, para uma organização permanente ser importante dispor de poder, faz-se necessária uma divisão de poderes, ou seja, de competências, com o objetivo de combinar as atividades e, portanto, uma divisão do poder da organização entre os detentores de poder, embora ordenados hierarquicamente.<sup>37</sup>

A Constituição do Estado juridicamente normada, para HELLER, é também expressão das relações de poder, tanto físicas como psíquicas. Enquanto

---

<sup>36</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 247

<sup>37</sup> Cf. BUZANELLO, José Carlos. *Constituição política em Hermann Heller*. p.263

conexão social de ação, a Constituição apresenta-se como objeto próprio das ciências do real. Em troca, a ciência dogmática do direito considera a Constituição jurídica do Estado como uma formação normativa de sentido, relativamente separada e emancipada da realidade social. A Constituição de um Estado coincide com sua organização, enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente numa cooperação de todos (indivíduos e grupos), mediante coordenação dos mesmos. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real, que se renova constantemente por meio de atos de vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em uma unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência.<sup>38</sup>

Neste sentido HELLER diz que

“ A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. Assim como em uma melodia ‘transportada’ mudaram os ‘elementos’ e, não obstante, a melodia se considera idêntica (...), assim também na sucessão e na coexistência dos cooperadores que mudam vê-se como a Constituição persiste como unidade diferenciável.”<sup>39</sup>

Para HELLER a constituição estatal forma um todo, no qual aparecem, complementando-se reciprocamente, a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica. Realmente, buscando superar aquelas concepções parciais, diz ser preciso “...distinguir em toda Constituição estatal, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a

---

<sup>38</sup> HELLER, Herman . *Teoria do Estado*. p. 295

Constituição não normada e a normada, e dentro desta, a normada extrajudicialmente e a que o é juridicamente. A Constituição normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado é a Constituição organizada.”<sup>40</sup>

A Constituição política como *status* real permite que seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas – além de uma forma de atividade meramente normal. Às vezes são, por seu conteúdo, regras empíricas do agir que unicamente foram abstraídas da realidade social pelo poder estatal, que são formuladas e sistematizadas. Contudo, com frequência o constituinte delibera um querer e um dever-ser oposto ao ser social, como uma disposição nova com respeito à ordem social até então existente. No processo legislativo ordinário, só se valora positivamente e, por conseguinte, se converte em normatividade, aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existência real, uma condição de existência, ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano. A Constituição normada consiste em uma normalidade da conduta normada juridicamente, ou extrajudicialmente, pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, a moda etc.<sup>41</sup>

Nesse raciocínio, confirma-se a tese de FERDINAND LASSALLE de que a Constituição real consiste nas relações reais de poder. Não só segundo uma acepção vulgar, afirma HELLER, mas também na linguagem jurídica, costuma-se entender por Constituição do Estado “... não a estrutura de um status político total, mas unicamente o conteúdo normativo jurídico destacado desta

---

<sup>39</sup> HELLER. Hermann. *Teoria do Estado*. p.296

<sup>40</sup> HELLER. Hermann. *Teoria do Estado*. p.296

<sup>41</sup> Cf. BUZANELLO. José Carlos. *Constituição política em Hermann Heller*. p.263

realidade; não uma estrutura social formada por normas, mas uma estrutura normativa de sentido; não um ser, porém um dever-ser.”<sup>42</sup>

A Constituição em HELLER, além de uma carta de normas, relaciona-se cotidianamente com a combinação da organização e ação social. A normatividade constitucional deve estar em adequação com a efetividade real, a normalidade social. Caso contrário, a Constituição não passa de uma folha de papel na expressão de FERDINAND LASSALLE. Para HELLER, a “...Constituição real do Estado conhece certamente uma normalidade sem normatividade mas não, ao contrário, uma validez normativa sem normalidade.”<sup>43</sup> Não cabe, pois, manter a usual rigidez da separação entre as leis do ser e as do dever-ser.

Neste sentido no pensamento de HELLER, não se concebe a separação entre o dinâmico e o estático, bem como entre normatividade e normalidade. Para o autor

“...não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para êles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais

---

<sup>42</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 306

<sup>43</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 299

ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas.”<sup>44</sup>

Em suma, para HELLER há uma complexa conexão entre a constituição e a realidade social total, sendo ela expressão das relações de poder, tanto físicas como psíquicas, mas desempenhando também uma função diretora e uma função preceptiva, que têm caráter autônomo e que, com frequência, decidem contra o tradicional. Assim, a constituição não normada (realidade sócio-cultural) e a constituição normada (normativa, jurídica e extrajudicialmente) são conteúdos parciais da Constituição política total, configurando elementos estáticos e dinâmicos, normalidade<sup>45</sup> e normatividade, ser e dever-ser.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 296

<sup>45</sup> Normalidade e Normatividade são dois termos que se contrapõem, porém não se separam. A Normalidade consiste na concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação de que uma conduta se repetirá, sob as mesmas circunstâncias, no futuro. Assim, pelo fato de tal homem ou grupo em tais circunstâncias, de maneira constante e com regularidade, terem-se comportado, em geral, de tal modo, pode-se esperar e contar que, apesar das exceções que a regra pode ter, se comportarão também assim, sob as mesmas circunstâncias no futuro. Valendo-se, por exemplo, das qualidades do homem econômico e as do homem político, do alemão e do francês, do conservador e do revolucionário, do empresário e do trabalhador, pode-se formular determinadas probabilidades cuja realização espera-se tornar possível uma atuação ordenada. Dessa forma, as motivações naturais comuns como a terra, o sangue, o contágio psíquico coletivo, a imitação, além da comunidade histórica e cultural, originam de modo constante e regularmente uma normalidade puramente empírica da conduta que constitui a infra-estrutura não normada da Constituição do Estado. Todos esses fatores naturais e culturais constituem apenas parcialmente o conteúdo da Constituição total. A normalidade tem que ser sempre reforçada e complementada pela normatividade, ao lado da regra empírica de previsão aparecerá a norma de valorativa de juízo. Na obrigatoriedade de um agir conforme determinados critérios positivos de valor reside a normatividade. Portanto, não existe Constituição política alguma que, inteiramente como *status* real, não seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas, isto é, uma forma de atividade normada, além de uma forma de atividade normal. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 297-299.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 34

### 1.2.3 A CONSTITUIÇÃO NO PENSAMENTO DE KONRAD

#### HESSE

Uma síntese das diversas concepções modernas de Constituição pode ser encontrada no pensamento de KONRAD HESSE em sua obra clássica “A Força Normativa da Constituição”.

Após considerar, como tese fundamental da obra de FERDINAND LASSALLE, a afirmativa de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, KONRAD HESSE cita GEORG JELLINEK, que afirma:

“...o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar efetivamente, a divisão dos poderes políticos, cujas forças movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”, observa que “esse pensamento não pertence ao passado”, que “a coincidência da realidade e norma constitui apenas um limite hipotético extremo” e sustenta a necessidade de uma ficção - uma força normativa da constituição – como força determinante para assegurar a eficácia da Constituição jurídica uma vez que no âmbito da Constituição “inexiste ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos.”<sup>47</sup>

KONRAD HESSE contrapõe-se a FERDINAND LASSALLE que afirmava ser exclusivamente os fatores reais e efetivos de poder a verdadeira Constituição de um país:

---

<sup>47</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. p.10-12

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia, não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconhecidas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.”<sup>48</sup>

A questão da Constituição escrita é vista por HESSE da seguinte

forma:

“A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por LASSALLE. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real.”<sup>49</sup> (*Ipsis Litteris*)

<sup>48</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. p. 14-15

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. p.25

Para KONRAD HESSE, a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Todavia, para que esta Constituição, como instrumento jurídico-normativo do Estado, possa desenvolver de forma ótima e eficaz, KONRAD HESSE enumera alguns pressupostos indispensáveis. Primeiro diz que o conteúdo da Constituição deve guardar estreita conexão com a realidade vigente, levando-se em conta os aspectos políticos, sociais e econômicos dominantes. Segundo, para se ter uma ótima força normativa constitucional devem-se evitar as constantes revisões constitucionais que constituem uma ameaça a sua força normativa. E, por fim, ressalta-se a importância de uma adequada interpretação constitucional para preservação da sua força normativa.<sup>50</sup>

Em síntese, pode-se dizer que a Constituição de um país é um conjunto de normas prevalentes, axiologicamente ordenado e tendencialmente unitário em torno de valores e princípios. Trata-se de normas não isoladas, mas integradas a um sistema em forma de estrutura, que é o sistema constitucional. Assim, o sistema tem como função sistematizar e articular a unidade e valoração do ordenamento jurídico-constitucional. E, sendo a Constituição a sede fundamental dos valores e intenções basilares do Direito, o passo essencial para o dimensionamento do sistema jurídico é pensar a viabilidade de um sistema

---

<sup>50</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. p. 21-23

constitucional. Nesta dimensão, a concepção de sistema de CANARIS, a seguir exposta, representa tal possibilidade.

### 1.3 O CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA CONSTITUCIONAL

A idéia de sistema em Direito provoca dúvidas e discussões. Difícil mesmo encontrar unanimidade sobre o assunto. Adverte, porém, CANARIS sobre a importância do sistema para a ciência do direito, ao afirmar que “...apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura, apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber. A idéia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico em Direito. A ciência do Direito ou é sistemática ou não existe.”<sup>51</sup>

O conceito geral de sistema, na determinação clássica de KANT, é aquele que o “...caracteriza como ‘unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios.’ ”<sup>52</sup>

Inúmeras são as definições que se encontram na literatura jurídica, sem, contudo, alcançar uma precisão e clareza a respeito do assunto.

“Assim, por exemplo, segundo SAVIGNY, o sistema é a ‘concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade’, segundo STAMMLER ‘uma unidade totalmente

<sup>51</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* p. 5

<sup>52</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.10

coordenada’, segundo BINDER, ‘um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários’, segundo HEGLER, ‘a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada’, segundo STOLL, um ‘conjunto unitário ordenado’ e segundo COING uma ‘ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário’.”<sup>53</sup>

Pode-se constatar, das definições expendidas acima, duas características do sistema: a da ordenação e a unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, porém, não se confundem.<sup>54</sup>

Neste sentido, EDHIERMES COELHO afirma que

“...quanto a ordenação busca-se com ela a fundamentação de um estado das coisas na realidade, como organização racional intrínseca. Quanto a *unidade*, almeja-se amarrar o conhecimento num feixe em torno de princípios fundamentais, evitando sua dispersão. Poder-se-ia dizer, pois, que a idéia de ordenação daria a dimensão aparente do sistema, sua fundamentação organizativo-finalística geral, enquanto que a unidade seria responsável pela articulação do sistema, por seu direcionamento de sentido.”<sup>55</sup> (*Ipsis Litteris*)

---

<sup>53</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.11

<sup>54</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 12

### 1.3.1 A ADEQUAÇÃO VALORATIVA E A UNIDADE INTERIOR DA ORDEM JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

A idéia da ordem interior e da unidade são exigências ético-jurídicas do sistema, postulados básicos do princípio da justiça e da igualdade encontrando seu fundamento na própria essência do Direito.<sup>56</sup>

Portanto, a idéia de sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade, pois

“...esses postulados podem ser muito melhor perseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares e desconexas e em demasiado fácil contradições umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como conjunto de valores jurídicos mais elevados).”<sup>57</sup>

Nesta dimensão, pode-se afirmar que “o papel do conceito de sistema é (...) *o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.*”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> COELHO, Edhiermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (A partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)* p.19

<sup>56</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.* p. 18

<sup>57</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.* p. 22

<sup>58</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.* p. 23

CANARIS aponta alguns tipos de pensamentos sistemáticos, segundo os quais não se mostrariam suficientes para responder aos postulados da unidade e da ordenação.

Primeiro, refuta CANARIS o chamado *sistema externo*, pois este “...não visa, ou não visa em primeira linha, descobrir a unidade de sentido interior do direito, antes se destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível.” Adverte contudo, que tal sistema “... é de grande significado para que o Direito possa ser visto no seu conjunto e, com isso, para a praticabilidade da sua aplicação, bem como, mediatamente, também para a segurança jurídica, no sentido da previsibilidade da decisão.”<sup>59</sup>

Igualmente, para CANARIS “...são também impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica, todos os sistemas de ‘puros’ *conceitos fundamentais* tal como STAMMLER, KELSEN ou NAWIASKI os desenvolveram.” Trata-se, neles, de categorias *puramente formais*, (...) ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo *material...*”<sup>60</sup> (*Ipisis Litteris*)

Em seguida, CANARIS afirma que “... um sistema lógico-formal é igualmente inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva.”<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. p. 26

<sup>60</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. p. 27

<sup>61</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. p.28

Assim “... a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso. Pois a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer o sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de *tipo lógico*, mas antes de *tipo valorativo* ou *axiológico*.”<sup>62</sup> (*Ipsis Litteris*)

Observa o autor que

“...os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teleologicamente. (...) Este carácter axiológico e teleológico da ordem jurídica implica que, comparativamente, os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico e para a metodologia da Ciência do Direito.”<sup>63</sup> (*Ipsis Litteris*)

CANARIS afirma que “...os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal.”<sup>64</sup>

De modo que se pode deduzir que “...um sistema lógico-formal não sirva, de alguma maneira, nem a essência do Direito, nem as tarefas específicas do jurista.” Conseqüentemente, “...a recusa de um sistema lógico-formal, conduz, também à recusa de um *sistema axiomático-dedutivo*. Este pressupõe que todas as proposições válidas dentro de um determinado âmbito material se deixem deduzir de *axiomas* através de uma *dedução puramente lógico-formal*.”<sup>65</sup> (*Ipsis Litteris*)

CANARIS opõe-se aos conceitos de sistemas acima expendidos, embora reconheça méritos e utilidade, pois serviram de base para o

<sup>62</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 30

<sup>63</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 31

<sup>64</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 32

<sup>65</sup> CANARIS Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.38

desenvolvimento de um conceito de sistema que esteja apto para captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica.

Pois, segundo CANARIS “...um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com *meios racionais...*”<sup>66</sup> (*Ipsis Litteris*)

Por outras palavras: “... quem negue a possibilidade de um sistema teleológico nega, com isso, igualmente a possibilidade de captar racionalmente a adequação do pensamento teleológico e, com isso, também a possibilidade de exercer racionalmente a jurisprudência, no seu âmbito decisivo; pois o sistema, no sentido aqui entendido (...) não é, por definição, justamente mais do que a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas.”<sup>67</sup>

Pode-se dizer que

*“...a hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica. Ela é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.”*<sup>68</sup> (*Ipsis Litteris*)

<sup>66</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. p. 69

<sup>67</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. p. 71

<sup>68</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.74-75

### 1.3.2 O SISTEMA COMO ORDEM DE PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Indaga-se, neste momento, quais os elementos constitutivos do sistema nos quais se tornem perspectíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica. Viu-se que se trata de valores. Mas não são valores singulares, porém deve-se perquirir os valores fundamentais que dão organicidade e unidade à ordem jurídica.<sup>69</sup>

CANARIS afirma que o sistema não deva ser composto somente de princípios, senão também depende de outros elementos, vale dizer, de normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores. Contudo, expõe algumas objeções a tais elementos. Primeiro, um sistema composto de normas revela-se pouco significativo, porquanto se deve procurar, justamente, a conexão aglutinadora das normas – e esta não pode, por seu turno, consistir também numa norma.

CANARIS repele, ainda, um sistema formal de conceitos gerais de Direito pois, “...o sistema deve fazer claramente a adequação valorativa e a unidade interior do Direito e, para isso, os conceitos são muito impróprios (...) e mesmo quando estejam bem construídos, eles apenas mediatamente contêm valorações, por assim dizer, fechadas, enquanto os princípios são abertos (...)”<sup>70</sup>

Igual objeção vale para um sistema de institutos jurídicos. Um sistema com eles formados iria exprimir a unidade da ordem jurídica de modo

---

<sup>69</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.76

<sup>70</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 83

fragmentário, pois “...o sistema não resulta da sua mera enumeração desconexa, mas antes é constituído através da sua concatenação e ordenação interna (...)”<sup>71</sup>

Segundo CANARIS, os princípios desempenham no sistema a função sistematizadora, tal função, entretanto, apresenta alguns aspectos fundamentais. Primeiro, os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si. Segundo, os princípios não têm pretensão de exclusividade, isto significa que uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode decorrer de outro princípio. Um terceiro aspecto, seria o de que os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas. Ora, um tal aspecto apresenta consonância com a perspectiva da interpretação sistemática do direito. Finalmente, os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e valorações singulares com o conteúdo material próprio.

