

**UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Rafael Mafacioli Marin

**HERMENÊUTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE SOBRE AS RESTRIÇÕES
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ijuí

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Rafael Mafacioli Marin

**HERMENÊUTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE SOBRE AS RESTRIÇÕES
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento, Linha de pesquisa Direito, Cidadania e Desenvolvimento, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-Unijuí, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento, sob a orientação da Prof. Dra. Raquel Fabiane Lopes Sparemberger.

Ijuí

2009

UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul
Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento – Mestrado

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**HERMENÊUTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOBRE AS RESTRIÇÕES AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

elaborada por

RAFAEL MAFACIOLI MARIN

como requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Desenvolvimento

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UNIJUÍ): _____

Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding (URI): _____

Prof. Dr. Daniel Rubens Cenci (UNIJUÍ): _____

Ijuí (RS), 31 de agosto de 2009.

A Antônio Marin (*in memoriam*), exemplo de vida.

Aos meus pais, Volnei e Teresinha, devo tudo a vocês.

A minha esposa, Daiane, mulher da minha vida.

A minha querida irmã Natália.

Agradeço a todos os professores integrantes do programa de Mestrado por todos os ensinamentos que me prestaram durante o curso, sobretudo ao Prof. Darcísio Corrêa cuja intelectualidade, dedicação e compromisso com a docência são admiráveis e servem de paradigma.

Agradeço, especialmente, a professora Dra. Raquel Fabiane Lopes Sparemberger, por ter aceitado a orientação, acreditado em meu trabalho e ter auxiliado num momento em que me encontrava confuso em relação à escolha da temática. Seu grande conhecimento, sua disponibilidade e a forma como incentiva seus alunos em sala de aula são admiráveis e servem de exemplo a todos. Agradeço, imensamente, sua colaboração!

Agradeço, especialmente, ao meu grande amigo e colega de docência e escritório, Julio César de Carvalho Pacheco, por todo o auxílio que me prestou antes do ingresso e durante todo o programa de mestrado; e por ter escutado, pacientemente, todos os meus desabafos e agonias, normais para um aluno de mestrado.

RESUMO

O trabalho faz um estudo da proteção dos direitos fundamentais no Brasil, temática que vem preocupando os juristas na medida em que existe uma crise de identidade e eficácia dos direitos fundamentais. O embate sobre a importância dos direitos fundamentais e sobre a força da Constituição parece não estar sedimentada, sobretudo sobre a existência de uma hermenêutica própria para a interpretação das normas constitucionais. Por isso, além de tentar estabelecer uma teoria mais adequada para os direitos fundamentais, verifica a possibilidade de estabelecer uma hermenêutica constitucional mais adequada aos direitos fundamentais, diversa dos métodos clássicos de interpretação das normas e, sobretudo, analisa o princípio da proporcionalidade e a sua atuação sobre as restrições a direitos fundamentais. Analisa a dogmática dos direitos fundamentais e o estudo das teorias dos direitos fundamentais, cuja leitura foi feita com base na doutrina de Robert Alexy, no estudo da distinção entre regras e princípios também proposta pelo constitucionalista alemão no estudo sobre as restrições a direitos fundamentais. Enfatiza também a necessidade de se estabelecer uma hermenêutica constitucional ou métodos adequados para se interpretar normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. Preocupa-se também em defender a possibilidade de se estabelecer uma hermenêutica para os direitos fundamentais e, dentro deste contexto, esclarecer a importância do princípio da proporcionalidade, em razão de que o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a utilização da proporcionalidade como princípio regulador dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua utilização para a regulação das restrições às normas de direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Restrições. Hermenêutica. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The current study is about the fundamental rights protection in Brazil, thematic that has worried the jurists once there is an identity and efficiency crisis of the fundamental rights. The disagreement about the importance of the fundamental rights and about the power of the Constitution seem not to be consolidated, especially about the existence of an own hermeneutics for the interpretation of the constitutional norms. Therefore, besides trying to establish a more suitable theory for the fundamental rights, the possibility of establishing a constitutional hermeneutics more appropriate to the fundamental rights is verified, which differs from the classical methods of the interpretation of the norms and, mainly, it analyses the principle of the proportionality and its performance on the restrictions to fundamental rights. It also analyses the dogmatics of the fundamental rights and the study of the theories of the fundamental rights, whose reading has been done based on Robert Alexy's doctrine, on the study of the distinction between rules and principles also proposed by the German constitutionalist on the study about the restrictions to fundamental rights. It also emphasizes the necessity of establishing constitutional hermeneutics or adequate methods in order to interpret constitutional norms which consecrate human rights. It also concerns about defending the possibility of establishing hermeneutics for the fundamental rights and, in this context, clarify the importance of the proportionality principle, regarding that the basic character of the fundamental rights norms implies the utilization of the proportionality as a regulator principle of fundamental rights, as well as the possibility of its utilization for the regulation of the restrictions to fundamental rights norms.

Key-words: Fundamental rights. Restrictions. Hermeneutics. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	04
AGRADECIMENTOS.....	05
RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	10
1 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO ROBERT ALEXY.....	13
1.1 Teorias dos direitos fundamentais: uma leitura com base em Robert Alexy.....	13
1.2 A Teoria Estrutural de Robert Alexy.....	18
1.3 Normas-regras e normas-princípios.....	19
1.4 A distinção proposta pela doutrina de Robert Alexy.....	20
1.5 Os princípios e regras na concepção de Ronald Dworkin.....	24
1.6 O sistema aberto de regras e princípios de Joaquim José Gomes Canotilho.....	27
1.7 A teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais de Georg Jellinek e as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais..	28
1.7.1 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	30
1.7.2 Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.....	35
1.8 Restrições a direitos fundamentais.....	38

2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: UMA ANÁLISE LÓGICA E FILOSÓFICA.....	45
2.1 O significado de Interpretação.....	45
2.2 Os métodos de interpretação clássicos.....	48
2.3 A origem e o significado da palavra Hermenêutica.....	51
2.4 A hermenêutica filosófica.....	57
2.5 Hermenêutica constitucional: nova interpretação para as normas constitucionais.....	66
3 HERMENÊUTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOBRE AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
3.1 Hermenêutica de direitos fundamentais e seus princípios formadores.....	74
3.2 A origem do princípio da proporcionalidade.....	78
3.3 Subprincípios integrantes da proporcionalidade.....	82
3.4 O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	85
3.5 A atuação do princípio da proporcionalidade sobre as restrições aos direitos fundamentais.....	91
3.6 O princípio da proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	98
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, por questões históricas, surgiram, inicialmente, com o propósito de proteger o ser humano contra eventuais abusos praticados pela atuação do poder estatal e garantir os direitos individuais, direito à vida, à liberdade, à igualdade e direito à propriedade. Hodiernamente, os direitos fundamentais do homem abrangem, além dos direitos individuais, os direitos políticos, sociais, ambientais e de solidariedade. O reconhecimento dos direitos fundamentais como enunciados expressos surgiu, inicialmente, na Inglaterra por meio de escritos e cartas, como a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rigths* (1628), o *Bill of Rigths* (1688), dentre outros. No sentido moderno, os direitos fundamentais foram previstos explicitamente na Declaração de Virgínia (1776), nos Estados Unidos, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada na França em 1789, e, ainda, na Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, na União Soviética, em 1918.