Para CANARIS, os princípios não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou “normativizados”, necessitando do entremeio de novos valores autônomos.<sup>72</sup>

Neste sentido, COELHO afirma que “...os princípios, como as próprias normas precisam de uma intermediação normativa, valorativa, adequada, que os tornem aptos à incidência no mundo concreto.”<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 85

<sup>72</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p. 88-96

<sup>73</sup> COELHO, Edhieres Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional. (A partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)* p. 29

De tudo que foi exposto, pode-se definir o conceito de sistema no pensamento de CANARIS como “...uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.”<sup>74</sup>

Refletindo sobre a decadência do modelo axiomático-dedutivo, onde o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, e a ascensão de um sistema axiológico-teleológico, que estabelece a concepção de um sistema constitucional de fundamentos valorativos e finalísticos BONAVIDES afirma que essa mudança

“...abre-se aos valores, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional já não é tão-somente o sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores, que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade, na medida em que tem uma eficácia fundamental, de maneira a moldar e ativar instituições básicas, compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo.”<sup>75</sup>

Semelhante formulação é esposada por JUAREZ FREITAS<sup>76</sup> que vê o sistema como ordem axiológica ou teleológica, a partir das idéias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já que possui as seguintes principais vantagens:

<sup>74</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. p.77- 78

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 115

“salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal;

evita a crença exacerbada na completude fechada e auto-suficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos;

resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna;

realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade.”

A partir do conceito de sistema jurídico acima exposto, pode-se pensar a viabilidade de um sistema constitucional. Neste sentido EDHIERMES COELHO afirma que “...o pensamento sistemático de CANARIS representa exatamente uma possibilidade inspiradora de tal esteira sistemática axiológica (valores) e teleológica (as intenções e finalidade) da Constituição de nosso país. Seus pressupostos principais podem perfeitamente servir como ancoragem de critérios da sistematicidade constitucional possível.”<sup>77</sup>

Oportuno, também, o ensinamento de BONAVIDES ao afirmar que

“O sistema constitucional surge pois, como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A

<sup>76</sup> FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. p.25-26

<sup>77</sup> COELHO, Edhiermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (A partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)* p. 15

terminologia sistema constitucional não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma constituição necessariamente se acha presa.”<sup>78</sup>

Neste contexto, EDHIERMES COELHO assevera que

“...a idéia de sistema constitucional legitima-se, então, sob alguns fatores práticos. Primeiro, serve para sedimentar a importância dos valores prevalentes no conjunto da Constituição. Depois, serve como instrumento de justificativa do raciocínio interpretativo da justiça. Por fim, (...) sendo baseada de modo aberto, dinâmico, nas dimensões axiológicas e teleológicas do texto constitucional, pode servir de núcleo operacional axiológico para toda interpretação jurídica.”<sup>79</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que a interpretação de todas as normas constitucionais, inclusive as normas garantidoras dos direitos fundamentais, vem, por conseguinte, regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema. Faz-se, assim, suspeita ou falha toda análise interpretativa de normas constitucionais tomadas insuladamente, à margem do amplo contexto que deriva o sistema constitucional.<sup>80</sup> Portanto, íntima é a ligação entre os direitos fundamentais e o sistema constitucional. Aliás, para BONAVIDES “alguns direitos fundamentais disciplinados em outros sistemas constitucionais de forma absolutamente idêntica, vazados nas mesmas palavras, recebem contudo

---

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 77

<sup>79</sup> COELHO, Edhiermes. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (A partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*. p.11

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 111

interpretação de toda distinta, em razão da distinta realidade política que refletem”.<sup>81</sup>

#### 1.4 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm sido objetos dos mais variados estudos na cultura jurídico-política moderna, sobretudo por parte de todos quantos se ocupam da Sociedade, do Direito e do Estado. Para INGO SARLET “...os direitos fundamentais integram, (...) ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.”<sup>82</sup>

É fácil constatar que a compreensão adequada acerca da natureza de tais direitos não se reveste de cunho meramente teórico, mas possui grande relevo prático, especialmente no que diz respeito sua função aferidora da legitimidade dos sistemas político e jurídico. Neste sentido afirma FARIAS que

“...hodiernamente os direitos fundamentais cumprem uma função primordial na arquitetura jurídico-política: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. Vale dizer : quanto mais um Estado os consagra e procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e menos legítimo o

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 111

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p.60

regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.”<sup>83</sup>

Os Direitos Fundamentais, como valores precípuos plasmados em uma Constituição, traduzem, pois, as concepções filosóficas-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade em um certo momento histórico. Estes valores alicerçantes do Estado, são, ao mesmo tempo, fins desta sociedade e direitos dos seus indivíduos.<sup>84</sup>

#### **1.4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: SÍNTESE HISTÓRICA**

O surgimento da noção de direitos fundamentais é historicamente determinado a partir do início da Idade Moderna.

Embora seja possível identificar, na Antiguidade e na Idade Média, diversas manifestações que traduzem a idéia central que norteia a teoria dos direitos fundamentais, as noções de igualdade, liberdade, dignidade, apenas viriam a ser positivadas sob a forma de normas constitucionais, a partir da entrada em vigor das Constituições liberais do século XVIII.

Tal evolução não se verificou historicamente num piscar de olhos. No período que vai da Idade Média à Moderna, o homem passaria, na tentativa de compatibilizar autoridade e liberdade, a reclamar gradativamente sua liberdade religiosa, intelectual e econômica.

---

<sup>83</sup> FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 67

<sup>84</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p.128

A própria sociedade, antes dotada de um caráter teocêntrico e comunitário, passaria a organizar-se sob a forma antropocêntrica e individualista. Nesse período, as estruturas medievais foram sendo progressivamente substituídas por outras, até a afirmação definitiva da sociedade burguesa liberal, com o advento da Revolução Francesa de 1789.

Naquela época, a completa modificação da economia com o surgimento e evolução do modo de produção capitalista e o aparecimento da burguesia como classe social dominante, favoreceram a institucionalização dos direitos, liberdades e garantias individuais.

Os direitos fundamentais, tal à época concebidos, constituiriam um limite ao poder estatal e possuíam a função de garantir um âmbito de autonomia e liberdade do indivíduo burguês frente ao grande Leviatã.

A partir do século XIX, principalmente por influência da Igreja, dos movimentos operários e da expansão do socialismo, passou-se a ter consciência de que era necessária uma grande reformulação das teorias acerca dos direitos e garantias individuais, especialmente no que tocava à sua proteção judicial, como forma de superar a grande distância entre as declarações constitucionais de dignidade, igualdade e liberdade e a realidade social que as negava.

Surgiria, destarte, naquele momento histórico, uma nova geração de direitos fundamentais – os direitos econômicos, sociais e culturais -, período que ficou conhecido como o trânsito do Estado Liberal para o Estado Social.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Cf. BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Malheiros 1996

Essa mudança de pensamento, possibilitou a superação do formalismo das constituições liberais e o surgimento de uma liberdade com igualdade, mediante a concepção de direitos relativos ao desenvolvimento da pessoa humana, de proteção não apenas formal, mas sobretudo material, à sua existência digna, v.g. sufrágio universal, proteção à família, direitos da classe trabalhadora etc.

Foi, todavia, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, que a teoria dos direitos fundamentais procura abandonar o formalismo de outrora e desenvolver uma teoria material da constituição, o que propiciou a afirmação da importância das Cortes Constitucionais no espaço político-jurídico.<sup>86</sup>

Atualmente, a dimensão que se procura desenvolver, no tocante aos direitos fundamentais, diz respeito à sua internacionalização dos direitos fundamentais de terceira geração: direito à paz e à segurança mundial, direito ao desenvolvimento dos povos, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade, vale dizer, à superação do restrito âmbito dos Estados nacionais e seu reconhecimento e proteção na esfera do Direito das Gentes.

#### **1.4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MODERNA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**

O fim da Segunda Grande Guerra Mundial marcou não apenas a derrota dos ideais dos Estados Nacional-Socialista e Fascista, mas também no

---

<sup>86</sup> Cf BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 87 Surgiu na década de 30 uma plêiade de juristas na Suíça, denominada Escola de Zurique, que deu continuidade a uma posição desenvolvidas por alguns constitucionalistas, especialmente Smend, Heller, Schmitt e Erich Kaufmann. Esses adeptos desta Escola seguiram, sobretudo a linha valorativa desenvolvendo a teoria material da Constituição.

campo do Direito, das concepções do positivismo-jurídico, em especial das posturas formalistas da teoria constitucional até então dominante.<sup>87</sup>

Nesta perspectiva, a Constituição, segundo a mais moderna teoria, deixou de ser analisada a partir de critérios puramente lógico-formais. Num salto qualitativo, passou-se a entendê-la como a materialização de concepções axiológicas acerca da vida em sociedade, a partir da positivação de princípios de ordem meta-jurídica, de tal sorte que foi possível dotar conceitos como os de justiça, igualdade, liberdade e dignidade de um âmbito denotativo que transcende a sua mera literalidade normativa.<sup>88</sup>

Diante de tão sensível preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana numa sociedade pluralista, afirmar-se que os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de que as decisões políticas e jurídicas num Estado Democrático e Social de Direito, orientar-se-ão no sentido de respeitar, proteger e promover a pessoa humana, tanto em sua dimensão individual, como em sua inserção num grupo social.<sup>89</sup>

Para JORGE MIRANDA os direitos fundamentais são “...direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas assentes na Constituição, seja na Constituição

---

<sup>87</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Direitos fundamentais e retórica política*. p.239

<sup>88</sup> Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Direitos fundamentais e retórica política*. p. 240 . Cf. BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional* p. 82 “...Rudolf Smend, Carl Schmitt e Herman Heller trazem a alternativa social e anti-individualista, pressentindo pois a queda definitiva de uma ordem jurídica assentada em pressuposto lógico e formalista daquele positivismo das Constituições.”

<sup>89</sup> Cf. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Direitos fundamentais e retórica política*. p. 240

formal, seja na Constituição material – *donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”<sup>90</sup>(*Ipsis Litteris*)

Com relação aos direitos fundamentais, CARL SCHMITT estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante emenda à Constituição.

Por outro lado, do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo CARL SCHMITT, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>91</sup>

Os direitos fundamentais podem, ainda, ser abordados a partir de diversas perspectivas, dentre as quais enumeram-se três: a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela

---

<sup>90</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p.7

<sup>91</sup> Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de da Constitución*. p. 163-173

qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.<sup>92</sup>

Sob o ponto de vista terminológico-conceitual, assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, inobstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos.

É clara, pois, a lição de INGO SARLET ao asseverar que

“... não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)’. E prossegue o mesmo autor “...em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”<sup>93</sup>

De modo que nem mesmo o legislador constituinte conseguiu impor uma uniformidade de tratamento à categoria Direitos Fundamentais, seja por desconhecimento da técnica legislativa, seja por mero descuido. Podemos, a título

---

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p.22

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.31

ilustrativo, citar expressões como: a) direitos humanos (art. 4, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5 par. 1); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5, inciso LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4, inc. IV).

Adverte-se que neste trabalho adotar-se-á a análise jurídico-dogmática dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo pátrio, recorrendo, sempre que necessário, a outras legislações estrangeiras.

A partir destas breves considerações sobre os direitos fundamentais, no tópico seguinte abordar-se-ão algumas de suas classificações, sem, contudo, pretender esgotá-las.

## 1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tão complexo e difícil quanto conceituar os Direitos Fundamentais é tentar, sem incorrer em equívocos e divergências doutrinárias, descrever uma classificação estreme de discussões entre os que se dedicam ao tema.

Assim, além de complexos em sua estrutura interna, os direitos fundamentais denotam uma pluralidade de tipos. Inúmeras são as tentativas de classificações dos mesmos com a utilização de diversos critérios. Podem-se classificar quanto à titularidade e aos sujeitos, quanto ao conteúdo ou ao objeto, quanto à estrutura, quanto ao modo de proteção, bem como quanto ao regime.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p.82 V. sobre outras classificações. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a classificação dos direitos fundamentais, no caso brasileiro, é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, refere-se à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. De acordo com este critério, tem-se a seguinte classificação:

I) Direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, por isso são reconhecidos como direitos individuais; como exemplo, cita-se o art. 5º da Constituição;

II) Direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que são aqueles que a Constituição os adotou como direitos coletivos (art. 5º da Constituição Federal);

III) Direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais. A guisa de exemplo, pode-se mencionar o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social etc. (art. 6º da Constituição Federal);

IV) Direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades.( art. 12 da Constituição Federal);

V) Direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos, denominados também direitos democráticos ou direitos de participação política. (art. 14 da Constituição Federal).<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 167-168

Em síntese, com base na Constituição, os direitos fundamentais podem-se classificar em cinco grupos distintos:

- I) Direitos individuais (art. 5º);
- II) Direitos Coletivos (art. 5º);
- III) Direitos Sociais (art. 6º e 193 e ss.);
- IV) Direitos à nacionalidade (art. 12);
- V) Direitos políticos (art. 14 a 17).

Para JORGE MIRANDA, os direitos fundamentais quanto ao objeto ou ao conteúdo podem ser classificados em: direitos pessoais, direitos sociais e direitos políticos. Assim:

I) Há os direitos em que se trata de proteger, direta e essencialmente, a pessoa enquanto tal, a pessoa singular, o indivíduo nos atributos caracterizadores da sua personalidade moral e física. Pode-se citar o direito à vida, o direito à integridade moral e física, o direito à liberdade e à segurança, a liberdade de consciência, religião e culto.

II) São os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advindos da inserção nas múltiplas sociedades, sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais de que necessita. Como exemplos de tais direitos, pode-se mencionar o direito de propriedade, da liberdade de profissão, direitos culturais como a liberdade de imprensa, direito à educação e cultura etc.

III) Por último, há os direitos da pessoa frente ao Estado ou no Estado, direitos de participação pública, de tomar

parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país. Identificam-se como exemplo o direito ao sufrágio, o acesso a cargos públicos, direito a associação política etc.<sup>96</sup>

Para LUÍS ROBERTO BARROSO “...embora existam dissensões doutrinárias, fulcradas, sobretudo, em sutilezas semânticas, e haja discrepância na linguagem do Direito Constitucional positivo, é possível agrupar os direitos fundamentais em três grandes categorias, que os repartem em: direitos *políticos*, direitos *individuais* e direitos *sociais*.”<sup>97</sup>

Ainda, há de se observar que os direitos fundamentais reportam-se sempre à pessoa humana, mas há bens jurídicos que somente podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições, dotadas de maior ou menor autonomia, frente aos indivíduos que, em cada momento, as constituem. Daí JORGE MIRANDA, classifica ainda, os direitos fundamentais em individuais e institucionais, sendo individuais, obviamente, o direito à vida, à liberdade pessoal, à liberdade de consciência, o direito ao trabalho ou o direito ao ensino e direitos institucionais o direito de antena (art. 40 da Constituição), o de livre organização das confissões religiosas (art. 41, nº 3), o direito de livre ação e associações (art. 46, nº 2), os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54, nº 5) e das associações sindicais (art. 56) ou os direitos de participação no Conselho Económico e Social (art. 95, nº 2).<sup>98</sup> Exemplos extraídos da Constituição Portuguesa de 1976.