A evolução dos direitos fundamentais é constante e está muito longe de se esgotar, visto que a conquista de novos direitos é consequência lógica da evolução da humanidade. A sua importância é singular, tanto que hoje se encontram codificados nos ordenamentos jurídicos de inúmeros países do mundo. Trata-se de direitos que definem as diretrizes e os princípios básicos do ordenamento constitucional que rege um país. Em razão disso, o estudo que envolve os direitos fundamentais é amplo e abre caminho para inúmeros embates. Várias são as preocupações que incomodam a doutrina, bem como as teorias que dissertam sobre o assunto.

A importância do estudo dos direitos fundamentais e de sua dogmática manifesta-se nos inúmeros conceitos e discussões que os cercam. Abrem-se embates sobre sua origem histórica, sua relação com os direitos humanos, sua classificação e evolução, enfim, constata-se a existência de uma teoria geral sobre direitos fundamentais que é extremamente complexa e ampla. Não obstante a riqueza de elementos e objetos a serem analisados, em razão dos limites da presente dissertação, bem como da temática que o envolve, a análise ficou adstrita ao estudo de um tema que, principalmente no Brasil, é pouco discutido e diz respeito à proteção dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais vem preocupando os juristas na medida em que existe uma crise de identidade e eficácia dos direitos fundamentais. Prova disso é que, à medida que o tempo passa, a realidade social está cada vez mais distante do texto constitucional. O embate sobre a importância dos direitos fundamentais e sobre a força da constituição parece não estar sedimentado uma hermenêutica própria para a interpretação das normas constitucionais. Assim, o referencial teórico utilizado foram as obras de José Joaquim Gomes Canotilho, Robert Alexy, Gilmar Ferreira Mendes, Virgílio Afonso da Silva, Konrad Hesse e Cristine Oliveira Peter da Silva.

A presente dissertação, além de tentar estabelecer uma teoria mais adequada para os direitos fundamentais, teve como objeto verificar se é possível estabelecer uma hermenêutica constitucional mais adequada aos direitos fundamentais, diversa dos métodos clássicos de interpretação das normas, e, sobretudo, analisar o princípio da proporcionalidade e a sua atuação sobre as restrições a direitos fundamentais. O problema de pesquisa centrou-se em verificar a possibilidade de haver controle sobre as restrições aos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade no âmbito da jurisdição constitucional.

Para a elaboração do estudo utiliza-se como método de procedimento o monográfico, partindo de leituras de textos, artigos e pesquisa de livros e jurisprudências; como método de abordagem, o método analítico.

A presente dissertação foi distribuída em três capítulos. O primeiro aborda o estudo da dogmática dos direitos fundamentais; o estudo das teorias dos direitos fundamentais, cuja leitura foi feita com base na doutrina de Robert Alexy, mormente com fundamento em sua teoria estrutural; o estudo da distinção entre regras e princípios também proposta pelo constitucionalista alemão, a qual surgiu em virtude da proposta promovida por Ronald Dworkin. Ainda são objeto de estudo neste primeiro capítulo o sistema aberto de regras e princípios de Joaquim José Gomes Canotilho, a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais de Georg Jellinek, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e, por fim, o estudo sobre as restrições a direitos fundamentais.

Outrossim, considerando que o princípio da proporcionalidade atua diretamente sobre os direitos fundamentais e, que o exame da problemática proposta passa, obrigatoriamente, por um processo hermenêutico, o trabalho fixa a sua atenção, no segundo capítulo, na análise da necessidade de se estabelecer uma hermenêutica constitucional ou métodos adequados para se interpretarem normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. Estabelecem-se, ainda, algumas premissas sobre a interpretação, bem como sobre a hermenêutica e a sua origem.

Já o terceiro e último capítulo preocupa-se em defender a possibilidade de se estabelecer uma hermenêutica para os direitos fundamentais. Posteriormente, dentro deste contexto, chega-se ao ponto principal do trabalho, que é esclarecer a importância do princípio da proporcionalidade, em razão de que o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a utilização da proporcionalidade como princípio regulador dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua utilização para a regulação das restrições às normas de direitos fundamentais.

Por fim, são apresentadas as conclusões do estudo, fundamentadas na doutrina de Virgílio Afonso da Silva, na perspectiva de verificar se pode haver um controle sobre as restrições a direitos fundamentais pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

1 A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO ROBERT ALEXY

O estudo dos direitos fundamentais e de sua dogmática envolve inúmeros conceitos e discussões. Discorre-se acerca de sua origem histórica, sua comparação ou diferenciação em relação aos direitos humanos, sua classificação em gerações ou dimensões. Em razão dos limites do presente trabalho, bem como da temática que o envolve, esta primeira parte ater-se-á ao estudo das principais teorias contemporâneas que discutem os direitos fundamentais, bem como dos institutos cujas concepções básicas servirão para o aprofundamento dos temas que serão abordados ao longo do estudo.

1.1 Teorias dos direitos fundamentais: uma leitura com base em Robert Alexy

Quando se estudam direitos fundamentais, é inegável a dificuldade para se estabelecer uma teoria adequada, pois, em que pese haver vários escritos sobre o tema, não há uma ciência autônoma sobre direitos fundamentais que os defina como uma categoria de direitos, ou seja, direitos objetivos ou subjetivos.

Nesse aspecto, Robert Alexy (2008) aponta para existência de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Conforme relata o autor alemão, desta teoria decorrem três aspectos: o primeiro é voltado para uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, que para os fins deste estudo não

há interesse de aprofundamento; o segundo, que estabelece uma teoria jurídica, e, por último, uma teoria geral.

Conforme Steinmetz (2001, p. 121), a teoria jurídica apresentada por Alexy diz respeito a uma teoria dogmática dos direitos fundamentais e “pressupõe um determinado modelo de ciência jurídica *stricto sensu*; é o modelo epistemológico segundo o qual a dogmática jurídica tem três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa.” A dimensão analítica

estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento). (ALEXY, 2008, p. 33-34)

Por sua vez, a dimensão empírica tem como objetivo dar efetividade ao direito na medida em que esta efetividade for condição para a validade do direito, ou seja, consoante esta dimensão, não existe somente o direito legislado, direito descrito nas leis, mas também o direito jurisprudencial, direito descrito nas *práxis* jurisprudencial. Percebe-se, portanto, que a dimensão empírica engloba mais do que o conceito de validade do positivismo e o conceito de direito.

Os motivos para tanto, na âmbito dos direitos fundamentais, são facilmente perceptíveis. Devido à abertura de suas normas, a simples cognição do direito legislado não oferece muita coisa. Mesmo aqueles que defendem um conceito positivista de direito e de validade – seja como jurista, ao escrever um comentário (*sic*) aos direitos fundamentais, seja advogado, ao assessorar um cliente em questões de direitos fundamentais, seja como juiz constitucional, ao fundamentar uma decisão – não podem renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. (ALEXY, 2008, p. 34-35)

Por outro lado, a dimensão normativa visa determinar a decisão correta em num caso concreto de acordo com o direito positivo válido. Conforme descreve o autor alemão, com a dogmática jurídica pretende-se alcançar uma resposta fundamentada para questões axiológicas que foram preteridas pelo direito material determinado previamente¹.

As três dimensões mencionadas, e sinteticamente apresentadas, revelam um princípio unificador cuja tarefa é dar racionalidade à ciência jurídica. Conforme Alexy (2008, p. 37): “Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.”

Em outras palavras, o conhecimento do direito positivo é indispensável para a obtenção da resposta num caso concreto (dimensão empírica). Se, porventura, o direito positivo não der uma resposta adequada ou for insuficiente para se chegar a uma decisão, a dimensão normativa agregará outros valores. Já a dimensão analítica terá o importante papel de racionalizar os problemas conceituais que apresentam os direitos fundamentais.

A chamada “teoria geral dos direitos fundamentais” representa, para Alexy (2008, p. 39), um ideal teórico:

Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais.

¹¹ Alexy (2008, p. 36) afirma que “o problema dos valores surge sobretudo quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. Nesse sentido, é possível falar em um “*problema de complementação*”. E, na medida em que para a identificação do material normativo são necessárias valorações, a esse problema soma-se o *problema da fundamentação*. No âmbito do direito constitucional o problema da fundamentação revela-se importante, por exemplo, em conexão com as assim denominadas normas constitucionais inconstitucionais ou com a questão acerca da força vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal. O problema da fundamentação também diz respeito, por fim, à questão do porquê da obediência à Constituição, embora, por esse aspecto, ele não desempenhe quase nenhum papel relevante na dogmática dos direitos fundamentais.”

Assim, é por meio da sua teoria geral que Alexy estabelece uma sistematização de conceitos e enunciados de direitos fundamentais que sejam ordenados da maneira mais clara possível e que sejam corretos e verdadeiros, o que define como teoria integradora. Consoante refere o autor (2008, p. 39), “o conceito de uma teoria integrativa é uma idéia regulativa, da qual a teorização sobre os direitos fundamentais pode se aproximar das mais variadas formas.”

Diante disso, percebe-se que toda a teoria sobre direitos fundamentais possui um grau de valor e de contribuição para se chegar o mais próximo possível de um ideal teórico. Em razão disso, faz-se necessário o estudo, mesmo que breve, das teorias contemporâneas dos direitos fundamentais. Dentre as existentes as que mais influenciaram foram as propostas por Böckenförde, quais sejam, a teoria liberal, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional e a teoria social².

Assevera Alexy (2008, p. 40) que tais teorias possuem caráter de concepções básicas gerais e, por isso, apresentam dois problemas. O primeiro resulta de sua abstração na medida em que não são desenvolvidas levando em consideração as dimensões analítica, empírica e normativa e, em razão disso, não oferecem hipóteses para a elaboração de uma teoria mais abrangente. Segundo Alexy (2008, p. 40), “teorias de direitos fundamentais sob a forma de

² A teoria liberal é defendida por aqueles que entendem que a única finalidade dos direitos fundamentais é proteger as liberdades individuais contra o Estado, ao passo que a democrática é defendida por aqueles que entendem que os princípios democráticos, os quais defendem a participação da comunidade nas decisões de Estado, estão incluídos entre os princípios de direitos fundamentais. A teoria social, defendida por Kruger, sustenta que a função dos direitos fundamentais é criar estruturas sociais que sustentem e abram a possibilidade para o desenvolvimento humano. Outrossim, a teoria axiológica é possível de ser sustentada por meio da teoria dos princípios (que adiante será tratada neste trabalho) e de um conceito amplo de finalidade, ou seja, defende que independente da teoria material, é necessário que se parta de uma teoria de valores. Por fim, a teoria institucional dos direitos fundamentais, defendida por Häberle, Hauriou e Romano, defende a tese básica de que os direitos fundamentais são instituições na medida em que devem ser continuamente invocados pelo maior número de pessoas e ter o maior grau possível de efeito estabilizador para o corpo da Constituição e da ordem social. (ALEXY, 2008, p. 562-564.)

concepções básicas não podem, portanto, substituir uma teoria mais elaborada, podendo apenas constituir seu ponto de partida e, possivelmente, seu ponto de chegada.”

O segundo problema levantado por Alexy é que teorias que partem de premissas básicas podem ser classificadas como uma teoria unipolar. Contudo, os direitos fundamentais não são compreendidos de forma adequada partindo-se de premissas básicas, considerando a multiplicidade e a complexidade dos conflitos que se criam entre esses. Assim, conforme Alexy (2008, p. 41),

contraposto ao conceito da teoria unipolar é o conceito de *teoria combinada*. Uma teoria combinada é a que subjaz à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal [...] Esse tipo de teoria é também sustentada por inúmeros autores, que falam em inúmeras funções, aspectos ou fins dos direitos fundamentais.

Alerta ainda o autor que uma teoria unipolar que se utiliza de premissas básicas não pode servir de parâmetro para guiar e fundamentar decisões jurídicas. Nesse sentido, razão assiste a Alexy, pois não se concebe que, no caso concreto, um tribunal ou juiz fundamente seu veredito em várias questões e idéias básicas ou em inúmeras teorias de direitos fundamentais, visto que, inevitavelmente, em algum momento haveria um choque ou colisão entre elas; assim, o caso ficaria sem solução ou com solução indefinida.

Com efeito, a teoria dos direitos fundamentais não pode ficar entrelaçada em várias questões básicas e superficiais, caso contrário jamais se chegará a um fim ou a uma decisão judicial consistente. É indispensável a discussão que consiga englobar os direitos fundamentais numa teoria única ou numa teoria que se aproxime do ideal. É sustentável a ideia de que com base em vários pontos de vista e ideias diversificadas se consiga chegar a uma teoria que vá além de inúmeras premissas básicas. Talvez o ideal seria a integração de todas numa teoria estrutural, nos termos da doutrina de Robert Alexy.

1.2 A Teoria Estrutural de Robert Alexy

A teoria estrutural de Alexy é parte integrante da chamada “teoria integrativa” e, antes de tudo, é reconhecida por ele como uma teoria empírico-analítico na medida em que investiga a influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. “Sua idéia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tem ela um caráter normativo-analítico” (ALEXY, 2008, . 43).

No momento em que Alexy confere este caráter empírico-analítico à decisão correta, quer dar racionalidade à ciência dos direitos fundamentais, bem como dar suporte a uma análise não apenas conceitual, mas prática, sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Pretende, na verdade, dar estrutura para o que vem depois da análise de conceitos, cuja prática é recorrente em qualquer ciência. São suas palavras:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida do possível, a controles subjetivos. (ALEXY, 2008, p. 43)

Isso significa que a estrutura dos direitos fundamentais, no que diz respeito a conceitos, formas de argumentação e fundamentação, deve ser a mais clara possível. Contudo, é importante frisar que não há no discurso do professor alemão a desídia da dimensão analítica. Toda sua teoria estrutural gira em torno da presença de todas as dimensões expostas no item 1.1. Segundo ele, “a medida da racionalidade do direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica. Sem clareza analítica nem mesmo seriam possíveis enunciados precisos e fundamentos sobre a interação das três dimensões [...] Nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida pertence

à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos.” (ALEXY, 2008, p. 49).

Apresentadas as teorias que a doutrina ressalta, o estudioso que deseja realizar uma análise segura sobre os direitos fundamentais não pode perder de vista a doutrina de Alexy, que, consoante Silva (2005, p. 41), “[...] desenvolveu um caminho razoavelmente seguro e satisfatório para a investigação dos direitos fundamentais, qual seja, o desenvolvimento da chamada teoria estrutural, que envolve as três dimensões da dogmática jurídica em geral: a analítica, a empírica e a normativa.” A fim de contextualizar o leitor, cumpre destacar que este estudo opta pela concepção que estuda o fenômeno jurídico pelo viés das dimensões analítica, empírica e normativa, já que a intenção é estudar uma teoria dos direitos fundamentais à luz da dogmática jurídica.