<sup>96</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV . p.86

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. p. 97

<sup>98</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV . p. 74

J. J. GOMES CANOTILHO, por sua vez, com base no direito constitucional português afirma que

“umas das classificações mais importantes sob o ponto de vista jurídico-constitucional é a que se refere aos direitos, liberdades e garantias. Tal classificação é relevante sob vários pontos de vista: 1) porque ela não constitui um simples esquema classificatório, antes pressupõe um *regime jurídico-constitucional especial*, materialmente caracterizador, desta espécie de direitos fundamentais; 2) porque esta classificação e esse regime vão servir de parâmetro material a outros *direitos análogos* dispersos ao longo da Constituição; 3) porque aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantia se atribui *uma força vinculante* e uma *densidade aplicativa* (aplicabilidade directa) que apontam para um reforço da “mais valia” normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, incluindo-se aqui normas referentes a outros direitos fundamentais.”<sup>99</sup> (*Ipsis Litteris*)

Neste sentido, JORGE MIRANDA afirma que tal classificação “...visa os direitos no seu cerne estrutural, mas, mais do que no seu cerne, no seu reflexo sobre o Estado (sobre o Estado-poder e o Estado-comunidade). Visa os direitos como expressões jurídico-constitucionais das relações entre as pessoas e as entidades públicas (sem excluir, de resto, incidência em entidades privadas). Considera-os, portanto, enquanto susceptíveis de regimes jurídicos diferenciados.” E afirma que “...direitos liberdade e garantias são, por exemplo, hoje, em Portugal o direito de acesso aos tribunais (art. 20, nº 1 da Constituição), o direito à vida (art. 24), às garantias de processo criminal (art. 32), o direito de constituir família (art. 36, nº 1), à liberdade de imprensa (art. 38), o direito de antena (art. 40), à liberdade religiosa (art. 41), o direito de acesso à função pública (art. 47, nº 2), o direito de

sufrágio (art. 49), à liberdade sindical (art. 55), o direito à greve (art. 57), o direito de iniciativa econômica (art. 61), o direito de recurso contencioso contra actos administrativos ilegais (art. 268, nº 4).”<sup>100</sup>

Embora, não seja uma classificação dos direitos fundamentais no sentido estrito, vale registrar, segundo a ótica de J. J. GOMES CANOTILHO, as diferentes funções que estes direitos podem desempenhar, a saber: primeiro teria a função de defesa ou de liberdade. Exemplo típico seria o inciso IX, art. 5º da Constituição Federal de 1988, que preconiza a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença . Segundo, teria a função de prestação social que significa, em sentido estrito, o direito do particular a obter algo através do Estado, como por exemplo, direito à educação ( art. 205 da CF/88) , à saúde (art 196 da CF/88), segurança pública( art.144 da CF/88), todos constitucionalmente assegurados em nossa Carta Maior. Terceiro, trata-se de imposição de um dever ao Estado, no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido, o Estado tem o dever de proteger a vida perante eventuais agressões de outros indivíduos. Assim, pode-se, à guisa de exemplificação, citar a proteção da inviolabilidade do domicílio, o direito de proteção à propriedade, bem como a proteção e defesa do consumidor contra atos abusivos e lesivos ao seu patrimônio.(art. 5º da CF/88).

Finalmente, os direitos fundamentais assumem a função de não-discriminação. Hodiernamente, inspirados nos ideais de liberdade, igualdade e

---

<sup>99</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cf. também MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV p. 92 e ss

<sup>100</sup> MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional* . Tomo IV . p. 93-94

fraternidade, não se concebe, nos modernos Estados Democráticos de Direitos, quaisquer atos discriminatórios à dignidade da pessoa humana. Assim, a partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais, qual seja, assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Pode-se citar, como exemplo, o art. 5º. caput, incisos XXXIV e XXXVII.<sup>101</sup>

Portanto, os direitos fundamentais, como valores superiores na Constituição brasileira, representam conquistas históricas. Trata-se de direitos consagrados pelas ordens jurídicas ocidentais de nosso tempo. São direitos humanos que ganharam, por sua positivação, uma adjetivação especial de direitos fundamentais. Pode-se nomear, à guisa de ilustração, o direito à vida, o direito à igualdade, o direito à liberdade e o direito à dignidade humana São referenciais de justiça plasmado no texto constitucional. A Constituição brasileira encerra uma conjugação desses quatro postulados fundamentais. E o faz de modo tal que possibilita ao intérprete identificá-los como os seus quatros princípios básicos, por extensão, os princípios básicos da ordem do Direito e do Estado. Representariam tais postulados os direcionadores máximos da valoratividade constitucional, o nexo unitário do sistema constitucional brasileiro.

Em resumo, pode-se afirmar a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e sistema Constitucional.

---

<sup>101</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.384-385

Vinculada ao conceito de sistema, cada Constituição adquire, por conseguinte, um certo perfil ou caráter individual, traço peculiar que o intérprete não deve menosprezar, do contrário, jamais logrará penetrar o verdadeiro “espírito da Constituição, cujo reconhecimento é indispensável para que ele possa inferir o sentido essencial das normas constitucionais. Neste sentido, BONAVIDES afirma que “o sistema constitucional teria por conteúdo, *primeiro*, a Constituição propriamente dita, *segundo*, as leis complementares prevista pela Constituição, *terceiro*, todas as leis ordinárias que, do ponto de vista material, se possam reputar constitucionais, embora não estejam no texto da Constituição formal, e a seguir, como o máximo relevo, o conjunto de instituições e poderes (...), a saber, os partidos políticos e correntes de interesses”.<sup>102</sup> É, por sua vez, na Constituição, e não somente nesta, que os direitos fundamentais encontram abrigo. Aliás, as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elementos nuclear da Constituição material.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 81

<sup>103</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.59-60

## CAPÍTULO II

### 2.0 NORMAS CONSTITUCIONAIS

Antes, porém, de aludir às normas constitucionais propriamente ditas, fazem-se necessários alguns comentários sobre normas.

Os juristas, de modo geral, vêem a norma, primeiramente, como *proposição*, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como deve ser o comportamento, isto é, uma proposição de dever-ser. Promulgada a norma, ela passa a ter uma vida própria, conforme o sistema de normas no qual está inserida. Como se trata de uma proposição que determina como devem ser as condutas, abstração feita de quem as estabelece, pode-se entender a norma como um imperativo condicional, formulável conforme uma proposição hipotética, que disciplina o comportamento apenas porque prevê, para a sua ocorrência, uma sanção. Tudo conforme a fórmula: Se A, então deve ser S, em que A é conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese, o dever-ser será o conectivo que une os dois termos. Neste caso, a norma seria propriamente um diretivo, isto é, uma qualificação para o comportamento que o tipifica e o direciona.<sup>104</sup>

Os juristas, porém, também costumam conceber normas como *prescrições*, isto é, como atos de uma vontade impositiva que estabelece uma

disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. A norma como *prescrição* também se expressa pelo dever-ser, que significa então um impositivo ou um impositivo de vontade. Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.<sup>105</sup>

Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas de diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Neste caso, a norma é vista como *comunicação*, isto é, uma troca de mensagens entre seres humanos, um modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação e coordenação.<sup>106</sup>

Assim, para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR “seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição*, seja como *norma-comunicação*, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem *desconhecer* que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se *reconhecer* que a norma é o seu critério fundamental de conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder”.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*. p. 102

<sup>105</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*. p. 102

<sup>106</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*. p. 102

<sup>107</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*. p. 103

Para KELSEN, norma “é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.<sup>108</sup> Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade que ela constitui o sentido é um ser.

Ao abordar as normas constitucionais faz-se referência a todas as normas contidas no texto da Constituição. Isso significa que não se reconhece um caráter de constitucionalidade especial às normas que tenham um conteúdo constitucional específico, propriamente constitucional, em detrimento de outras normas que não seriam propriamente constitucionais. É clara, pois, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA para quem “...normas constitucionais são todas as regras que integram uma Constituição rígida.”<sup>109</sup>

Neste sentido, igualmente, o magistério de LUÍS ROBERTO BARROSO para quem “... é constitucional toda e qualquer norma inscrita em uma Constituição rígida, que, dotada de supremacia, situa-se no vértice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.”<sup>110</sup>

Todavia, adverte-se que “...muitas disposições que figuram nas constituições modernas não têm natureza estrita de regras constitucionais.

---

<sup>108</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 06

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 44

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 76

Mas, pelo fato de constarem delas, recebem o conceito de normas constitucionais em razão do documento a que aderem.”<sup>111</sup>

Neste raciocínio, para que uma norma seja constitucional, basta a ela revestir-se formalmente de um tal caráter, basta sua presença no texto legal da Constituição. Por conseguinte, o ponto de partida da adjetivação *constitucional* para uma norma e sua pertinência formal.<sup>112</sup>

Assim sendo, toda regra de direito que esteja presente no texto constitucional, está por que o legislador constituinte considerou-a fulcral para a ordenação político-social. Como consequência de tal posição, todas as normas ali insertas possuem eficácia jurídico-constitucional.<sup>113</sup>

Tratar-se-á, a seguir, da classificação das normas constitucionais, sem querer, contudo, exaurir tão complexa e controvertida questão.

## 2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais costumam ser classificadas segundo os mais diversos critérios, como, por exemplo, em relação à sua eficácia, aplicabilidade, função destinatário, objeto, natureza etc.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> SILVA.. José Afonso da . *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 39

<sup>112</sup> Cf. COELHO, Ehiermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional.(A partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*. p. 59

<sup>113</sup> A eficácia jurídica representa o fato de a norma, pela simples circunstância de ser norma estatal regularmente formulada, emanar efeitos jurídicos, ser potencialmente aplicável. A adjetivação constitucional ressalta a supremacia da Constituição como ápice do ordenamento jurídico. Assim, a eficácia jurídico-constitucional representa a força jurídico-normativa agregada à supremacia de conteúdo ou organicidade da Constituição.

<sup>114</sup> LEONETTI, Carlos Araújo. *Natureza Vinculante das Normas Programáticas* p.208 In. DOBROWOLSKI, Sílvia. *A Constituição no Mundo Globalizado.*, Florianópolis : Diploma Legal, 2000

Todavia, em que pese as inúmeras possibilidades de classificações das normas constitucionais, BONAVIDES destaca duas, como sendo as mais utilizadas pela doutrina, quais sejam, a natureza e eficácia.<sup>115</sup>

No Brasil registra-se a esse respeito a importante contribuição do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA que segundo BONAVIDES

“...um dos primeiros juristas no Brasil a formular uma classificação própria e autônoma das normas constitucionais foi o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em sua brilhante monografia Aplicabilidade das Normas Constitucionais, estuda ele exaustivamente o tema, criticando a fundo vários critérios classificatórios, até fixar-se na seguinte conclusão, relativa às normas constitucionais, vista pelo aspecto de sua eficácia e aplicabilidade: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas porém a restrição e normas constitucionais de eficácia ilimitada ou reduzida, estas últimas repartidas em dois grupos ou categorias: as definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático.”<sup>116</sup>

Para tal jurista brasileiro, é pertinente uma divisão tríplice das normas constitucionais. Ele as divide segundo possuam eficácia plena, contida ou limitada. Mas é categórico ao afirmar *que* “...não há norma constitucional alguma destituída de eficácia.”<sup>117</sup> E sobre o assunto vaticina “...o que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos

<sup>115</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 212

No que se refere a classificação das normas constitucionais quanto a eficácia e aplicabilidade v. a obra de elevado valor científico do Prof. José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros. 1998

<sup>116</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.217

<sup>117</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 81

jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.”<sup>118</sup>

### 2.1.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

Pode-se conceituar *normas de eficácia plena* como sendo “...aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamento e situações, que o legislador, direta e normativamente, quis regular.”<sup>119</sup>

Em geral, tais normas são identificadas como aquelas que: a) contêm vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designam órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou e) lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.<sup>120</sup>

Alguns exemplos, extraídos, aqui e ali, da Constituição Federal, ilustram essa idéia geral sobre as normas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata:

---

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* p. 81-82

<sup>119</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 101

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 101

- 1- “A República Federativa do Brasil, formada [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...) art. 1º.
- 2- “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” ( art. 44).
- 3- A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”( art. 60, § 3)

### **2.1.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA**

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>121</sup> essa categoria de norma apresenta algumas peculiaridades. Tais como:

I ) São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II) Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III) São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

---

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p.104

IV) Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc). como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.

Sem muito pesquisar, verifica-se na Constituição Federal de 1988 a presença das normas de *eficácia contida*, sobretudo entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais. Nestes termos, o art. 5º, inciso VIII : “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todas imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*”. Igualmente, o inciso XIII do mesmo artigo: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Do exposto acima, pode-se conceituar *normas de eficácia contida* como sendo “...aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”<sup>122</sup>

Importante assinalar, conforme ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que as normas que instituem direitos e garantias fundamentais, pertencem a esta categoria de normas, daí a possibilidade de contenção, ou de restrição como se verá mais adiante proposto, no caso de conflitos de direitos fundamentais.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 116

<sup>123</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 105

### 2.1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Pode subdividir-se em dois tipos: definidoras de princípios institutivo ou organizatório e as definidoras de princípios programáticos. No primeiro caso são aquelas normas “...através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”<sup>124</sup> V.g. “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuição dos Ministérios”(art. 88 da CF/88) e “ Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”( art. 22, parágrafo único ).

No segundo caso, pode-se conceituar como sendo aquelas “...normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”<sup>125</sup> V.g. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”(art. 215 da CF/88) e “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”( art. 218).

---

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 126

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 138

LUÍS ROBERTO BARROSO, em sua obra “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas” apresenta uma nova classificação, levando-se em conta o conteúdo e as finalidades predominantes. Menciona o sobredito autor, com base na Constituição brasileira, a seguinte tipologia: 1) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO: São as normas constitucionais que têm por objetivo organizar o exercício do poder político; 2) NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO: Entende-se, como tais, àquelas que têm por objeto fixar os direitos fundamentais do indivíduo; e 3) NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS: Refere-se àquelas que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.<sup>126</sup>

Após essas considerações sobre as normas constitucionais, nos itens seguintes, cuidar-se-á do conceito e estrutura das normas constitucionais enquanto normas garantidora dos direitos e garantias fundamentais, tendo por base a Teoria de Robert Alexy.

## **2.2 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Para ALEXY o conceito de norma de direito fundamental e direito fundamental não se confundem, porém, guardam estreitas conexões. Assevera o autor que o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo que o direito fundamental. Afirma ALEXY que “...sempre que alguém possui um direito

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. p. 92

fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que o outorga, não sendo possível afirmar o inverso.”<sup>127</sup>

Prossegue o autor afirmando que a pergunta acerca do conceito de norma de direito fundamental pode ser formulada abstrata ou concretamente. É formulada abstratamente quando se pergunta com base em quais critérios, independentemente do fato de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou constituição, pode ser identificado como norma de direito fundamental. E, concretamente, quando se pergunta quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada constituição são normas de direito fundamentais e quais não são.<sup>128</sup>

Neste contexto, assevera ALEXY que norma de direito fundamental são aquelas que são expressas através de disposições jusfundamentais, e que estas são exclusivamente os enunciados contidos no texto da lei fundamental.<sup>129</sup> Percebe-se que o autor adotou o critério formal, sendo normas de direito fundamental aquelas expressas pelos enunciados de direito fundamental, assim considerados pela própria constituição, expressa ou implicitamente.

De modo que, à luz do direito constitucional positivo, pode-se afirmar que todos os enunciados do Título II da Constituição “Dos direitos e Garantias Fundamentais” são disposições de direitos fundamentais. Não se cogita do seu conteúdo e estrutura. Pelo fato de encontrar-se formalmente no corpo constitucional reveste do *status* da fundamentalidade. Porém, não se restringe tão

---

<sup>127</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 47 “Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso.”

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p.62

somente a estes. Há, igualmente, dentro do texto constitucional, outras disposições que expressam normas de direito fundamental, os quais são considerados análogos aos direitos fundamentais. Da mesma forma, dispõe o Art. 5º da Constituição Federal que “ *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Admite-se, portanto, a existência de outras normas de direito fundamental que não tenham sido expressa e formalmente contempladas pela Constituição. É evidente que a Constituição brasileira, apesar de não o ter expresso textualmente, aplica dois regimes aos direitos fundamentais, quais sejam, o regime especial dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do catálogo de direitos do Art. 5º, e o regime dos direitos sociais e daqueles presentes no Título VIII – “Da Ordem Social”, os quais são considerados, então, como direitos análogos aos direitos fundamentais.

### **2.3 CONFLITO DE NORMAS**

Feita essas considerações sobre o conceito de norma de direito fundamental, neste item, abordar-se-á a sua estrutura, para, num momento seguinte, enfrentar o complexo tema de conflitos de direitos fundamentais.

Existem, naturalmente, numerosas distinções teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante é a que distingue as

---

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 62.

normas em regras e princípios. Essa distinção, naturalmente, constitui segundo ALEXY a base e a fundamentação da solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, em especial, a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais ou entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos. Para ALEXY “... sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e nem tampouco uma teoria suficiente do papel que exercem os direitos fundamentais no sistema jurídico.”<sup>130</sup>

Neste contexto, e com peculiar propriedade, ALEXY entende que

*“...a distinção entre regras e princípios constitui, ademais, o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com ela, um ponto de partida para responder a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Por tudo isto, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”<sup>131</sup>*

Igualmente, para o constitucionalista lusitano CANOTILHO, regras e princípios são duas espécies de normas, cuja distinção constitui uma tarefa particularmente complexa. Todavia, fornece alguns critérios distintivos, a saber:

I) *Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.*

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 81 “sin ella, no puede existir una teoría decuada de los limites. ni una teoria stisfactoria de la colisión e tampouco una teoria suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales em el sistema jurídico.” (Tradução livre)

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 82 “la distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, uno ponto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre regla y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales” (Tradução livre)

II) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

III) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico ( ex.: princípio do Estado de Direito).