Para aprofundar o estudo acerca da estruturação das normas de direitos fundamentais é indispensável a incursão no tema sobre a distinção entre princípios e regras, uma vez que a doutrina contemporânea apresenta as normas ora sob a forma de princípios, ora sob a forma de regras. Diante disso, o próximo tópico trata da importância e das diferenças entre as normas-regras e normas-princípios.

1.3 Normas-regras e normas-princípios

A discussão sobre a dogmática dos direitos fundamentais e o seu aprofundamento passa, necessariamente, pela análise da distinção que contemporaneamente se estabelece entre normas-regras e normas-princípios. O presente estudo explicitará a opinião de doutrinadores que trabalham na perspectiva da teoria dos princípios e teoria das regras, a saber, Robert Alexy, Ronald Dworkin e José Joaquim Gomes Canotilho.

1.4 A distinção proposta pela doutrina de Robert Alexy

A distinção entre regras e princípios faz parte da estrutura das normas de direitos fundamentais e é considerada, contemporaneamente, a base central da dogmática dos direitos fundamentais³. Não são raros os momentos em que as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios, já que normalmente agregam valores. Assim, para Alexy (2008, p. 85),

sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e as prestações em sentido estrito.

Em razão disso, vislumbra-se que a distinção entre regras e princípios diz respeito a uma teoria normativa e material dos direitos fundamentais que impõe limites e racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Para Alexy (2008, p. 85), “[...] a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”

Para o autor, tanto regras quanto princípios têm caráter de norma na medida em que dizem o que deve ser; ambas têm implícitas as expressões do dever, da proibição e da permissão. Há critérios definidos para a distinção entre regras e princípios. O primeiro, e o mais comum, é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras possuem um grau de generalidade relativamente baixo. (ALEXY, 2008, p. 87)

³ É importante referir que este estudo trabalha os direitos fundamentais na concepção de princípios, já que a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida por meio da ponderação, subprincípio da proporcionalidade, questão central do trabalho e que será abordada no terceiro capítulo.

Outros critérios seriam “a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento [...] o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência a idéia de direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.” (ALEXY, 2008, p. 88). Regras e princípios seriam diferentes, ainda, com base no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. Em face desses critérios, são possíveis três teses acerca da diferenciação entre regras e princípios.

A primeira tese sustenta que a tentativa de diferenciar a norma em duas classes seria, em razão da diversidade existente, fadada ao fracasso. A segunda tese é defendida por aqueles que admitem a separação da normas em duas classes somente no que respeita à questão de grau, ou seja, veem no grau de generalidade o critério que decide a distinção. A terceira tese sustenta que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios e que entre ambos, além de uma diferença gradual, haveria uma diferença qualitativa. Essa é a tese defendida por Alexy (2008, p. 90-91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

A diferença entre regras e princípios é verificada claramente na medida em que se verificam os casos de colisão entre regras e colisão entre princípios⁴. Conforme o jus filósofo alemão, um conflito de regras somente

⁴ Não obstante a importância da colisão de direitos fundamentais, para este trabalho o seu estudo não é pertinente em razão de seus limites. Obra que retrata e discute de forma

poderá ser solucionado caso se introduza uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se uma das regras for considerada inválida⁵. Por sua vez, o conflito entre princípios deve ser solucionado de maneira diversa; assim, caso dois princípios entrem em colisão, um deverá ceder. Isso não significa que o princípio cedente deve ser considerado ou declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção; o que ocorre é que um dos princípios vai preceder ao outro sob determinadas condições, ou seja, a colisão de regras ocorre no campo da validade, ao passo que a colisão de princípios é definida na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 92-94).

Outro aspecto e outra característica importante que corrobora a distinção entre regras e princípios é o caráter *prima facie*. Os princípios exigem que algo deva ser realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, não possuem um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, P. 104)

O caso das regras é diferente, já que exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam, isto é, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. “Essa determinação

percuciente o assunto é a de STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵ Conforme Alexy (2008, p. 92), “um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele que entre a proibição de sair da sala de aula ante que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar ao alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.”

pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.” (ALEXY, 2008, p. 104).

Outro critério utilizado para a distinção entre regras e princípios qualifica os princípios como razões para regras jurídicas. Num primeiro momento, Alexy expressa que parece plausível a concepção segundo a qual os princípios constituem razões para as regras e as regras constituem razões para os juízos concretos do dever ser. Contudo, vislumbra-se que as regras também podem servir de razões para outras regras e que os princípios podem servir de fundamento para as decisões judiciais. (ALEXY, 2008, p. 107). A conclusão a que se chega, conforme Silva (2005, p. 53), embasado nas lições de Alexy,

[...] é no sentido de que o mais importante, na distinção entre regras e princípios, é o caráter do mandato que cada um impõe, ou seja, independentemente de constituírem fundamento para uma regra jurídica ou para uma decisão judicial, as regras sempre devem ser concebidas como veículos de determinações definitivas e os princípios, por sua vez, como veículos de um comando aplicável apenas *prima facie*.

O autor apresenta, ainda, três modelos de sistemas de direitos fundamentais, quais sejam: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo combinado de regras e princípios⁶. Alexy opta pelo último modelo e ensina que existem direitos fundamentais que estão no nível de princípios e outros que estão no nível de regras, ou seja, profecia a existência de normas-regras e de normas-princípios de direitos fundamentais.

Em que pese a todas as considerações sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy, é importante referir que a diferenciação entre regra e princípio vem da doutrina de Ronald Dworkin, motivo pelo qual se apresenta importante o conhecimento do pensamento do professor americano, até para que o leitor

⁶ Para verificar a distinção entre os modelos ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121-144.

possa, inclusive, identificar as diferenças entre os ensinamentos dos dois autores.

1.5 Os princípios e regras na concepção de Ronald Dworkin

Dworkin defende a tese de que, quando os juristas debatem acerca de obrigações jurídicas e direitos, sobretudo nos casos considerados difíceis, recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas, sim, operam como princípios, políticas e outros tipos de padrões (DWORKIN, 2007, p. 35-36). Com efeito, é importante ressaltar que o autor americano, em tese, adota o termo “princípio” de forma genérica, ou seja, expressa que nos princípios jurídicos estão implícitos vários tipos de padrões e políticas que se distinguem das regras. Eventualmente, diferencia princípios de política . Ensina Dworkin (2007, p. 36):

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino “princípio” aquele tipo de padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

No que diz respeito à diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos, elucida Dworkin que essa distinção é de natureza lógica. Segundo ele, os dois conjuntos apontam para decisões particulares no que concerne à obrigação jurídica em circunstâncias específicas, porém são diferentes quanto à natureza da orientação que oferecem. “As regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”(DWORKIN, 2007, p. 39).

Alerta, todavia, para a existência de outra diferença, ou seja, para Dworkin (2007, p. 42-43):

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele juiz que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. [...] Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.