IV) *“Proximidade” da ideia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça”(Dworkin) ou na “ideia de direito”(Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

V) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentas de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”<sup>132</sup>

Neste desiderato, uma diferença apontada por ALEXY está no próprio conceito de cada uma dessas normas, onde as regras são normas “que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então faz-se exactamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”<sup>133</sup>

<sup>132</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. p 1086-1087

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 87 “que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas

De outro lado, os princípios compõem aquelas normas que

“...ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização que são caracterizados pelo fato de poder serem cumpridos em diferentes graus e na medida devida de seu cumprimento não dependendo somente das possibilidades reais senão também das jurídicas.”<sup>134</sup>

ALEXY aponta a maneira de solucionar os conflitos entre regras e o conflito entre princípios como uma segunda diferença entre as duas espécies de normas de direito fundamental.

Segundo ALEXY, um conflito entre regras somente pode ser solucionado, ou introduzindo uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando inválida pelo menos uma das regras. O conflito entre regras é solucionado, portanto, no plano da validade. Um exemplo de conflito de regras que pode ser eliminado através da introdução de uma cláusula de exceção verifica-se na proibição de abandonar a sala de aula antes do sinal de saída e a ordem de abandoná-la em caso de alarme de incêndio. Porém, em caso da omissão do sinal de saída conflitar com um alarme de incêndio, estas regras conduzem a um juízo concreto de dever-ser contraditórios. Este conflito se soluciona introduzindo na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio.<sup>135</sup>

---

contienen determinaciones en le ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. (Tradução livre)

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 86 “ordenam que algo seja realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” (Tradução livre)

<sup>135</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 88

Todavia, em caso de conflitos de regras, quando não é possível a inclusão de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida. Aqui surge um problema. Não se diz, todavia, qual das regras sofrerá da sanção da invalidez. Assim, o problema pode ser solucionado através de regras tais como “lex posterior derogat anterior” ou “lex specialis derogat legi generali”, mas também é possível proceder de acordo com a importância das regras em conflito. O fundamental é que a decisão seja uma decisão acerca da validade.<sup>136</sup>

Por outro lado, conflito de princípios, diferentemente das regras, ocorre no plano do peso e não da validade. Neste sentido, a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira diversa. Quando dois princípios entram em colisão, tal como segundo um princípio algo está proibido, e segundo outro princípio está permitido, um dos princípios tem que ceder ao outro. Todavia, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado ou incluir uma cláusula de exceção. Neste caso, porém, o que sucede é que um princípio, em certas circunstância, preceda ao outro, sem que contudo, este último seja banido ou extirpado do ordenamento. Noutras circunstância, a questão pode ser solucionada de maneira inversa. Vale dizer, concretamente os princípios têm pesos diferentes e prevalece aquele, em tese, de maior peso.

Neste sentido é luminosa a lição de FARIAS sobre o assunto “...não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de

---

<sup>136</sup> ALEXY, Robert . *Teoría de los Derechos Fundamentales..* p. 88 . Ver também sobre o assunto BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico.

cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.”<sup>137</sup>

## 2.4 O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios para ALEXY constitui a base fundamental para solução de todos os problemas da dogmática dos direitos fundamentais.<sup>138</sup> A partir dessa distinção, pode-se afirmar que em termos de um “constitucionalismo adequado” que a estrutura das normas de direito fundamental é formado por um sistema aberto de regras e princípios.<sup>139</sup>

CANOTILHO afirma que um modelo constituído exclusivamente por regras conduziriam-no a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das

<sup>137</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos Fundamentais: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 96

<sup>138</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 81 e ss.

<sup>139</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1088

concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.<sup>140</sup>

Em contrapartida, um modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios conduziriam a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a vagueza, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderia conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.<sup>141</sup>

A par dessas afirmações, conclui-se que o sistema carece de regras jurídicas para dar a segurança jurídica desejada, contudo, necessita também de princípios ou os valores que eles exprimem como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito.<sup>142</sup>

## **2.5 DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONFLITOS**

### **2.5.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como ficou evidenciado em tópicos anteriores. De modo que, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores

---

<sup>140</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1088

<sup>141</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1088

<sup>142</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1089

constitucionais. Decorre, então, que é freqüente, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos também com status constitucional. Tal fenômeno é o que a doutrina designa de colisão de direitos fundamentais.<sup>143</sup> Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso de colisão entre direitos fundamentais.<sup>144</sup>

Para FARIAS a colisão dos direitos fundamentais dá-se em duas hipóteses, a saber:

I) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental, ocorrendo uma colisão entre os próprios direitos fundamentais;

II) noutro caso, pode suceder que os direitos fundamentais não se choquem entre si, mas colidam com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou um interesse do Estado protegido constitucionalmente, neste caso, ocorre, por sua vez, uma colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais.<sup>145</sup>

Para CANOTILHO, denomina-se autêntica quando ocorre colisão entre vários titulares de direitos fundamentais e colisão não-autêntica o choque entre estes e outros bens da comunidade ou do Estado.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 93 . Ver também sobre o assunto J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1191

<sup>144</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 135 e ss. Alexy assevera que as normas de direito fundamental possuem o duplo caráter de regras e princípios.

<sup>145</sup> Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 93

<sup>146</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1192

### **2.5.1.1 COLISÃO ENTRE OS PRÓPRIOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dá-se colisão entre os próprios direitos fundamentais, denominado também em sentido estrito, quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Por outras palavras, quando o pressuposto de fato de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental (*Tatbestand*).<sup>147</sup>

Na Constituição Federal de 1988 verificam-se casos de colisão de direitos fundamentais. À guisa de exemplos, pode a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (art. 5º, inciso IX) entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagens das pessoas (art. 5º, inciso X).

*Quid juris?*

### **2.5.1.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTROS VALORES CONSTITUCIONAIS**

De igual modo, quando os interesses individuais (fundamentais) contrapõem-se a outros interesses da comunidade, reconhecidos e tutelados também pela constituição, *v.g.* saúde pública, educação, família, patrimônio cultural,

---

<sup>147</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p .93 . Ver conceito de pressuposto de fato ou âmbito de proteção nas páginas adiante quando se tratar de restrição aos direitos fundamentais.

segurança pública dá-se o que a doutrina denomina colisão de direitos fundamentais com outros valores constitucionais.<sup>148</sup>

Adverte-se, todavia, que os interesses relevantes não são todos e quaisquer bens jurídicos, mas somente e exclusivamente aqueles bens coletivos protegidos pela constituição. Assim, a necessidade de salvaguardar estes últimos justifica a restrição de direitos fundamentais quando colidentes com valores comunitários.<sup>149</sup>

## 2.5.2 DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONFLITO E SUA MÉTODICA

Para EDILSON PEREIRA DE FARIAS

“... a solução do confronto entre os direitos fundamentais, é confiada ao legislador quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos(...). Assim, verificada a existência de reserva de lei na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão comprimindo direito ou direitos restringíveis (sujeitos a reserva de lei), respeitando, é claro, requisitos tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos. Por exemplo, a colisão entre o direito de greve, sujeito à reserva de lei, e as necessidades inadiáveis da comunidade, é solucionada pelo legislador ao definir os serviços ou atividades essenciais (CF/88, art. 9º, § 1).”

---

<sup>148</sup> Cf. FARIAS, Edilson de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação* . p. 94

<sup>149</sup> Cf. FARIAS, Edilson de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação* . p. 94

Adverte-se, todavia, que se tratando de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, caberá aos juizes e tribunais a sua solução.

Como já foi visto, o conflito de regras resolve-se ao plano de validade. Vale dizer, estabelecido um conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si. Assim, BOBBIO sugere a utilização de três critérios para solver as “antinomias aparentes” entre as regras jurídicas, a saber: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.<sup>150</sup>

Todavia, tais critérios se mostram insuficientes e incapazes para orientar o intérprete em caso de colisão de direitos fundamentais.<sup>151</sup>

O critério cronológico (chamado também de *lex posterior*) é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Assim, quando uma norma sucede a outra no tempo e verifica-se oposição entre ambas, prevalece a norma editada *posteriormente*. Nesse sentido se diz que “...a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo.”<sup>152</sup> Entretanto, ressalva-se que os direitos fundamentais albergados na Constituição vêm expressos em normas contemporâneas.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 92

<sup>151</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 5

<sup>152</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. P. 93

<sup>153</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 5

O critério hierárquico (chamado também de *lex superior*) é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior. Neste sentido a lição de BOBBIO ao afirmar que “...as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano (...) Mas (...) são dispostas em ordem hierárquica”<sup>154</sup> Todavia, não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Nestes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão.<sup>155</sup>

Por derradeiro, o critério da especialidade é invocado para dirimir o conflito de regras jurídicas incompatíveis, sendo uma geral e outra especial.<sup>156</sup> Porém, na colisão das normas consagradoras de direitos fundamentais, ambas são gerais.<sup>157</sup>

A colisão de princípios, ao invés do conflito de regras que tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico. Neste sentido, ensina FARIAS que não “... se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.”<sup>158</sup>

<sup>154</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. p. 49

<sup>155</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: *a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 96

<sup>156</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. p. 96-97

<sup>157</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: *a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 96

<sup>158</sup> FARIAS Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: *a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação* p. 96

Portanto, na resolução de conflitos entre os direitos constitucionais não de ser estabelecidos em cada caso, como consequência de uma ponderação, onde se pode dispor sobre a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, sob determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, sem, negar, contudo, a existência daquele direito que não prevaleceu e procurando, na medida do possível, a sua igual proteção.<sup>159</sup>

Assim, pode-se concluir que o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso de colisão entre direitos fundamentais uma vez que os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios.<sup>160</sup>

## **2.6 LEI DE COLISÃO E PONDERAÇÃO DE BENS**

O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Modernamente, porém, sua aplicação no campo do direito constitucional tem crescido acentuadamente, sobretudo da necessidade de “encontrar o direito” para resolver os “casos de tensão.”

Assim, em face da inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, bem como o caráter principal de muitas normas de direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) a

---

<sup>159</sup> Cf. DITTRICH, Karin Regina. *A questão dos limites dos direitos fundamentais no âmbito do Direito constitucional de conflitos*. p.104

<sup>160</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 135 e ss.

ponderação associada ao princípio da proporcionalidade assume enorme relevo no direito constitucional como meio hábil e eficaz para a solução de conflitos.<sup>161</sup>

Oportunos, pois, os exemplos citados por J. J. GOMES CANOTILHO, extraídos da jurisprudência alemã.

Primeiro caso: Direito à informação contra o direito à ressocialização individual.

“Um determinado indivíduo cometeu um crime grave (assassínio de sentinelas de um quartel militar) e por este fato foi julgado e condenado a pena de prisão. Pouco antes do termo de sua pena e conseqüente regresso à liberdade e à sociedade, um canal de televisão anunciou a emissão de um filme-documentário sobre este caso. Reagiu o condenado argumentando que a passagem televisiva do filme implicava em uma nova condenação pública, perturbando seriamente a sua ressocialização. Repliou a estação de televisão com o argumento do direito a liberdade de informação. Não é possível metodologicamente estabelecer, de forma abstracta, esquemas de supra/infra-ordenação entre os direitos conflituantes dizendo que o direito à informação ‘pesa’ mais de que o direito à ressocialização, ou, vice-versa, afirmar que este último se sobrepõe ao primeiro. É necessário um esquema de prevalência parcial estabelecido segundo a ponderação dos bens em conflito e tendo em conta as circunstância do caso. Por mais que procurassem, os juizes não encontravam na ‘interpretação’ das normas constitucionais a solução para o conflito de direitos. O balancing ad hoc levou-os a considerar que nas exactas circunstâncias do caso ( o ‘caso Lebach’) o direito à ressocialização prevalecia sobre o direito à informação.”<sup>162</sup>

No caso em comento, o tribunal entendeu que o direito à ressocialização deveria prevalecer sobre o direito à informação.

<sup>161</sup> Cf. CANTOILHO, J.J Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. p. 1161

<sup>162</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1.160

Segundo Caso: O direito à vida, o dever de proteção de bens constitucionais e o direito das vítimas.

“No segundo caso, um outro indivíduo, também autor de um crime grave, estava em vésperas de julgamento público. No entanto, ancorado em relatórios médicos, invocou o risco de perder a vida (por infarte) se fosse submetido a uma audiência pública de julgamento. O conflito entre o direito à vida e o direito/dever do estado de prossecução da ação penal colocou-se com toda a acuidade. Além disso, deveria ainda ter-se em conta o direito das vítimas a uma decisão judicial justa e eventual reparação. Era inútil prosseguir a rota interpretativa ‘batendo’ nos textos para obter uma norma de decisão situativa. Impunha-se um balanceamento, uma ponderação para resolver a situação de tensão entre bens constitucionais. E o reconhecimento do direito ao adiamento do julgamento para a proteção do bem da vida (como foi o caso) não significa sempre um esquema de prevalência deste direito sobre o dever de prossecução da ação penal e o direito das vítimas a uma decisão justa e uma eventual reparação de danos”<sup>163</sup>

Conforme visto, o conflito de princípios se resolve na dimensão de peso. E esta idéia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma hierarquização dos mesmos. Não há uma hierarquização absoluta, é verdade, mas uma hierarquização em função do caso concreto.<sup>164</sup> Segundo ALEXY, não é possível, por isso mesmo, resolver o conflito de princípios sem se ter claro o funcionamento do conceito e do procedimento de ponderação, que só podem ser analisados a partir do enfoque pragmático-argumentativo. A ponderação, como concebida por ALEXY, refere a “...qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.”

---

<sup>163</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p 1.162

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 89

<sup>165</sup> Esta precedência não é absoluta. Ao contrário, trata-se, como ele mesmo diz, de uma precedência condicionada, cuja determinação “...consiste em que, tomando-se em conta o caso, indiquem-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.”<sup>166</sup>

Para WILLIS GUERRA SANTIAGO FILHO, fica patente a diversidade de tratamento entre regras e princípios quando ocorre um choque entre suas disposições. Assim, caso sejam duas regras que dispõem diferentemente sobre uma mesma situação, ocorre excesso normativo, uma antinomia jurídica, que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência. De modo diametralmente oposto, posto não disciplinar nenhuma situação jurídica específica, não entram em choque, são compatíveis uns com os outros. Adverte-se, contudo que na solução de um caso concreto, onde não é satisfatoriamente resolvido aplicando-se regras, logo se percebe que os princípios envolvidos se encontram em estado de tensão conflitiva, ou mesmo em rota de colisão. Resultando disso que a decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um ou alguns dos princípios em detrimentos de outro (s), embora

---

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 90 “...cual de los intereses, abстрактamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.”

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 92 “...consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”

todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.<sup>167</sup>

Na Constituição Federal de 1988 um exemplo pode ser dado para esse peculiar mecanismo de conflito de princípios. Diz respeito aos questionamentos acerca da possibilidade de nomeação de parentes para cargos em comissão no serviço público brasileiro. Por um lado, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estatui como um dos princípios da administração pública o da moralidade. Por outro, o inciso II, *in fine*, do mesmo dispositivo, estabelece que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração. Se um agente público nomeia, por exemplo, o filho, para ocupar cargo em comissão, qual norma jurídica incidirá? Solução possível seria a de concluir pela preservação de ambas as normas constitucionais mediante harmonização no caso, no sentido de que, embora os cargos em comissão sejam mesmo de livre nomeação, esta deve obedecer ao princípio da moralidade, que impediria ser o cargo ocupado por parentes da autoridade.

## **2.7 RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA SOLUÇÃO. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Não há controvérsias sobre o fato de que os direitos fundamentais não são ilimitados. Já a Declaração Francesa de 1789 estabelecia que os direitos têm

---

<sup>167</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública*. p. 70-91

como limites os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei.

Nestes termos:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 4)

Numa análise perfunctória no texto constitucional em vigor, observa-se claramente que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições. Assim, são exemplos de restrições dos direitos fundamentais na Constituição Federal os seguintes enunciados normativos.<sup>168</sup>

“é plena a liberdade de associação para fins lícitos, **vedada a de carácter paramilitar**. (Grifado art. 5º, inciso XVII)”

“todos podem reunir-se **pacificamente, sem armas**, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (Grifado – art. 5º XVI)

Não há problemas, pois, em admitir-se restrições aos direitos fundamentais. As controvérsias surgem unicamente com relação às questões referentes ao conteúdo, alcance e limites das restrições, bem como quanto à

---

<sup>168</sup> Com relação ao conceito de enunciado normativo V. ALEXY, Robert . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 50-55

distinção entre restrição, de um lado, e coisas tais como conformação, concretização, densificação e configuração, de outra.<sup>169</sup>

ALEXY, para chegar ao conceito de restrição dos direitos fundamentais, parte do princípio de que existe uma relação especial entre restrição e direito, de forma a se visualizar primeiramente a existência de um direito amplo e depois um direito já restringido. Nessa forma, que ele chama de teoria externa não há qualquer relação necessária entre o conceito de direito e restrição. A relação é criada somente através de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos individuais com outros bens coletivos.<sup>170</sup> Portanto, ALEXY nega qualquer conexão entre os conceitos de direito e restrição, sendo que a única relação possível advém de um fator externo de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também os direitos individuais e os bens coletivos.

Para RAQUEL DENIZE STUMM “...o direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos. É a teoria externa.”<sup>171</sup>

<sup>169</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 267 “El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas; éstos resultan exclusivamente de la determinación del contenido alcance permitidos de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra.

<sup>170</sup> Cf. ALEXI, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 268 “Por ello, según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos con así también los derechos individuales y los bienes colectivos.”

<sup>171</sup> STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. p. 142

Por outro lado, ALEXY refere-se também a teoria interna, onde não são distinguidos direito e restrição, mas à concepção do direito com um determinado conteúdo, as restrições são consideradas como limites, ou restrições imanescentes.<sup>172</sup>

A teoria interna, por sua vez, não reconhece no direito restrições vindas de fora. As restrições nesse sentido, chamadas de restrições imanescentes ao direito ou limites imanescentes ao direito, e decorrem das limitações de seu conteúdo. Assim, para essa teoria “...o conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas acerca de se o direito deve ou não ser limitado mas acerca de qual é o seu conteúdo.”<sup>173</sup>

Para ALEXY, a opção entre a teoria externa e a teoria interna depende, essencialmente, do fato de considerar as normas de direito fundamental como regras ou princípios e as posições jusfundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se pressupõe tratar-se de posições definitivas, está perante a teoria interna; quando se tratar de posições *prima facie*, está-se diante da teoria externa.<sup>174</sup>

Portanto, ALEXY afirma que não há que falar em restrição de direitos fundamentais sob a ótica da teoria interna, pois se trata de posições definitivas, isto é, de normas que ordenam ou proíbem determinada ação, não

<sup>172</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 268-269

<sup>173</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 269 “El concepto de restricción es substituído por el de limite. Las dudas acerca de límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido.” (Tradução livre)

<sup>174</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 269. “La corrección de la teoría externa o de la interna depende, esencialmente, del hecho de que las normas jusfundamentales sean consideradas como reglas o principios y las posiciones jusfundamentales, como posiciones definitivas o *prima facie*. Si se parte de posiciones definitivas, es posible refutar la teoría externa; si se parte de posiciones *prima facie*, la teoría interna.” (Tradução livre)

havendo direito fundamental restringido. Ao contrário, a teoria externa considera que o que se pode restringir não são as posições definitivas, mas as *prima facie*. É neste sentido que devem ser compreendidas as restrições de direitos fundamentais. Assim, ALEXY diz que “...restringíveis são bens jusfundamentais protegidos (liberdades, situações posições de direito ordinário) e posições *prima facie* concedidas por princípios de direito fundamental.”<sup>175</sup>

Após essas considerações preliminares acerca da restrição dos direitos fundamentais, desenvolver-se-á, no item seguinte, o conceito e tipos de restrições, bem como o papel do princípio da proporcionalidade na proteção do núcleo essencial.

### 2.7.1 METÓDICA E CONCEITO DE RESTRIÇÃO

Preliminarmente, para que se possa falar em restrição de direitos, liberdades e garantias, é necessário destacar o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos. Para CANOTILHO a

“...primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de protecção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa – ou se a

<sup>175</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 272 “Restringibles son bienes jusfundamentalmente protegidos (liberdades, situaciones, posiciones de derecho ordinario) y posiciones *prima facie* concedidas por principios jusfundamentales.” (Tradução livre)

constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de protecção – reserva de lei restritiva.”<sup>176</sup>

Nestes termos, pode-se conceituar restrição de um direito fundamental como sendo a limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato<sup>177</sup> desse direito fundamental. Assim, o pressuposto de fato estabelecido no artigo 5º inciso IV da Constituição Federal de 1988 em vigor “...é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” alcança a todas as hipóteses práticas de se manifestar o pensamento. A proibição do anonimato na referida disposição de direito fundamental constitui uma restrição, porque limita a proteção constitucional da manifestação de pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade. Percebe-se, pois, na aludida norma constitucional dois momentos distintos: o direito fundamental em si “a liberdade de manifestação do pensamento” e sua restrição “proibição do anonimato”.<sup>178</sup>

## **2.7.2 NORMAS RESTRITIVAS DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Consoante lição de FARIAS, as normas restritivas de direito fundamental “...são aquelas que atingem ou afetam conteúdo de direito fundamental, isto é, limitam ou comprimem posições que, *prima facie*, estão

---

<sup>176</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1.195

<sup>177</sup> Adverte-se que o âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião etc) protegidos pela disposição normativa que prevê o direito fundamental. Ver também sobre pressuposto de fato ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 292 e ss e FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 28.

incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”.<sup>179</sup> A Lei n 9296, de 24 de julho de 1996 que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre as hipóteses em que, por meio de ordem judicial, é permitida violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, inclui-se como norma restritiva de direito fundamental, uma vez que afeta o conteúdo fundamental da inviolabilidade do sigilo das comunicações(art. 5º, inc. XII).

Para CANOTILHO as normas restritivas de direito fundamental, são, ao mesmo tempo, normas de garantias de direitos e normas limitativas de direito. (a) São normas de garantia porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção a determinado direito. (b) São também normas restritivas porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de proteção.<sup>180</sup> No caso em epígrafe, a norma restritiva garante a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, somente naqueles casos que não haja autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Todavia, para que uma lei seja considerada restritiva de direito, faz-se mister determinar o âmbito de proteção a ser cumprido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e observar se a lei restritiva em exame respeita os limites a ela impostos pela constituição. Tais providências têm por

---

<sup>178</sup> Sobre restrições de direitos fundamentais existem duas teorias: a externa e a interna. Para maiores detalhes confira p. 79-80.

<sup>179</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 74-75

<sup>180</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* p. 1.198

objetivo detectar se se trata de efetiva restrição do âmbito de proteção, se a constituição realmente autoriza tal medida, como finalidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.<sup>181</sup>

### 2.7.3 TIPOS DE RESTRIÇÕES

Uma sistematização das restrições dos direitos fundamentais conforme a Constituição Federal vigente comporta a classificação em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei), restritiva simples e qualificada e restrições tácitas constitucionais.<sup>182</sup>

#### 2.7.3.1 RESTRIÇÕES DIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS

As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Nesta sentido é a lição de FARIAS ao aduzir que “...às vezes sucede que o próprio Texto Constitucional que consagra direito fundamental dispõe também sobre limites ou restrições ao exercício do direito garantido”.<sup>183</sup> Como exemplos, pode-se citar os seguintes incisos do art. 5º da Constituição brasileira de 1988: XI – prescreve o direito fundamental da inviolabilidade de domicílio e admite restrição deste direito em caso de flagrante

<sup>181</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p.75

<sup>182</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *As restrições dos direitos fundamentais*. (mimeo) p. 3 . Sobre o assunto v. também ALEXY, Robert. . *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 276-286

<sup>183</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 75

delito ou desastre, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial e XVI – assegura o direito de reunião e impõe como limite que a reunião seja para fins pacíficos e que seus participantes não portem armas.

Inferre-se, portanto, dos exemplos supra mencionados no texto constitucional, que consagra o direito fundamental também uma restrição do direito fundamental garantido, ou seja, a constituição assegura e restringe direta e expressamente o direito fundamental.

### **2.7.3.2 RESTRIÇÕES INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS (RESERVA DE LEI RESTRITIVA SIMPLES E QUALIFICADA)**

A segunda categoria de restrições refere-se àquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecer através de leis infraconstitucionais. A doutrina denomina esta hipótese de reserva de lei, que é subdividida em reserva de lei qualificada (quando o texto constitucional estabelece os objetivos da e/ou outros requisitos para a lei restritiva) e reserva simples (quando a constituição não prescreve nenhum requisito específico para a lei restritiva).<sup>184</sup>. Exemplo do primeiro tipo seria o inciso XXIV do art. 5º da Constituição, ao dispor que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em

dinheiro. Já o segundo caso encontra-se previsto no mesmo artigo 5º, inciso XXXII, ao consagrar que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a proteção do consumidor.

### 2.7.3.3 RESTRIÇÕES TÁCITAS CONSTITUCIONAIS

O terceiro e mais polêmico tipo de restrição, segundo FARIAS, refere-se àquela que, embora não expressamente prevista no texto constitucional, admite que este implicitamente alberga a restrição, a fim de se salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.<sup>185</sup> Por exemplo, sucede com freqüência na vida social a colisão da liberdade de expressão e informação (CF/88, art. 5º, IX)<sup>186</sup> com o direito à privacidade (CF/88, art. 5º, X)<sup>187</sup>. Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, está impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso *sub judice*.<sup>188</sup>

---

<sup>184</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 76

<sup>185</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação* p. 76

<sup>186</sup> “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

<sup>187</sup> “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>188</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *As restrições dos direitos fundamentais*. (mimeo) p.6

Impende, porém, não confundir restrições dos direitos fundamentais com outras categorias conexas, tais como configuração, conformação, concretização, densificação. Nem toda reserva de lei, ou seja, autorização constitucional para elaboração de lei atinente aos direitos fundamentais, significa uma restrição. Pode ocorrer que, ao invés do legislador limitar o âmbito de proteção de um direito fundamental (restrição), a lei faz é determinar ou regulamentar, pormenorizadamente, o âmbito de proteção desse direito fundamental. Extrai-se, como exemplo, o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Nesse caso, a Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a proteção do consumidor, configurando os seus direitos ao invés de limitá-los.

#### **2.7.4 RESTRIÇÃO E PROPORCIONALIDADE**

As restrições dos direitos fundamentais são possíveis nos Estados onde a Constituição consiste num sistema aberto de regras e princípios. Havendo diversidade de princípios e regras é possível que ocorra colisão ou conflitos de direitos protegidos pela Constituição. Quando esses direitos em conflitos têm o status de fundamentais, a situação torna-se ainda bastante delicada, pois às vezes se torna imperioso limitar um direito fundamental, sem ferir a liberdade e a dignidade do cidadão. Assim, o princípio da proporcionalidade como limite às leis restritivas de direitos fundamentais, traduz-se numa vedação de excesso, de modo que a autorização constitucional conferida ao legislador ordinário para impor restrição ao

âmbito do direito fundamental não desborde em intervenção desarrazoada ou desproporcional. Vale dizer, constitui instrumento de controle das restrições de direitos fundamentais, a fim de que estas sejam adequadas aos fins legítimos a que se dirigem e constituam medidas necessárias para preservar a dignidade da pessoa humana.

Em suma, a regra da proporcionalidade exige que a lei restritiva utilize os meios adequados e necessários aos fins colimados, bem como pondere os bens jurídicos constitucionalmente protegidos em jogo.<sup>189</sup>

Portanto, uma das relevantes funções do princípio da proporcionalidade é, através dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*<sup>190</sup>, dosar as restrições aos direitos fundamentais, o que fortalece cada vez mais o Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido é, pois, luminosa a lição de BONAVIDES “O princípio da proporcionalidade e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.”<sup>191</sup>

RAQUEL DENIZE STUMM, analisando a estreita relação entre direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, destaca a obrigatoriedade e observância deste em sede de restrições dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

<sup>189</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *As restrições dos direitos fundamentais* (mimeo) p. 13

<sup>190</sup> Cf. maiores detalhes no item 3.4

<sup>191</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 386

“ Tanto o legislador quanto o intérprete devem proceder a uma ponderação de valores quando da aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles determinados, sejam eles indeterminados em nível constitucional. A avaliação da relação meios-fins assume papel no controle da restrição dos direitos fundamentais.”<sup>192</sup>

Nestes termos, GILMAR FERREIRA MENDES afirma que “...em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.”<sup>193</sup>

Ante o papel do princípio da proporcionalidade, frente à restrição dos direitos fundamentais, atuando como mecanismo de ponderação que coíbe arbitrariedades do legislador e do aplicador da lei e também como verdadeiro fator de controle de constitucionalidade das leis, pode-se concluir, em anuência com a opinião de CANOTILHO, que o princípio da proporcionalidade é o princípio informador das normas restritivas de direitos fundamentais. Neste sentido, CANOTILHO afirma que “...o princípio da proibição do excesso ( ou da proporcionalidade em sentido amplo) constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.”<sup>194</sup> Para CANOTILHO, no problema das restrições aos direitos fundamentais deve-se observar que , em primeiro lugar,

“...entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios-fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou

<sup>192</sup> STUMM, Raquel Denize. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. p. 132

<sup>193</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.475

<sup>194</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 429

liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.”<sup>195</sup>

## 2.8 O RESPEITO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Viu-se, anteriormente, que não há controvérsias acerca da restrição dos direitos fundamentais, porém, podem ocorrer abusos e arbítrio na atividade do legislador ordinário no processo de restrições tais fundamentais. Ademais, pode suceder que, às vezes, a lei restritiva, em vez de limitar o âmbito de proteção do direito fundamental, acabe descaracterizando de tal forma ou até mesmo aniquilando por completo o direito fundamental, inviabilizando o seu exercício na vida social pelo seu titular. Neste sentido, leciona FARIAS “... a defesa do núcleo essencial visa, assim, evitar que os direitos fundamentais fiquem à mercê do legislador.”<sup>196</sup>

Desde logo, dois problemas exsurtem sobre a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. O primeiro, diz respeito ao objeto do núcleo essencial: direito individual (subjetivo) ou garantia objetiva? O segundo, refere-se

---

<sup>195</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 429

<sup>196</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 78 Ver. ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. p. 233, afirma que o núcleo essencial refere-se ao 'coração

ao valor do núcleo essencial: valor absoluto ou relativo, dependendo da sua confrontação com outros direitos e bens.<sup>197</sup>

Duas são as teorias no que diz respeito ao objeto do núcleo essencial.

Para a teoria objetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista na norma, de modo a evitar que “a vigência de uma disposição jusfundamental seja reduzida de forma tal que perca toda importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social.”<sup>198</sup>

Por outro lado, a teoria subjetiva o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental do particular de tal modo que “...em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjectivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado.”<sup>199</sup>

Para ALEXY, os direitos fundamentais, por serem posições primariamente do indivíduo, o carácter individual dos direitos fundamentais implica que a teoria subjetiva deve aparecer, pelo menos, ao lado da teoria objetiva.<sup>200</sup>

De igual modo, destacam-se duas posições em relação ao valor do núcleo essencial: teoria relativa e a teoria absoluta.

---

do direito’, espaço de maior intensidade normativa. “que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir.”

<sup>197</sup> Cf. Robert Alexy . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 286 e ss.

<sup>198</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p.287 “la vigencia de una disposición jusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social.”

<sup>199</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional* 5 ed. Coimbra:Almedina , 1992 apud FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a hora, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. p. 81

<sup>200</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 288

A teoria relativa parte do pressuposto de que a restrição de um direito fundamental há que ter um fundamento ou justificação, quer na norma constitucional expressa, quer implicitamente, quando da necessidade de proteger não apenas direitos constitucionais, mas outros bens constitucionalmente protegidos.

A teoria relativa vê, então, o conteúdo essencial como resultado de uma ponderação. As restrições que sofrem os direitos fundamentais, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, não lesionam a garantia do núcleo essencial. Para esta teoria o garantia do núcleo essencial se reduz ao princípio da proporcionalidade.<sup>201</sup>

Portanto, qualquer restrição de direito fundamental, somente é admitida como legítima quando for adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional. Para CANOTILHO

“...a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, embora adequadas, não necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte ‘cargas coactivas’ de direitos liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos.”<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 288

<sup>202</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.428-429

Neste sentido, FARIAS afirma que “...a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência se imponha ao direito fundamental.”<sup>203</sup>

Em contrapartida, o que caracteriza a teoria absoluta é a concepção segundo a qual “...existe um núcleo de cada direito fundamental que, em nenhum caso, pode ser afetado.”<sup>204</sup>

Para VIEIRA DE ANDRADE, esse limite absoluto que constitui o núcleo essencial é representado pela “dignidade do homem concreto como ser livre”. Ou seja, se outros princípios ou valores constitucionais exigirem a restrição de direito fundamental, “a idéia do homem como ser digno e livre” revela-se como um limite intransponível para o poder de restrição.<sup>205</sup>

Na concepção de RAQUEL DENIZE STUMM, “o núcleo essencial é determinado abstrato, consistindo em um espaço de maior intensidade valorativa (‘o coração do direito’) não podendo ser restringido ‘sob pena de o direito deixar de realmente existir.’”<sup>206</sup>

As decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão têm oscilado entre uma e outra teoria, apesar de já se ter manifestado, várias vezes, pela teoria absoluta. No caso das gravações com fitas cassetes, por exemplo, justificou o Tribunal que “...nem sequer interesses dominantes na comunidade podem justificar

---

<sup>203</sup> FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos: a honra., a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.* p. 80

<sup>204</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* p. 288 “existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en nunguno caso, puede ser afectado.