Diante disso, depreende-se que, para o autor, no momento em que houver um conflito entre princípios, o embate será resolvido na proporção do peso e da força de cada um, ou seja, sempre haverá uma mensuração entre os princípios no caso concreto, ao passo que na colisão entre regras uma invalidará a outra, por não possuírem na sua essência um conjunto de padrões ou valores. “A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.” (DWORKIN, 2007, P. 43).

O papel importante dos princípios, mormente nos casos considerados difíceis, no que diz respeito à formulação de decisões jurídicas específicas, deve obedecer a orientações diferentes. Segundo Dworkin (2007, p. 46-47):

a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos o “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser

obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extra-legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.

Dworkin alerta que a primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de maneira que incorrem em erro caso deixem de aplicá-los; quanto à segunda, revela os princípios com o resumo daquilo que os juízes adotam como princípio de ação, quando compelidos a ultrapassar os padrões aos quais se encontram vinculados. (DWORKIN, 2007, p. 48-49). Portanto, aqueles que vislumbram os princípios como obrigatórios num ordenamento jurídico defendem a posição de que o direito é um sistema estruturado por princípios e regras, ao mesmo passo que aqueles que optam pela segunda alternativa não conferem obrigatoriedade e juridicidade aos princípios.

Os que defendem a não juridicidade dos princípios, como os positivistas, colocando-os numa posição fora do sistema jurídico, elegem a posição de que os juízes devem aplicar a discricionariedade em suas decisões, ou seja, se não houver a solução do caso difícil por meio das regras, o julgador aplicará seus modelos de racionalidade, justiça, equidade, eficácia, etc. Logo, Dworkin repele completamente a possibilidade da utilização da discricionariedade por parte dos juízes, visto que defende a tese de que, em casos difíceis, as decisões devem ser pautadas em princípios⁷.

⁷ Alexy, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, afirma que o modelo defendido por Dworkin é muito simples ao propor que as regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto que os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas que não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Para o autor alemão é necessário um modelo diferenciado, que, aliás, já foi exposto neste trabalho. Segundo Alexy (2008, p. 104-105), “[...] no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido. Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regra por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como

1.6 O sistema aberto de regras e princípios de Joaquim José Gomes Canotilho

O professor Canotilho também faz referência à importância da distinção entre regras e princípios na particularidade dos direitos fundamentais. Para o autor português, regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*)”. (CANOTILHO, 1999, p. 1177). Por outro lado, ensina que

princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.” (1999, p. 1177)

Portanto, denota-se que a distinção feita por Canotilho remete à doutrina de Robert Alexy, no sentido de que as regras são normas definitivas e possuem um comando que proíbe, exige ou permite, ao passo que os princípios não possuem na essência este comando definitivo ou de “tudo ou nada”, como refere o professor português, já que possuem comando de primeira aparência ou *prima facie*, conforme prefere Alexy⁸.

demonstram os inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito. As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável, perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagonico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra.”

⁸ Importante doutrina nacional que reflete a teoria dos princípios e a sua diferenciação com a regras encontra-se na obra de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Nesta obra, Ávila traça um perfil próprio e elenca critérios adicionais no sentido de apresentar uma nova proposta para a distinção entre regras e princípios.

1.7 A teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais de Georg Jellinek e as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

O estudo da teoria multifuncional de Jellinek é pertinente não só pelo contexto histórico, que já justificaria sua alusão, mas também pelo fato de que influenciou decisivamente na classificação dos direitos fundamentais e estruturou a base para o desenvolvimento do caráter normativo duplo dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva e dimensão objetiva.

Conforme relata Sarlet (2007, p 183), Georg Jellinek, em sua obra *Sistema dos direitos subjetivos públicos*, formulou concepção de acordo com a qual o indivíduo encontra sua posição de vinculação a um determinado Estado cunhada por *status*, situações jurídicas, seja como sujeito de direitos, seja como sujeito de deveres.

No âmbito do que Jellinek denominou de *status* passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres, e não de direitos, significando, de outra banda, que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições. Para além de *status subiectionis*, Jellinek toma como base a idéia de que, por ser dotado de personalidade, ao indivíduo é reconhecido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado. De acordo com Gonçalves Loureiro, “qualquer pretensão do Estado tem de ser fundada juridicamente, tornado-se o estado fáctico da liberdade num estado juridicamente reconhecido. O terceiro *status* referido por Jellinek – e que complementaria o *status negativus* – é o assim denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. É no *status positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais [...]. Por derradeiro, Jellinek complementa sua teoria com o reconhecimento de um *status activus* ao cidadão, no qual este passa a ser considerado titular de competências que He garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto. (SARLET, 2007, p 183-184)

Não obstante as críticas apontadas pela doutrina⁹ sobre as lições de Jellinek, é importante referir que, ao longo dos tempos, tais *status* foram importantes na construção da classificação dos direitos fundamentais e também, como já referido, na estrutura das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, cujo estudo é imprescindível para o completo entendimento acerca da temática que envolve a restrição dos direitos fundamentais. Além disso, a dogmática contemporânea dos direitos fundamentais eleva essa distinção entre as formulações importantes no meio do direito constitucional, tendo em vista sua imprescindibilidade para a compreensão e o estabelecimento das funções exercidas pelos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem estreita relação com os direitos individuais, direito à vida, à liberdade, personalidade, interesses, etc., ao passo que a dimensão objetiva diz respeito aos elementos fundamentais da coletividade. Conforme expõe Canotilho (1999, p. 1178-1179):

Com esta idéia de **fundamentação subjetiva** procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por exemplo [...] o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, verificar-se-á um fundamento *subjectivo* ou *individual* se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e idéias. [...] Fala-se de uma **fundamentação objectiva** de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta fundamentação objectiva que se pretende salientar quando se

⁹ Uma das críticas apontadas vem da doutrina de Sarlet (2007, p. 184), que refere ser necessária a releitura do *status negativus*, tendo em vista que, para Jellinek, as liberdades individuais são exercidas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador. Nos tempos de hoje, contudo, tal situação é inconcebível, já que não se podem vincular liberdades individuais à legislação infraconstitucional; hoje os direitos fundamentais é que vinculam o legislador. No mesmo sentido também, se deve observar a doutrina de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269-276.

assinala à liberdade de expressão uma função objectiva, um valor geral, uma dimensão objectiva para a vida comunitária (liberdade institucional). (os grifos são do autor)

Quando Canotilho menciona a existência dessas duas dimensões, na verdade, está salientando a existência de princípios e regras consagradoras de direitos subjetivos fundamentais e a existência de princípios e regras objetivos. Acento para a existência da dupla dimensão dos direitos fundamentais também se encontra na doutrina de Hesse (1998, p. 228) ao referir que “nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significados”, ou seja, significados de direitos fundamentais subjetivos e elementos com significação objetiva.

1.7.1 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais com dimensão objetiva foram descobertos a partir do momento em que se verificou a necessidade de escudar e proteger as instituições, conforme relata Bonavides (1999, p. 519):

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possui vários desdobramentos. Dimouliis e Martins revelam a existência de dois aspectos. O primeiro aspecto que se levanta acerca da dimensão objetiva dos direitos

fundamentais é que ela realiza o controle abstrato de constitucionalidades de normas. Conforme os autores, “exercer esse controle é dever do próprio Estado que realiza ma espécie de autocontrole em função dos direitos fundamentais, podendo (e devendo) uma série de autoridades estatais provocar o seu exercício” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 119).