<sup>205</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de . *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p. 233 e ss

uma intervenção no núcleo absolutamente protegido da configuração da vida privada; não cabe uma ponderação de acordo com o critério do princípio da proporcionalidade.”<sup>207</sup>

Em outra ocasião, o Tribunal decidiu pela teoria relativa ao sopesar entre os interesses da comunidade e da liberdade individual, optando pelo aprisionamento de um adulto com distúrbios mentais. Esta argumentação responde exatamente à lei da ponderação e, com isso, à terceira parte do princípio da proporcionalidade.<sup>208</sup> Assim, conclui-se que a teoria relativa deve ser admitida como a que melhor atende aos anseios deste trabalho, bem como a que mais se ajusta ao significado dos direitos fundamentais na Constituição brasileira.

---

<sup>206</sup> STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. p. 140

<sup>207</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 288. “Ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada: no cabe una ponderación de acuerdo con el criterio del principio de proporcionalidad”. (Tradução livre)

<sup>208</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 289

## **CAPÍTULO III**

### **3.0 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Neste último e principal capítulo, objetiva-se enfrentar o tema do Princípio da Proporcionalidade como instrumento jurídico, posto à disposição do intérprete na realização da tarefa de proteção e garantia aos direitos fundamentais plasmados no texto constitucional.

Dessa forma, registra-se, desde logo, a dupla função desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, primeiro como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do poder público e, segundo, como instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí uma solução conciliatória, para qual o princípio é indubitavelmente apropriado. Além disso, atua como escudo protetor contra a atuação do legislador face às restrições de direitos fundamentais.<sup>209</sup>

Neste sentido, afirma MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO que “...o princípio da proporcionalidade é uma verdadeira garantia

constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.”<sup>210</sup>

De início, faz-se mister ponderar a advertência de XAVIER PHILIPPE citado por BONAVIDES “...de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios.”<sup>211</sup>.

De sorte que não resulta difícil estabelecer preliminarmente duas noções acerca do termo proporcionalidade: uma acepção lata e uma acepção menos larga, ou *strictu sensu*. No primeiro caso, com o magistério de PIERRE MULLER, entende-se que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.<sup>212</sup> Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Neste raciocínio, pode-se afirmar que há violação do princípio da

---

<sup>209</sup> Cf Item 2.7. Sobre restrições dos direitos fundamentais.

<sup>210</sup> CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*. p. 74. **Concretizar** a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídicos-constitucionais teremos o resultado final da concretização. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim, a *construção de uma norma jurídica*. Por outro lado **Densificar** uma norma significa preencher, complementa e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1127. Segundo Paulo Bonavides concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 585.

<sup>211</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 356

<sup>212</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.357

proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são, por si mesmos, apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.<sup>213</sup> O princípio da proporcionalidade, até pouco tempo atrás, era considerado como pertencente e aplicável apenas no âmbito do Direito Administrativo, mas hoje tem sido admitido como princípio do Direito Constitucional e do decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, como se verá adiante.

Segundo BONAVIDES, a doutrina faz da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição, porque o consolida como regra fundamental de apoio e proteção aos direitos fundamentais e à caracterização de um novo Estado de Direito. Uma frase proferida pelo alemão JELLINEK retrata, com propriedade, o sentido da proporcionalidade, ao afirmar que “não se abatem pardais disparando canhões.”<sup>214</sup>

### **3.2 SEDE CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA NORMATIVIDADE**

Questão intrincada diz respeito acerca do assento constitucional do Princípio da Proporcionalidade. Pronunciando-se sobre o assunto, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO afirma que

“...infelizmente, nesse passo, não trilhamos o caminho seguido por constituintes de outros países, que

---

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 357

<sup>214</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidades de Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. p. 42.

cumpriram sua função já na fase atual do constitucionalismo, a qual se pode considerar iniciada no segundo pós-guerra. Isso porque não há previsão expressa, em nossa Constituição, do princípio em tela, a diferença, por exemplo, da Constituição Portuguesa de 1974 (...).<sup>215</sup> Entretanto o mesmo autor aduz que a circunstância de ele “não estar prevista expressamente na Constituição de nosso País nada impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no parágrafo 2º do art. 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”<sup>216</sup>.

No caso brasileiro o fundamento da utilização do princípio da proporcionalidade, segundo BONAVIDES, pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.<sup>217</sup>

A propósito, JORGE MIRANDA afirma que, embora a proporcionalidade e igualdade guardem estreita conexão, não se confundem, pois “... a igualdade tem a ver que com a distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença, à mesma comunidade ou à vivência da mesma situação. A proporcionalidade é um dos critérios que lhe

<sup>215</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. *Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública*. p. 74

<sup>216</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. *Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública*. p.75

<sup>217</sup> BONAVIDE, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 395

presidem ou uma das suas situações imprescindíveis, como acaba de se indicar; é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação”<sup>218</sup>

Oportuno, ainda, a lição de MARINONI, ao asseverar que “...alguém poderia argumentar que não nos podemos valer do princípio da proporcionalidade porque ele não está previsto no sistema constitucional brasileiro. Acontece que, para poderem ser aplicados, os princípios não precisam estar previstos nos textos normativos”<sup>219</sup>

Para RAQUEL DENIZE STUMM “...em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza.”<sup>220</sup>

RAQUEL DENIZE STUMM afirma que o princípio da proporcionalidade num dado sistema jurídico pode derivar do Estado de Direito, dos Direitos Fundamentais, ou ainda, do princípio do Devido Processo Legal.<sup>221</sup>

Para BONAVIDES, “...a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente, o princípio da igualdade”.<sup>222</sup>

E conclui BONAVIDES afirmando que “...é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do

---

<sup>218</sup> MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II p. 216

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela na reforma do processo civil*. p. 80-81

<sup>220</sup> STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. p.121

<sup>221</sup> STUMM, Raquel Denize. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. p. 97

poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.”<sup>223</sup>

Portanto, o direito brasileiro já acolhe de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo.

O Princípio da Proporcionalidade é, por conseguinte, “direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o parágrafo 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais 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.”<sup>224</sup>

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, conseqüência da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

---

<sup>222</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 359

<sup>223</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 396

<sup>224</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 396

### 3.3 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em que pese a sua importância na proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade foi objeto de severas críticas da doutrina publicista.

Primeiro, E. SCHMIDT, o ex-Reitor da Universidade de Heidelberg, não poupa críticas ao uso exagerado do Princípio da Proporcionalidade, ao afirmar que “o emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral.”<sup>225</sup>

Neste sentido, BONAVIDES lembra que, apesar da extraordinária difusão do princípio da proporcionalidade, de início, no campo do direito penal e administrativo, e, posteriormente, em sede do direito constitucional, o mesmo tem sido alvo de pesadas e severas críticas, algumas descabidas, outras dignas de reflexão, mas todas impotentes para impedir o uso, bem como o prestígio do princípio, sobretudo no campo do direito constitucional, em matéria de contenção dos poderes do Estado e proteção dos direitos fundamentais.<sup>226</sup>

Algumas críticas se voltam para a possibilidade de ingerência do poder judiciário no controle da atividade legislativa. Assim, “a adoção do princípio na ordem constitucional significava um considerável estreitamento da liberdade do

---

<sup>225</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 390

legislador para formular leis e exercer assim um poder que lhe é peculiar na organização do Estado”<sup>227</sup>

Digno de nota, igualmente, a crítica de HANS HUBER, citado por BONAVIDES, prevenindo do perigo do uso exagerado do sobredito princípio, capaz de abalar a relação Legislativo-Judiciário, bem como o cânone constitucional da separação dos poderes.<sup>228</sup>

O publicista francês XAVIER PHILIPPE, citado por BONAVIDES, alerta que o uso exagerado do princípio da proporcionalidade pode acarretar “um ‘governo de juízes’, rompendo assim o equilíbrio fundamental dos poderes.”<sup>229</sup>

Apesar das inúmeras censuras acima transcritas, no ordenamento brasileiro “a proporcionalidade não deve permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais.”<sup>230</sup>

### **3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS ELEMENTOS PARCIAIS OU SUBPRINCÍPIOS**

Para restar bem compreendido, o sobredito princípio exige a sua decomposição em três elementos, a saber: a) o da adequação; b) o da necessidade; e

---

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 389

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.389

<sup>228</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 390

<sup>229</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 393

<sup>230</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 394

c) o da proporcionalidade em sentido estrito. A seguir serão abordados separadamente.

**a) Adequação de Meios (conformidade ou idoneidade)**

Este elemento é, na afirmação de BONAVIDES, a pertinência ou aptidão. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo percebe-se que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação do arbítrio, que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido, ou segundo HANS HUBER, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.<sup>231</sup>

Portanto, sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido.<sup>232</sup>

A conduta de um juiz diante de um caso concreto v.g., limitação de um direito fundamental deverá, em primeiro plano, ser a seguinte: a) descobrir a razão que motivou o legislador a proceder àquela limitação; b) concluindo existir autorização constitucional para que o legislador agisse de forma como agiu, ou seja,

---

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 360

<sup>232</sup> BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. p.133

para criar a restrição normativa, caberá ao magistrado aferir se tal medida eleita é idônea, capaz de alcançar o fim consignado na Lei Maior.

### **b) Necessidade (exigibilidade)**

Por esse subprincípio se deve entender, na lição de SUZANA DE TOLEDO BARROS que “...a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”<sup>233</sup>

Pelo subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. Assim, constatada, em primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.<sup>234</sup> Em outras palavras “...de dois males, faz-se mister escolher o menor.”<sup>235</sup>

### **c) Proporcionalidade em sentido estrito**

---

<sup>233</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidades das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 76

<sup>234</sup> BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. p. 137

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 361

Além dos dois subprincípios acima analisados, resta um terceiro não menos importante que é a proporcionalidade em sentido estrito. Segundo PIERRE MULLER, citado por BONAVIDES, “ quem utiliza o princípio (...), se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.”<sup>236</sup>

Neste terceiro elemento, observar-se-á a relação custo-benefício, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador, com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional.<sup>237</sup>

Assim, pode-se concluir que terá atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefício trouxer ao(s) titular (es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização.<sup>238</sup>

### **3.5 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: APONTAMENTOS PARA UMA DISTINÇÃO**

Com a passagem do Estado Constitucional Liberal, característico do século XVIII e metade do século XIX, para o Estado Constitucional social

<sup>236</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 361

<sup>237</sup> BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. p. 139

<sup>238</sup> BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. p. 140

moderno do século XX, tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade<sup>239</sup> assumem, sem dúvida, papel relevante na proteção e garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste sentido leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que

“... o atual Estado Social e Democrático de Direito não pode ser concebido à margem dos princípios da razoabilidade e da moralidade, pois ambos são seus elementos caracterizadores. Assumem primordial importância quando da análise de um Estado em concreto e da efetivação do disposto em seu perfil constitucional, já que, sem o atendimento destes princípios não se realiza, efetivamente, a concepção teórica informadora deste tipo de Estado.”<sup>240</sup>

Inúmeras são as funções e aplicabilidade da razoabilidade, atuando ora como elemento aferidor de constitucionalidade, ora como termômetro da legitimidade dos atos do poder público, ou, ainda, como parâmetro para aplicação da norma ao caso concreto pelo judiciário.

Neste sentido, mais uma vez é lúcido o ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, para quem a

“...doutrina, ao se pronunciar sobre o princípio da razoabilidade, ora enfoca a necessidade de sua observância pelo Poder Legislativo, como critério para reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da lei, ora o apresenta como condição de legitimidade dos atos administrativos, ora aponta sua importância para o judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto. Isto demonstra de forma cristalina que a

<sup>239</sup> As oscilações semânticas sobre o assunto são substanciais. Várias são as expressões empregadas pela doutrina: “princípio da proporcionalidade” ou “mandamento da proibição do excesso” (mais utilizado na Europa Continental); “princípio da razoabilidade” (preferida no sistema *common law*). No Brasil, a locução “princípio da proporcionalidade” é de uso mais corrente. Contudo, nesta dissertação os termos razoabilidade e proporcionalidade são tomados como sinônimos.

<sup>240</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 621

razoabilidade é essencial ao sistema jurídico como um todo e que sua utilização é essencial à concretização do direito posto.”<sup>241</sup>

Na abordagem do tema da proporcionalidade, é inevitável colocar a questão do princípio da razoabilidade, haja vista que existe uma discussão doutrinária acerca da existência de distinção entre esses dois princípios. Muitos doutrinadores defendem a diversidade entre razoabilidade e proporcionalidade, mas não conseguem apresentar uma diferença capaz de separar os dois conceitos.

Nestes termos, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que “nada mais dramático para uma ciência do que situações iguais serem identificadas por nomenclatura diversa, e, sobretudo, situações (...) diversas serem identificadas por igual denominação.”<sup>242</sup>

Para SUZANA DE TOLEDO BARROS, trata-se apenas de diversidades conceituais para designar identidades de conteúdos, pois, “...os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo **proporcionalidade** ou **proibição de excesso (Ubermass)** para designar o princípio que os americanos tratam por **razoabilidade**”<sup>243</sup> Em outra passagem a autora afirma que “... o **princípio da proporcionalidade** (...) como construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o **princípio da razoabilidade** dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juizes na criação do direito.”<sup>244</sup>

<sup>241</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 621

<sup>242</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. p. 100

<sup>243</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 70

<sup>244</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 54

Certo é que os conceitos se não se confundem, em muito se assemelham, posto que ambos visam a resguardar os direitos individuais e coletivos contra os abusos e excessos do poder público.

O que se pode afirmar é que o termo razoabilidade teve origem nos Estados Unidos e é amplamente utilizado nos países que adotam o sistema do *Common Law* para designar o princípio de ponderação meio-fim e o sistema de controle das restrições legais

Oportuna, pois a lição de SUZANA DE TOLEDO BARROS, acerca do princípio da razoabilidade no Direito norte-americano, ao afirmar que “O juízo da razoabilidade leva em conta uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir e, na aferição da proporcionalidade da medida restritiva a direitos, sempre é ponderada a relação de custo/benefício social.”<sup>245</sup>

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por sua vez, afirma que, embora a doutrina faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, “o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.”<sup>246</sup>

Ainda sobre o assunto, um outro autor que faz uma análise profunda sobre o princípio da razoabilidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO,

---

<sup>245</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 63

<sup>246</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 81

para quem as diferenças existentes entre as normas devem ser razoáveis e racionais, sendo o exercício da razoabilidade possível pela previsão expressa do devido processo legal (*due process of law*). Assim, manifesta SIQUEIRA DE CASTRO: “Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social.”<sup>247</sup>

A seu turno, JUAN FRANCISCO LINARES, publicista argentino, colaciona as várias acepções assumidas pelo termo razoabilidade. Assim: “

I) Na técnica se fala de meios razoáveis para obter certo fim. Quer dizer, se vislumbra uma certa racional adequação de meios e fins. Trata-se, pois, de uma razoabilidade técnica;

II) Em axiologia jurídica se fala de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, segurança, ordem e se o acha no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é assim racionalizadora dos outros valores. Estes são razoáveis enquanto se fundam na justiça;

---

<sup>247</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 157

II) Em ciência do direito a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta se funda em uma norma jurídica; de existência quando o fundamento é mero fato de que o comportamento jurídico se dá; e, de verdade quando tem fundamento de justiça.”<sup>248</sup>

Conclui-se que tanto o termo razoabilidade quanto proporcionalidade, nada mais são que duas faces da mesma moeda. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros pronunciamentos, tem tomado os termos como sinônimos, ora empregando razoabilidade, ora proporcionalidade.<sup>249</sup>

### **3.6 ILUSTRAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RAZOABILIDADE**

O exame da casuística, sobre ser capaz de enriquecer a abordagem sem pretensões de ordem estatística ou exauriente, destina-se apenas ao desiderato ilustrativo. Aliás, os exemplos a seguir expostos, deveriam, ser analisados juntamente com princípio da proporcionalidade no final desta dissertação, porém, por motivos didáticos, houve por bem deixá-los aqui neste tópico.

<sup>248</sup> LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. p. 108 “a) En la técnica se habla de medios razonables para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta racional adecuación de medios a fines. Se trata, pues, de una razonabilidad técnica. b) En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se lo halla en el valor de totalidad llamado justicia; c) En ciencia del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conduta compartida. Esa razón puede ser de *esencia*, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de *existencia* cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; e de *verdad* cuando tiene fundamento de justicia.”

<sup>249</sup> Ementário do STF, nº 1952-1, p. 136. Ementário nº 1950-3, p. 463

Evidentemente, que os direitos individuais e coletivos albergados na Constituição, e cerne do Estado Social e Democrático de Direito, não podem ser postergados pelo legislador infraconstitucional, nem pode este desnaturá-los editando leis que com eles conflitem, quer frontalmente, quer por via oblíqua, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade.<sup>250</sup>

RECASÉNS SICHES, com propriedade, aponta a necessidade da observância do princípio da razoabilidade pelo Poder Judiciário. Os ensinamentos do mestre estão sintetizados de forma lapidar no seguinte trecho de sua monumental obra intitulada *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*:

“O juiz, para averiguar qual a norma aplicável ao caso particular submetido à sua jurisdição, não deve deixar-se levar por meros nomes, por etiquetas ou conceitos classificatórios, mas, pelo contrário, tem que ver quais são as normas, pertencentes ao ordenamento jurídico positivo a ser aplicado no caso concreto, que ao dirimir o conflito estejam em consonância com os valores albergados e priorizados por este mesmo ordenamento.”<sup>251</sup>

Em face do exposto, pode-se concluir que o princípio da razoabilidade determina a coerência do sistema e que a falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, pois o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.<sup>252</sup>

<sup>250</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 622

<sup>251</sup> SICHES, Recaséns. *Nueva Filosofía del Interpretación del Derecho*. Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 623

<sup>252</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 623

Através da análise da razoabilidade, também se verifica se os vetores que informam um determinado sistema jurídico foram ou não obedecidos. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato expendido, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional.<sup>253</sup>

Averbe-se, pois, que o exercício da função normativa costuma importar em toda sorte de classificações legislativas. Para CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO “ Pode-se mesmo afirmar que legislar significa classificar.”<sup>254</sup>. Neste contexto, a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam *razoáveis e racionais*. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina.<sup>255</sup> Do contrário, os legisladores e administradores estatais poderiam, de forma ilimitada e arbitrária, estabelecer toda sorte de discriminações, por mais despropositadas ou destituídas de fundamento que pudessem ser. Registre-se que a Constituição Federal de 1988, de acordo com a redação do postulado isonômico de que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, veda quaisquer discriminações sem um fundamento plausível e razoável.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p.624

<sup>254</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p.155

<sup>255</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p.157

<sup>256</sup> Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5, incisos I, VIII, XLII, XLI.

Exemplos de classificações legislativas extravagantes e injustificadas são imaginadas por CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO

“...se se conduzir de modo diferente, poder-se-ia estabelecer, por exemplo, e por absurdo que pareça, tratamento legislativo distinto entre proprietário de automóveis verdes e proprietários de automóveis amarelos, ou entre o tipo de penteado das pessoas, ou entre canhotos e destros, isto para fins de habilitação em concurso para provimento de cargos burocráticos no serviço público ou para fins de obtenção de financiamento imobiliário junto ao sistema financeiro de habitação, o que, a toda evidência, não guarda a mínima correlação com tais critérios classificatórios.”<sup>257</sup>

Outro exemplo não menos bizarro seria aquele que proibisse empregados portadores de diabetes de serem eleitos para cargos de direção nos sindicatos respectivos, já que tal doença não guarda nenhuma correlação com a atividade proibida. Todos esses exemplos revelam a ruptura do vínculo de congruência entre os fins visados pela regra classificatória e os meios a que ela pretensamente serve e que ela própria edita para o seu pleno atingimento. O preceito normativo, nesse caso, soa irrazóavel, irracional, e por certo injusto, eis que nada auxilia para a consecução de finalidade constitucionalmente válidas. Ao revés, a diferenciação jurídica carece de motivação idônea, restando sem alicerce de fundamentação, capaz de autorizar o descime legislativo.<sup>258</sup>

Considerou-se ainda discriminatório, portanto, carente de razoabilidade, a exigência da prova de esforço físico no concurso para ingresso na carreira de delegado de polícia federal, por entendê-la desnecessária para o

---

<sup>257</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis.das leis na nova Constituição do Brasil*. p.163

<sup>258</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 164

exercício da função policial de nível superior. Na ementa do acórdão, da lavra do Ministro Washington Bolívar, restou comprovada a ofensa ao princípio da razoabilidade, nestes termos: *“Administrativo: Concurso público – delegado de polícia federal – prova de esforço físico – teste de Cooper – 1) Candidato que comprovou gozar de boa saúde física e psíquica, nos termos do art. 9, inciso V, da Lei n 4.878/65. A prova do esforço físico deve ser aferida nos termos legais e de forma razoável, pois Delegado manda e os agentes, em regra, é que executam as ordens; trabalha, usualmente, em gabinete e dificilmente, mesmo em diligência, teria ele próprio de sair correndo atrás de delinqüentes. Procedentes do TRF. 2) Remessa de ofício denegada”*.<sup>259</sup>

Igualmente, em uma outra oportunidade, o Tribunal Regional Federal qualificou de irrazoável a exigência da entrevista como requisito de habilitação para o cargo de diplomatas. Foi questionada a Portaria n° 474/78 do Ministério das Relações Exteriores, que estabeleceu normas para admissão na carreira de diplomatas. O ato ministerial exigia, dentre outras disposições, que os candidatos, após aprovação das provas intelectuais, fossem submetidos a entrevistas para verificar características pessoais que devem ser adequadas à carreira de diplomatas. Eis o acórdão de lavra do Ministro Leitão Krieger: *“Administrativo – Concurso público – aptidão para o ingresso na carreira diplomática – aferição através de entrevista de natureza subjetiva, determinada em portaria ministerial sem respaldo em norma legal, e realizada após aprovação do candidato nos exames intelectuais a que se submeteu. Entrevista a que não se pode*

---

<sup>259</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova*

*emprestar validade como fato de eliminação de candidatos ao prosseguimento no concurso, sobretudo quando, ao seu término, aqueles que a realizaram se limitaram a afirmar, sem qualquer justificativa, de maneira dogmática, não considerar o candidato como possuidor de aptidão necessária ao exercício da carreira diplomática (fls., 77-78). A afirmação assim, feita torna insuscetíveis de exame, quer pelos próprios candidatos, como pelo Judiciário, os reais motivos que determinaram, tanto podendo possibilitar a prática de arbítrio ou de odiosa discriminação, a ensejar se torne letra morta o disposto na Lei Maior. Mandado de segurança que se concede.”* <sup>260</sup>

É digno de menção, neste sentido, que, modernamente, se tem exigido em sede tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobretudo, alhures, que a classificação legislativa não adote, em primeiro lugar, diferenças constitucionalmente vedadas (como raça, sexo, religião etc) e que, além disso, seja a distinção normativa “razoável”, o que significa dizer, revestida de racionalidade e plausibilidade. Em outras palavras, a classificação não deve ser arbitrária, sob pena de desmerecer o respeito dos súditos da lei, o que no mais das vezes conduz à instabilidade da ordem jurídica.<sup>261</sup>

Adverte, contudo, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO

que,

“a ofensa a Lei Maior da nação pode ocorrer tanto frontalmente quanto por via oblíqua, sendo esta última, aliás, a maneira mais freqüente de contrariedade à

---

*Constituição do Brasil*. p. 192

<sup>260</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 194-194

<sup>261</sup> Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das na nova Constituição do Brasil*. p. 166

Constituição. Por essa razão, os órgãos do Poder Judiciário devem estar conscientes de que as leis e os atos em geral do Poder Público não raro discrepam do estatuto supremo e lesionam direitos fundamentais de modo apenas indireto e até mesmo disfarçado. Haverão os intérpretes e aplicadores da Constituição de extrair do documento supralegal o máximo de utilidade social e de diretrizes para a pacificação dos conflitos de interesses que assolam a comunidade política, isto segundo os superiores princípios da justiça e da igualdade, dentre outros mais entronizados na Constituição.”<sup>262</sup>

Portanto, a razoabilidade não se restringe apenas à mera análise para conferir se um ato, uma lei ou uma sentença foram editados, ou não, de forma coerente com as normas que os presidiram. O princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de que esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotados pelo próprio sistema.<sup>263</sup>

O princípio da razoabilidade propicia, portanto, a fiscalização da obediência a todos os demais princípios e regras albergados pelo sistema. Assim, quando o aplicador da norma elege prioridades sem atentar para os vetores indicativos do sistema, está incorrendo em comportamento ilícito por desobediência ao princípio da razoabilidade.<sup>264</sup>

À guisa de ilustração, veja-se exemplos de situações concretas colacionadas do sistema constitucional brasileiro. Não poderia ser considerada

---

<sup>262</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p.185

<sup>263</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p.624

<sup>264</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 625

razoável política econômica recessiva, em razão do disposto no art. 3º, II e III da Constituição que in verbis determina:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Se isso não baste, dispõe o art. 170, incisos VII e VIII:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – redução das desigualdades regionais e sociais;

II – busca do pleno emprego.

Ora, qualquer administrador que tivesse alguma noção da importância dos princípios fundamentais de direito público, ou algum acatamento aos ditames constitucionais, por certo detectaria, de imediato, a invalidez manifesta, que eivaria de forma insanável política e econômica que prestigiasse as desigualdades sociais e regionais, ou que reduzisse a possibilidade de emprego, lançando a população na pobreza e aviltando a dignidade do ser humano. Aliás, o princípio da razoabilidade basta para demonstrar que políticas recessivas não podem ser validadas pelo nosso sistema jurídico positivo.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo e Constitucional*. p. 626

### 3.7 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESPECIFICIDADES

Urgem, neste momento, breves comentários sobre a interpretação da Constituição como, “...síntese da organização política e jurídica do Estado e repositório supremo das normas fundamentais.”<sup>266</sup> Cumpre esclarecer, desde logo, que se furtará, este item, das discussões teóricas e das “querelas metodológicas” da interpretação constitucional, em face das limitações deste trabalho. Tratar-se-á-se, tão somente, de apontamentos e algumas especificidades da hermenêutica constitucional.

Embora a interpretação constitucional não seja, em rigor, diferente da interpretação das normas jurídicas em geral, guardam, todavia, algumas particularidades dignas de registro. Esse é o entendimento de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, para quem

“...a interpretação constitucional é espécie do gênero *interpretação jurídica*, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados especialmente, da natureza e das notas distintivas das disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, deferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição.”<sup>267</sup>

Semelhante entendimento é professado por SÍLVIO DOBROWOLSKI, ao afirmar que “...dois aspectos soblevam do texto constitucional quando alguém se debruça sobre ele, para compreender os preceitos

<sup>266</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. p. 265

ali fixados: a grande cópia de valores ambíguos, imprecisos e a natureza política das muitas opções valorativas para o preenchimento do seu significado.”<sup>268</sup>

Com efeito, compulsando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vê-se, de início, insculpido nos primeiros artigos termos não unívocos, tais como, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, prevalência dos direitos humanos, dentre outros tantos permeados por todo o texto constitucional.

Para JORGE MIRANDA, a interpretação constitucional não é de natureza diferente das que se opera em outras áreas, adotando, contudo algumas especialidades. Para o mestre lusitano

“...a interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma- realidade constitucional-valor.”<sup>269</sup>

Todavia, em sentido oposto, registra-se o pensamento do jurista KLAUS STERN para quem “a interpretação das normas constitucionais não pode equiparar-se com a interpretação das demais normas jurídicas.”<sup>270</sup>

<sup>267</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. p. 25

<sup>268</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *O Pluralismo e o controle dos poderes do Estado*. p.160

<sup>269</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. p. 257

<sup>270</sup> STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. p. 290 “la interpretación de las normas constitucionales no puede sencillamente equipararse com la interpretación de las demás normas jurídicas.”

Em seguida JORGE MIRANDA aponta alguns princípios norteadores da interpretação constitucional. Fala que a Constituição deve buscar uma unidade e harmonia de sentido de modo sistemático e globalizante. Para isso, seus *conceitos indeterminados* tem de ser entendidos sempre na perspectiva dos princípios, valores e interesses constitucionalmente relevantes. Suas normas são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento, ligadas umas as outras com o máximo de capacidade de regulamentação. E que os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta.<sup>271</sup>

KLAUS STERN aponta semelhantes critérios que deverão ser observados na interpretação da Constituição, a saber:

- I) As normas constitucionais incorporam a ordem fundamental organizativa e material do Estado e a vida comunitária;
- II) As normas constitucionais estão formuladas de maneira ampla, indeterminada e incompleta;
- III) As normas constitucionais determinam o acontecer político;
- IV) As normas constitucionais dão suporte para a jurisprudência infraconstitucional;
- V) As normas constitucionais em sua interpretação estão vinculadas a uma jurisdição especial.<sup>272</sup>

<sup>271</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. p. 258-261

<sup>272</sup> Cf. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana* p. 285 “a) las normas constitucionales incorporan el orden fundamental organizativo y material del Estado y de la vida comunitaria; b) las normas constitucionales están a menudo formuladas de manera amplia, indeterminada e incompleta; c) las normas constitucionales determinan el acontecer político; d) las normas constitucionales entrañan

Por oportuno, é preciso registrar, em que pese a ressalva feita neste item, duas correntes em torno dos problemas da interpretação constitucional: posições interpretativistas e não-interpretativistas.

Os interpretativistas entendem que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. Todavia, não se deve confundir com o *literalismo* - a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite. Tal interpretação encontra como limites a textura semântica e a vontade do legislador.<sup>273</sup> A concepção da Constituição para essa corrente limita-se uma função de instrumento de governo.

Neste raciocínio, para CANOTILHO a Constituição baseia-se em duas premissas fundamentais de uma ordem democrática e liberal:

- II) “ a tese do *pluralismo*, que aponta para a necessidade de confiar a órgãos politicamente responsáveis a concretização dos conteúdos de liberdade e de justiça agitados e defendidos com acentuações substantivas diversas pelos vários grupos e correntes (políticos, religiosos, culturais);
- II) a tese do *relativismo de valores(skepticism)* que obriga a rejeitar uma visão ‘fundamentalista’ de valores e dar mais peso(relativo) aos valores defendidos por uma maioria democrática do que às posições de uma minoria ou de um órgão judicial”.<sup>274</sup>

Por outro lado, a posição não-interpretativista defende a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípio da liberdade, da igualdade e da justiça – na

---

consecuencias para la jurisprudencia infraconstitucional; e) las normas constitucionales están confiadas en su interpretación vinculante en última instancia a una jurisdicción de un tipo especial” (Tradução livre)

<sup>273</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1121

<sup>274</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1122

interpretação do texto constitucional. CANOTILHO aponta algumas características da corrente não-interpretativista:

I) “*supremacia da Constituição*, pois o direito da maioria é limitado pela Constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentem sob a forma de ‘standard’(conceitos vagos);

II) a *objectividade interpretativa* não é perturbada pelo facto de os juizes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da Constituição faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade dotada de tendencial objectividade;

III) de resto a interpretação substancial da Constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas”. E conclui o mestre lusitano “o direito não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade . A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juizes.”<sup>275</sup>

Das premissas expostas, conclui-se que, para uma adequada interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais plasmados no seu texto, a corrente não-interpretativista é a que melhor atende aos anseios do presente trabalho.

---

<sup>275</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1222-1123

### **3.8 PROPORCIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SERÁ O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE UM PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO?**

Em que pese a opinião do mestre BONAVIDES, ao asseverar que toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais, e esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, registra-se, sob pena de desvio do proposto neste trabalho, a impossibilidade de desenvolver exaustivamente tais teorias, posto que o objetivo da pesquisa é tão somente de verificar a pertinência do princípio da proporcionalidade como instrumento eficaz e hábil para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais.<sup>276</sup>

Nesta ordem de idéias, pode-se afirmar que, com o declínio do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, houve um deslocamento dos estudos constitucionais antes ligado à parte organizacional, separação de poderes e distribuição de competências, típicas do constitucionalismo liberal, para a parte substantiva, ou seja, os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob o pálio do Estado constitucional social.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 438

<sup>277</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.586

Dessa mudança, surge igualmente a necessidade de novas técnicas e métodos na interpretação da Constituição, onde “os direitos fundamentais ocupam (...) posição estrutural culminante.”<sup>278</sup>

Para BONAVIDES essa

“mudança atinge também a Constituição. Deixa ela de ser um sistema de normas na imagem clássica do positivismo para se transverter num sistema de valores e, a seguir, num sistema de princípios, sendo esse o ponto inquestionavelmente crítico em que a passagem do sistema valorativo ao sistema principal faz surgir o embrião da nova teoria dos valores, desde muito em gestação jurisprudencial. É a esta altura, aliás, que se reconhecem na doutrina a inteira juridicidade e hegemonia normativa e hierárquica dos princípios, os quais encarnam doravante a alma das constituições.”<sup>279</sup>

Assim sendo, é forçoso afirmar que “...a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny.”<sup>280</sup>

Surge, então, o recurso ao princípio da proporcionalidade como esteio e apoio à metodologia da Nova Hermenêutica.