Isso significa, por exemplo, que não é necessária a impetração de mandado de segurança que questione a constitucionalidade de uma norma de censura com base na liberdade de imprensa para proceder ao controle da lei que viola a constituição, ou seja, as partes legitimadas devem dar andamento a esse controle, compelindo o Estado a respeitar os limites de sua competência por meio da ação direta de constitucionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 119).

Não muito longe dessa perspectiva, Hesse (1991, p.144) aponta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à eficácia que tais direitos refletem nos órgãos estatais, incumbindo-os da função de concretização do conteúdo essencial destes direitos, ou seja, na condição de norma objetiva os direitos fundamentais servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos de caráter normativo. (SARLET, 2007, p. 144, nota 330)

O segundo aspecto revelado Dimoulis e Martins trata da dimensão objetiva ao funcionarem como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, ou seja, as autoridades estatais devem interpretar o direito infraconstitucional em consonância com os direitos constitucionais. (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 120)

Outrossim, a doutrina de Sarlet (2007, p. 168) revela que os direitos fundamentais não se limitam a uma perspectiva subjetiva de defesa dos direitos individuais contra o Estado, “[...] mas, que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” Desse modo, revela-se que a dimensão - ou a “perspectiva”, como prefere denominar o autor gaúcho - objetiva dos

direitos fundamentais apresenta valores objetivos fundamentais e de direcionamento das ações positivas do poder público.

O professor gaúcho refere que para a compreensão exata da dimensão objetiva há que se observar três aspectos. O primeiro é que tanto as regras quanto os princípios podem consagrar direitos meramente objetivos, ou ainda, que não existe paralelo entre os princípios e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como não há relação entre as regras e a perspectiva subjetiva. O outro aspecto destaca que a dimensão objetiva expressa dois lados: um deles, o reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos que transcendem a dimensão objetiva; o outro, que esta dimensão expressa uma ordem de valores. (SARLET, 2007, P. 169-170)

O terceiro e último aspecto revela que a dimensão objetiva está vinculada ao reconhecimento dos direitos subjetivos individuais pela coletividade na qual se encontra inserida (SARLET, 2007, p. 170). Com efeito, percebe-se que a dimensão objetiva aparece com uma forma autônoma que transcende os direitos fundamentais individuais, no sentido de que a existência do aspecto objetivo independente da existência do aspecto subjetivo¹⁰. Esse é o pensamento de Silva (2005, p. 72):

Na verdade, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Trata-se, portanto, de uma função objetiva reflexa de todo direito material subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais como normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Sarlet refere que todos os direitos fundamentais individuais devem ser valorados não só com base na pessoa individualmente e na sua posição

¹⁰ Considerando que os direitos fundamentais são, na essência, direitos individuais, cuida-se, aqui, de uma troca de perspectiva, “[...] no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado. Aqui estamos diante de uma função reflexa de todo o direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva.”(SARLET, 2007, p. 171)

perante o Estado, como também na perspectiva da comunidade e da sociedade¹¹. Em razão disso, afirma que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais contribui para a limitação do alcance dos direitos fundamentais, além de legitimar a restrição aos direitos subjetivos individuais.

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia do interesse público sobre o particular (SARLET, 2007, p. 171).

Sarlet revela outra função da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, “no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados.” (SARLET, 2007, p. 175). Desse modo, expressa o autor que o Estado tem o dever de tomar medidas positivas, tais como medidas legislativas de natureza penal, proibições, autorizações, etc., com o propósito de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

Sarlet menciona ainda outro desdobramento da dimensão objetiva, qual seja, a função outorgada aos direitos fundamentais como parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento.

¹¹ Consoante afirma Sarlet (2007, p. 171), “como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.”

Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento [...], mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais. (SARLET, 2007, p. 176)

Isso significa que os deveres de proteção do Estado podem se concretizar por meio de normas que disponham sobre procedimento judicial ou administrativo e, ainda, sobre a criação de órgãos.

Além da perspectiva exposta com base nas ideias de Ingo Sarlet, é importante trazer a visão de Márcio Lório Aranha, que considera no contexto da dimensão objetiva as garantias institucionais. O autor afirma que a compreensão institucional dos direitos fundamentais deixa claro que estes possuem, além do aspecto jurídico-subjetivo, um aspecto jurídico objetivo. Ressalta ainda que tais garantias, conceitualmente, têm a função de conferir maior coerência e ordenação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Refere o autor:

O objetivo maior da compreensão institucional dos direitos fundamentais é de tornar claro que tais direitos possuem não somente um lado jurídico-individual-subjetivo, como também um lado jurídico-objetivo, que se relacionam mutuamente. As dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais estão em uma 'relação incidível' no sentido de complementação e fortalecimento recíprocos, que têm 'raiz' na acepção jurídico-subjetiva; deste 'núcleo efetivo, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais não se pode distanciar, e precipitar-se 'na autonomização de uma estrutura de normas objetivas, na qual é relegado para segundo plano o significado primitivo e duradouro dos direitos fundamentais (ARANHA, 1999, p. 168).

Diante do que foi exposto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela uma função importante na construção de um sistema eficaz e racional para a sua efetivação.

Este processo de valoração dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais [...] provocada [...] pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de ma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal (SARLET, 2007, p. 177)

A descoberta e o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais constituem celeuma de natureza hermenêutica, “pois encontra-se vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais.” (SILVA, 2005, p. 76). Uma outra função ou dimensão dos direitos fundamentais é a subjetiva, abordada a seguir.

1.7.2 Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a que mais se aproxima das suas origens históricas e de suas finalidades, no sentido de que na relação jurídica que se cria entre o indivíduo e o Estado, em razão das normas que reconhecem direitos fundamentais, o indivíduo pode exercer uma liberdade negativa, de obrigar o Estado a não fazer alguma coisa. Conforme refere Branco (2000, p. 152), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais “[...] corresponde à característica destes direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações.”

Sarlet (2007, p. 178), ao fazer referência aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, assinala que se

[...] tem em mente a noção de que o titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado “a proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

Registre-se que sobre o conceito de direito subjetivo não há um consenso entre os estudiosos, contudo o presente trabalho opta pela posição adotada por Robert Alexy, o qual vem angariando a simpatia da melhor e mais atualizada doutrina, além de estar em sintonia com o ordenamento constitucional positivo. Assevera Sarlet (2007, p. 179) que o professor alemão edifica sua concepção sobre direitos fundamentais subjetivos com base nas seguintes posições: 1) direitos a ações positivas do Estado ou negativas; 2) liberdades, no sentido de negação de exigências e proibições; 3) os poderes (competências e autorizações). Este tripé indica as várias facetas que os conceitos de direito subjetivo possuem a ponto de dificultar sua eficácia e aplicação.

Também ensina a doutrina de Canotilho (1999, p. 1180-1183) que os direitos subjetivos fundamentais assumem posições diferentes. Todavia, para que se compreenda o sistema estrutural das posições jurídicas fundamentais é necessária a iluminação de posições estruturais. A primeira posição está estruturada da seguinte maneira: *Direitos a atos negativos*: os direitos fundamentais são garantidos numa tripla perspectiva: 1ª – direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos; 2ª – direito à não intervenção dos entes públicos por parte dos entes públicos; 3ª – direito à não eliminação das posições jurídicas.