De sorte que BONAVIDES aponta “...na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios; isto sobretudo tocante à interpretação dos direitos fundamentais.”<sup>281</sup>

<sup>278</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 539

<sup>279</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 585

<sup>280</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 545

<sup>281</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 587

Todavia, mister esclarecer que, na hipótese de conflitos entre os princípios, nenhum deles é sacrificado ou expulso do ordenamento jurídico. Vale dizer, o princípio cuja aplicação num caso concreto foi recusada por ensejo da ponderação de valores, bens e interesses, levada a cabo pelo intérprete, continua a circular válido na corrente normativa do sistema, conservando, intacta, a possibilidade de aplicação futura.<sup>282</sup>

Daí, não se pode negar o importante papel desempenhado pelo princípio da proporcionalidade na esfera dos direitos fundamentais. É justamente, e não somente aí, que ele exerce a sua nobre função, conforme já visto anteriormente, qual seja, de proteção e garantia dos direitos fundamentais. Além de resguardar o cidadão da ação lesiva do legislador em matérias de restrições dos direitos fundamentais.

Daí assevera BONAVIDES que

“...uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz de instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.”<sup>283</sup>

Neste mesmo sentido, leciona PAULO ARMÍNIO TAVARES BUECHELE ao afirmar que

“...é no conflito de direitos, concretamente revelado e sem que se possam hierarquizá-los, que o Princípio da

<sup>282</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 587 Cf. Willis Santiago Guerra Filho. Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios processuais da Fazenda Pública.

<sup>283</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 387

Proporcionalidade se mostrará de extrema praticidade, permitindo ao intérprete (juiz, advogado, promotor ou, mesmo, ao simples cidadão) definir qual dos interesses contrapostos deverá preponderar naquela situação específica, na medida em que melhor atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”<sup>284</sup>

Em suma, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade é também princípio de interpretação constitucional, estreitamente relacionado com o Princípio da Concordância Prática (Hesse) e oriundo, tal qual este último, do Princípio da Unidade da Constituição<sup>285</sup>. A sua utilização como critério de interpretação da Lei Maior não pode, porém, prescindir da conjugação com o Princípio da interpretação conforme a Constituição<sup>286</sup>, a fim de que a hermenêutica – especialmente ao juiz, dotado de sua prerrogativa constitucional de decidir conflitos com força de lei entre as partes – não se confira, em vez de poder, o arbítrio de

---

<sup>284</sup> BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. p.180

<sup>285</sup> Denominado também princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Uma Constituição, apesar da diversidade de seu objeto, jamais apresenta elementos estanques. Isto significa que não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que situada. De outra parte, as normas constitucionais não guardam entre si relação de hierarquia. Todas têm a mesma dignidade. Por assim ser, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a evitar conflitos e contradições com outras normas constitucionais. Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. p 288

<sup>286</sup> Entende-se como tal, quando entre interpretações plausíveis e alternativas, exista alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. Didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição decompõe-se nos seguintes elementos: 1) Trata-se de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio à outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultados contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 180 e ss.

pretender interpretar a norma ao seu talante, se observar limites que o próprio texto estabelece.<sup>287</sup>

Não se pode perder de vista, mais uma vez, a lição do mestre BONAVIDES ao afirmar que

“partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma de Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais (grifo nosso), consoante tem como ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.”<sup>288</sup>

Contudo, não resta dúvida, que o princípio da proporcionalidade tem muito a ver com a Tópica, embora com esta não se confunda, aliás, para BONAVIDES

“...o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção”.<sup>289</sup>

<sup>287</sup> BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. P. 187

<sup>288</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. p. 387

### 3.9 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O registro de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal extremou de quaisquer dúvidas a presença do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, sem pretensões de esgotar o rol, já significativo, de decisões reconhecendo o uso do princípio da proporcionalidade, analisar-se-ão algumas jurisprudências da Suprema Corte brasileira.

No Recurso Extraordinário (R.E.) nº 18.331, da relatoria do eminente ministro Orozimbo Nonato, registrou-se a primeira referência ao princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento o Supremo considerou inconstitucional a medida restritiva pelo excesso de taxar. Tratava-se da majoração do imposto sobre cabines de banho imposta pelo Município de Santos-SP. Eis o voto do ministro Orozimbo Nonato:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerado a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”.<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 387. Em 1953, ao relançar a idéia básica de que o Direito é e permanece uma técnica de resolução de problemas, THEODOR VIEHWEG, traçou as bases da moderna jurisprudência problemática.

<sup>290</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.475

Nota-se, do voto acima transcrito, que o poder de tributar não pode exceder, de tal maneira que configure em um verdadeiro confisco, implicando, na prática, a destruição do direito de propriedade e liberdade do exercício profissional.

Em outro momento, o Pretório Excelso manifestou acerca do direito à liberdade de exercício de profissão, ao analisar a Representação nº 1054, de 04/04/84, questionando a constitucionalidade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27/04/63, com a redação dada pela lei nº 5.681, de 20/07/71, que consagrava a incompatibilidade dos magistrados, membros do ministério público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, a contar da data da aposentadoria ou da disponibilidade. Cuidava-se de verificar, fundamentalmente, se as exigências contidas na lei estavam compreendidas no conceito de capacidade e se tais restrições diziam respeito ao interesse público.

Assim manifestou o Ministro Moreira Alves:

“E terá sentido dizer que o inativo nos dois primeiros anos de inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade com dois, vinte, ou trinta anos depois. E qual a sua dependência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário da sociedade de economia mista,

que se aposenta como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou os reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos primeiros anos da inatividade?”<sup>291</sup>

O voto do ministro Moreira Alves, que veio a ponderar na decisão da Suprema Corte, está a demonstrar a relevância da *razoabilidade* para aferição da legitimidade da lei. Portanto, reconheceu-se a inconstitucionalidade da disposição, enfatizando-se a sua inadequação, incongruência e irrazoabilidade.

Talvez a decisão proferida na Representação nº 1077, de 28.03.84, contenha um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383, de 04/12/80, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características da taxa judiciária, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves:

“Sendo- como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas pelas custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal

<sup>291</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.472

contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado.”<sup>292</sup>

Fixada essa idéia de equivalência do razoável entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118 da Lei Estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o quantum devido pelo contribuinte. Assim, conclui o ministro Moreira Alves o seu voto, nos termos seguinte:

“ (...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não se estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto”.<sup>293</sup>

No ano de 1993, viu-se o Supremo Tribunal Federal instado a se posicionar sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da Lei nº 10.248, de 14/01/93 do Estado do Paraná, que fixava exigências aos estabelecimentos comercializadores

<sup>292</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.471

de Gás Liquefeito de Petróleo, em benefício dos consumidores, consideradas abusivas. Reconheceu-se, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade da lesão ao princípio da proporcionalidade, como se pode perceber do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não locupletam as empresas distribuidoras de GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense.”<sup>294</sup>

Traz-se à colação outro julgamento produzido pelo Supremo Tribunal Federal em que o princípio da proporcionalidade foi razão fundamental da concessão do Habeas Corpus. Trata-se do julgamento do Habeas Corpus nº 75.889-5 (Rel. Min. Maurício Corrêa, 2 Turma. D.J.U. 19.06.98). assim Ementado: “HABEAS CORPUS. USO DE TÓXICO (art. 16 da Lei nº 6.368/ 76. DOSIMETRIA DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE E AGRAVANTE. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A teor do art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência consubstancia circunstância legal agravante, não podendo ser considerada como critério para a fixação da pena-base.

<sup>293</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p. 471

<sup>294</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.471

2. Ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem como o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa o seu “quantum” no limite máximo previsto para o tipo penal. 3. Habeas Corpus deferido, em parte.

Na hipótese em tela, o paciente foi apenado sem que observasse o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal. Eis um trecho do voto do Min. Marco Aurélio “... Ora. o teor do disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência consubstancia circunstância legal agravante e assim não podia ser englobada, como o foi, considerados os parâmetros da pena-base, muito menos se alcançando, com isso, o máximo estabelecido para o tipo. (...) Pelas razões supra, concedo a ordem para, anulando o processo a partir da sentença proferida, determinar que outra seja formalizada, observando-se, especialmente **o princípio constitucional da proporcionalidade** (grifo nosso) e o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, tudo ressaltado parecer.”<sup>295</sup>

Percebe-se que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encarregou-se de demonstrar que o princípio da proporcionalidade é princípio vivo, vigente e, sobretudo, eficaz em sede de interpretação dos direitos fundamentais, sendo, portanto, plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

---

<sup>295</sup> Ementário do Supremo Tribunal Federal, nº 1915-01, p.29-30

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo, fica a sensação de que não se chegou ao fim, mas sim ao ponto inicial de uma nova atividade. Aliás, na introdução, o leitor já fora advertido de que não se buscava verdades absolutas e definitivas, mas tão somente questionamentos acerca da função do princípio constitucional da proporcionalidade em sede de interpretação dos direitos fundamentais.

Assim, na medida em que a pesquisa evoluiu, este sentimento tornou-se mais nítido, posto que a cada conclusão abria-se uma série incontável de novas indagações, o que não surpreende, mas ajuda a reforçar a idéia de que uma obra desta natureza jamais se conclui. Simplesmente, é preciso decretar, arbitrariamente, o seu fim.

De modo que, por inúmeras vezes, intencionalmente, e por amor ao proposto, deixou-se de discorrer sobre novas indagações conexas ao tema, que daria, por certo, tantas outras teses.

As considerações, portanto, a serem feitas neste momento, são, por óbvio, provisórias.

1) Viu-se que o termo Constituição é ambíguo e polissêmico e pode ser estudado, numa concepção unilateralista, sob os aspectos sociológicos, político ou jurídico.

2) Do ponto de vista sociológico, na definição de FERDINAND LASSALLE, a Constituição de um país não passa da soma dos “fatores reais de poder”, que, no seu entendimento, são as oligarquias, a grande burguesia, as massas proletárias, a igreja, os banqueiros, os grandes latifundiários, a consciência coletiva nacional e a cultura intelectual. Na visão política do termo, SCHMITT a entende como “uma decisão política fundamental”, cujo fundamento de validade deriva de uma vontade política que a antecede. Já o aspecto jurídico a Constituição apresenta-se, essencialmente, como norma jurídica, uma norma fundamental ou lei fundamental que trata da organização do Estado e da vida jurídica do país. Esta concepção é defendida por HANS KELSEN.

3) Contrapondo-se ao sociologismo de LASSALLE, o decisionismo de SCHMITT, e o normativismo de KELSEN, desenvolveu-se, numa concepção culturalista-valorativa, os conceitos de Constituição em SMEND, que foi o criador da visão integrativa da Constituição; HELLER, que, por sua vez, desenvolveu o conceito de Constituição total, na qual aparecem, complementando-se, reciprocamente, a parte normada e não normada da Constituição. Por fim HESSE, escreve acerca da separação entre a Constituição real e a Constituição jurídica.

4) A idéia de sistema é imprescindível para uma adequada compreensão na Ciência do Direito. Pois apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura.

5) A concepção de sistema desenvolvido por CANARIS oferece condições de sustentar a idéia de sistema jurídico para todo o Direito, principalmente por desenvolver duas características permanentes: a ordenação e unidade.

6) CANARIS repele os sistemas externos, os sistemas de puros conceitos fundamentais, os sistemas lógico-formais, pois todos não se mostram suficientes para responder aos postulados da unidade e da ordenação do Direito.

7) Pode-se definir o sistema como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

8) A idéia de sistema jurídico axio-teleológico é a que melhor resolve os problemas de possíveis conflitos entre direitos fundamentais, pois procura, à partir de uma visão valorativo-teleológica solucionar o caso concreto, sem prescindir da segurança jurídica.

9) Os direitos fundamentais são valores precípuos plasmados em uma Constituição e traduzem, pois, as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade em um certo momento histórico.

10) Inúmeras são as classificações dos direitos fundamentais. Na Constituição Brasileira de 1988, pode-se classificá-los em: direitos individuais (art. 5º), direitos coletivos (art. 5º), direitos sociais (art. 6º. 193 e ss), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (art. 14 a 17). Existe ainda a classificação em direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.

11) É constitucional toda e qualquer norma inscrita em uma Constituição rígida, que, dotada de supremacia, situa-se no vértice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.

12) As normas constitucionais classificam-se em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. Noutra classificação têm-se: Normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

13) Norma de direito fundamental são aquelas que são expressas através de disposições jusfundamentais contidas no texto da lei fundamental. Adverte-se, contudo, que existem normas que, embora contidas formalmente no texto constitucional, não são normas de direito fundamental consideradas materialmente.

14) As normas distinguem-se em regras e princípios. Esta distinção constitui a base e a fundamentação da solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, em especial, a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais ou entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos.

15) As regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, faz-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

16) Os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos

em diferentes graus e na medida devida de seu cumprimento, não dependendo somente das possibilidades reais senão também das jurídicas.

17) O conflito entre regras é solucionado no plano da validade. Por outro lado, o conflito entre princípios, diferentemente das regras, ocorre no plano do peso e não da validade.

18) A colisão entre direitos fundamentais dá-se em duas hipóteses: o exercício de um direito fundamental, colide com o exercício de outro direito fundamental, ocorrendo a colisão entre os próprios direitos fundamentais, ou quando um direito fundamental colida com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou um interesse do Estado, protegido constitucionalmente.

19) Assim, em face de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, bem como o caráter principal de muitas normas de direito constitucional, sobretudo as normas consagradoras de direitos fundamentais, a ponderação associada ao princípio da proporcionalidade assume enorme relevo no direito constitucional, como meio hábil e eficaz para a solução de conflitos.

20) Os direitos fundamentais não são ilimitados. A necessidade de restringi-los advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos.

21) Uma sistematização das restrições dos direitos fundamentais, conforme a Constituição Federal de 1988, comporta uma classificação em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais e restrições tácitas constitucionais

22) Uma das relevantes funções do princípio da proporcionalidade é , através dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, dosar as restrições dos direitos fundamentais protegendo os cidadãos.

23) O princípio da proporcionalidade pode derivar do Estado Democrático de Direito, dos Direitos fundamentais, ou, ainda, do Devido Processo Legal.

24) No caso brasileiro, o princípio da proporcionalidade, embora não expresso, flui do espírito do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Ademais, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em inúmeros julgados, a vigência do sobredito princípio em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

25) Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são tratados na doutrina como sinônimo. Assim, ao princípio da proporcionalidade como construção dogmática dos alemães corresponde, nada mais, do que o princípio da razoabilidade dos americanos.

26) A interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza das notas distintivas das disposições constitucionais.

27) O princípio da proporcionalidade exerce o papel de princípio de interpretação constitucional, ao cumprir a função orientadora do trabalho do hermeneuta ,na busca de solução para os conflitos entre direitos fundamentais, quando não se podem hierarquizá-los. Valendo-se dos seus subprincípios da

adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, o intérprete poderá definir qual dos direitos colidentes deverá prevalecer no caso concreto;

28) Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade exerce um importante papel na estrutura jurídica-constitucional brasileira, especialmente, como instrumento de interpretação, toda vez que ocorrem antagonismos entre os direitos fundamentais, fortalecendo, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito e protegendo os direitos fundamentais do cidadão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste. C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Florianópolis, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993.

BUZANELLO, José Carlos. A Constituição Política em Hermann Heller. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129, a. 33, p. 259-265, jan. /mar. 1996).

CANARIS, Clauss-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COELHO, Edhiermes Marques. *Apontamentos para uma idéia de sistema constitucional (a partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris)*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DITTRICH, Karin Regina. *A Questão dos limites dos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional de conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Direitos Fundamentais e Retórica Política*. Anais do IV Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 19 a 20 de outubro de 1995: Direito, Pesquisa e Reforma do Estado – Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

DOBROWOLSKI, Sílvio . *O Pluralismo e o controle dos Poderes do Estado*. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993.

\_\_\_\_\_. *A Constituição no Mundo Globalizado*. DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha et al. *Processos informais de mudança da Constituição: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 1994.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional e as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 82, p. 70-91, abr. / jun. 1996.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. 4 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidade de las Leyes*. 2 ed. Bueno Aires: Editorial Astrea, 1989

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2 ed., São Paulo: Malheiros: 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de jurisprudência. São Paulo: IOB – Informações objetivas Publicações Jurídicas Ltda., nº 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, Verbete nº 1/8175. p. 475-469.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1999

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1987.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.