A segunda posição diz respeito a *direitos a ações positivas*, designando direitos de ações dos indivíduos a ações positivas do Estado; designa, às

vezes, direitos a prestações fáticas e direitos a prestações normativas. A terceira posição refere-se a *liberdades*: geralmente ligadas a posições defensivas e negativas. Significa direito à liberdade física, à liberdade de movimentos (de não ser detido), à liberdade pessoal, à liberdade de expressão, à liberdade de informação, religião, cultural, de associação, etc.

A quarta posição diz respeito a *competências* cujo exercício pode estar ligado com o próprio exercício de direitos fundamentais. Consiste na possibilidade de o indivíduo praticar determinados atos jurídicos e, posteriormente, alterá-los.

A doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da dimensão subjetiva. O próprio Canotilho (1999, p. 1179) aponta para a existência dessa presunção na medida em que se está diante de direitos individuais. Relata o autor português que “daqui resulta um corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de *direito subjectivo*.”

Sarlet (2007, p. 181) também sustenta a existência dessa presunção em favor da prevalência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Neste contexto, cumpre referir a lição de R. Alexy para quem a tese da presunção em favor da perspectiva jurídico-subjetiva encontra sustentação em dois argumentos. Assim, sustenta o renomado jusfilósofo, a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva, consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. Já o segundo argumento (que Alexy designa de argumentos da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.

Por fim, há que se destacar que a presunção em favor da dimensão subjetiva não exclui a possibilidade de se atribuir a grupos ou coletividades a titularidade de direitos fundamentais subjetivos (SARLET, 2007, p. 181).

1.8 Restrições a direitos fundamentais

Conforme relata Silva (2005, p. 106), a proteção dos direitos fundamentais vem preocupando os juristas à medida que se torna latente a crise de identidade e eficácia dos direitos fundamentais, já que a cada dia que passa os cidadãos e a realidade social estão cada vez mais distantes do texto constitucional. O embate sobre a força da constituição¹² parece não estar solidificado sobretudo quando se observa que a eficácia dos direitos fundamentais está restrita, no Brasil, a uma camada privilegiada.

O presente trabalho não tem como objeto tratar acerca da eficácia dos direitos fundamentais, mas, sim, sobre a possibilidade de haver controle sobre as restrições aos direitos fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade no âmbito da jurisdição constitucional. Por uma questão de coerência, expõem-se neste momento do trabalho somente algumas considerações sobre o âmbito de proteção, bem como as possibilidades de restrições a direitos fundamentais. A abordagem sobre o princípio da proporcionalidade e a sua atuação sobre tais restrições será esmiuçada no capítulo quarto deste estudo.

Canotilho (1991, p. 1193) propõe que os direitos fundamentais sejam divididos em direitos fundamentais suscetíveis de restrições e direitos fundamentais não suscetíveis de restrição. Direitos fundamentais suscetíveis de restrição, segundo o autor português, seriam aqueles direitos fundamentais *prima facie*, isto é, que não estabelecem uma relação imediata entre sujeito ativo e sujeito passivo de uma obrigação, mas, sim, que dependem de ponderação em razão de circunstâncias concretas.

No que diz respeito aos direitos não suscetíveis de restrição, Canotilho (1991, p. 1194) ensina que não podem se converter em direitos com maiores

¹² Nesse sentido, parece que a discussão contida doutrina de Lasalle (2001) e Hesse (1991), apresenta-se como atual.

restrições do que as impostas pela própria Constituição ou pela norma que a autoriza. Considerando que os direitos fundamentais são *prima facie*, na medida em que assumem o caráter de princípios, nos termos da teoria de Alexy, fica explícita a probabilidade de um direito ser restringido concretamente. Diante disso, o legislador deve solucionar o conflito pronunciando-se a favor do sentido apto a solucionar este conflito.

Com efeito, as restrições legais são aquelas que o legislador impõe em razão de expressa autorização constitucional. No que concerne à possibilidade de haver restrições, Mendes (2000, p. 223-226) adverte para a existência de duas teorias. A primeira é a chamada “teoria externa”, que vislumbra o direito fundamental e a sua restrição como categorias distintas, ou seja, um direito ilimitado de outro um direito passível de ser limitado por restrições. Diferente é a base de sustentação da segunda teoria, conhecida como “teoria interna”, segundo a qual “não há duas coisas – o direito e sua restrição-, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo.”(ALEXY, 2008, p. 277). Para esta teoria, portanto, o direito fundamental apresenta-se com um conteúdo que é determinado pela restrição a ele adjacente.

Conforme propõe Mendes (2000, p. 225), a resposta sobre a prevalência de uma ou de outra teoria dependerá do entendimento que se tem sobre os direitos individuais.

Se se considerar que os direitos individuais consagram *posições definitivas (Regras: Regel)*, então é inevitável a aplicação da *teoria interna*. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas *posições prima facie (prima facie Positionen: Princípios)*, então há se considerar correta a teoria externa. (grifos do autor)

O professor Gilmar Mendes é adepto da teoria dos princípios de Alexy, e ambos são adeptos da teoria externa. Considerando que este estudo também

segue a doutrina do professor alemão, admite-se a possibilidade de haver restrições a direitos fundamentais¹³.

Por ora, o trabalho restringir-se-á a examinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as formas de restrição, ao passo que o estudo acerca da possibilidade de haver um controle sobre as restrições aos direitos fundamentais será tarefa para o terceiro capítulo. Consoante expressa Silva (2005, p. 124):

A primeira tarefa cometida ao intérprete da norma consagradora de direito fundamental é determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção, ou seja, delimitar o âmbito de proteção de um determinado direito fundamental, para, com isso, verificar se os bens jurídicos protegidos sofrem qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria Constituição (restrição constitucional expressa) ou se a Constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção (reserva de lei).

Mendes (2000, p. 212) também enfatiza que o exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do seu âmbito de proteção. Porém, esse processo de identificação não pode depender de regras gerais, mas, sim, de determinado procedimento para cada direito fundamental e, na maioria das vezes, a definição do âmbito de proteção somente pode ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. Refere o constitucionalista brasileiro:

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (

¹³ O estudo mais percuciente sobre a distinção entre as teorias interna e externa e a forma como elas influenciam e atuam nas restrições aos direitos fundamentais será objeto de discussão no item 4.5 do capítulo 4 deste trabalho.

expressa restrição constitucional) e a identificação das *reservas legais de índole restritiva* (MENDES, 2000, p. 212-213).

Como se verifica, a tarefa de determinação do âmbito de proteção de um direito fundamental depende da averiguação dos meios da medida legal restritiva; ou, ainda, percebe-se que as medidas legais restritivas limitam o âmbito de ação dos direitos fundamentais. “Tudo isto demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico”. (MENDES, 2000, p, 213).

No que diz respeito à sistemática de restrições,¹⁴ a doutrina ainda não encontrou um ponto comum que as identifique de forma precisa, todavia, basicamente, Alexy (2008, p. 286-295) refere a existência de restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. As diretamente constitucionais ao mesmo tempo limitam direitos e garantem direitos. Conforme Silva (2005, p. 130), “são normas garantias na medida em que garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção ao direito fundamental, e são normas-restritivas, porquanto estabelecem imediatamente limites ao âmbito de proteção que ela própria garantiu, constituiu ou reconheceu.”¹⁵

É importante referir que, neste caso, o legislador infraconstitucional não está impedido de reproduzir nos atos legislativos os limites diretamente impostos pela norma constitucional, porém deve ficar assente que a lei apenas revela – de forma não constitutiva – os limites expressos no texto constitucional

¹⁴ Conforme Canotilho (1999, p. 1185-1186) há que se distinguir normas restritivas de normas conformadoras. As normas conformadoras completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental. Também se designa norma conformadora a norma legal que, de qualquer forma, estabelece uma disciplina jurídica incidente sobre o conteúdo de um direito fundamental.

¹⁵ Mendes (2000, p. 223 e 224) assinala que na Constituição brasileira de 1988 são exemplos de normas constitucionais de restrição direta os incisos XII, XV e XVII, do art. 5º .

(lei declarativa de limites constitucionais expressos. (CANOTILHO, 1999, p. 1198)

Já as restrições indiretamente constitucionais são aquelas em que o próprio texto constitucional estabelece expressamente a possibilidade de restrição por meio da legislação infraconstitucional. Neste caso, a norma constitucional funciona como norma de garantia, já que reconhece um âmbito de proteção e autoriza restrições, na medida em que permite que o legislador estabeleça limites e restrições. (CANOTILHO, 1999, p. 1198)

Essas limitações podem constituir reserva legal simples e reserva legal qualificada. “Fala-se em reserva legal simples¹⁶ quando a restrição se impõe sem condição alguma, ou seja, o legislador constituinte deixa ao legislador ordinário a tarefa de limitar o direito sem estabelecer qualquer parâmetro para tal.”(SILVA, 2005, p. 131). Para se identificar a chamada “reserva legal simples” utilizam-se expressões tais como “na forma da lei”, “nos termos da lei” e “salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Por outro lado, estar-se-á diante de uma reserva legal qualificada quando a norma constitucional prevê a restrição do âmbito de proteção do direito fundamental por meio da lei e estabelece também condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados¹⁷.

Além das restrições legais mencionadas, identificadas expressamente no texto constitucional, a doutrina prevê a existência de outras limitações ou restrições aos direitos fundamentais não previstas expressamente: são os chamados “limites imanentes”. Como foi visto, há restrições de direitos fundamentais denominadas “diretamente constitucionais”, ou internas, e as

¹⁶ São exemplos de reserva legal simples contidos na CRFB/88, referidos por Mendes (2000, p. 236-239), as hipóteses contidas nos incisos XLIII, LXVI e LXVII, do art. 5º.

¹⁷ São exemplos de reserva legal qualificada contidos na CRFB/88, referidos por Mendes (2000, p. 236-239), as hipóteses contidas nos incisos XIII e LX, do art. 5º.

restrições “indiretamente constitucionais”, ou externas. Todavia, conforme relata Steinmetz (2001, p. 45),

o fato de o constituinte , em alguns direitos fundamentais, ter estabelecido restrições diretas e, em outros, ter autorizado, mediante reserva de lei, restrição legislativa, com a finalidade de proteger direitos de terceiros e bens de toda a coletividade, não eliminou a possibilidade de conflitos de direitos e bens na via prática, e, por conseguinte, a necessidade de o legislador ordinário instituir restrições que não aquelas já determinadas direta e indiretamente pelo legislador constituinte , ou, em outros termos, a necessidade de o legislador antecipar-se aos virtuais conflitos por ocasião do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares, ameaçando a harmonia e a concordância prática destes direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos.

Diante disso, percebe-se que é possível concluir sobre a existência de direitos fundamentais não absolutos ou ilimitados. “A construção, no plano dogmático, de uma teoria dos limites imanentes é conseqüência de possíveis situações concretas de conflito de direitos ou de direitos e bens constitucionais, cuja decisão requer uma harmonia dos direitos e bens em jogo.” (STEINMETZ, 2001, p. 45).

A existência de limites imanentes decorre, segundo os ensinamentos de Barros (2000, p. 168), “[...] do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais e de seus efeitos considerados dentro do sistema jurídico. Não precisam ser buscados fundamentos de ordem antropológica ou filosófica para justificá-los.” Enfim, os limites imanentes decorrem dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, sendo aqueles em que a Constituição não prevê expressamente a possibilidade de intervenção legislativa.

Por fim, é importante lembrar que a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como visto no item 1.7.1 deste trabalho, acaba por restringir, em razão de sua natureza positiva, os direitos individuais do indivíduo, que em determinadas situações se vê privado de seus direitos em face do agir estatal. Vale lembrar também que há limitações referentes ao exercício da competência de restringir, sobretudo no que respeita aos limites

estabelecidos pelo princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, à aplicação do princípio da proporcionalidade.

A averiguação e análise da possibilidade de haver um controle sobre as restrições aos direitos fundamentais pela aplicação do princípio da proporcionalidade é objeto central deste trabalho. Em razão disso, atenção maior será prestada a este assunto no terceiro capítulo deste trabalho.

2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: UMA ANÁLISE LÓGICA E FILOSÓFICA

Como já referido, o presente estudo tem como escopo verificar se, ou até que ponto, o princípio da proporcionalidade exerce o controle sobre a restrição às normas de direitos fundamentais. Considerando que o princípio da proporcionalidade tem como campo de atuação os direitos fundamentais, no primeiro capítulo fez-se a análise de toda a dogmática sobre os direitos fundamentais. Ademais, considerando ainda que o exame da problemática proposta passa obrigatoriamente por um processo hermenêutico, neste momento o trabalho fixará as suas atenções na análise da necessidade de se estabelecer uma hermenêutica constitucional ou métodos adequados para se interpretar normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, não sem antes estabelecer algumas premissas sobre a interpretação, bem como sobre a hermenêutica e a sua origem.

2.1 O significado de Interpretação

Relata Steinmetz (2001, p. 77-78) que, no campo da dogmática constitucional, a interpretação da Constituição tornou-se relevante na medida em que qualquer tema objeto de análise em direito constitucional, tais como princípios constitucionais, jurisdição constitucional, e direitos fundamentais, tem relação direta com a problemática da interpretação. Desse modo, quer se definir desde já que a posição adotada neste estudo é no sentido de haver a necessidade de adoção de métodos ou formas distintas de interpretação para

as normas constitucionais e, mormente, para os direitos fundamentais, além de deixar claro que os métodos de interpretação clássicos não satisfazem aos propósitos da nova hermenêutica. Porém, para que se defenda essa posição é indispensável uma análise, mesmo que sintética, sobre o significado da palavra “interpretação”. Conforme leciona Diniz (1998, p. 197),

todo o processo de conhecimento é uma interpretação da realidade. É uma elevação, ao plano do pensar, da percepção imediata. Ele se insere no âmbito das duas possíveis atividades que o ser humano pode desenvolver, quando posto em contato com a realidade: reação, em que predomina o seu lado puramente instintivo e interpretação, quando transpõe para o plano do saber o seu contato preliminar com a realidade que o circunda.

Portanto, pelas palavras do autor percebe-se que a interpretação é um processo de conhecimento que ocorre posteriormente ao primeiro contato do ser humano com a realidade, ou seja, é um processo que se dá num momento posterior ao contato do indivíduo com o objeto. Pelos ensinamentos de Maximiliano (2001, p. 7), “interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.” Por sua vez, Coelho (2003, p. 40), em trabalho sobre a interpretação jurídica, afirma que “é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – desentranhando o seu sentido-, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas.”

Dessa forma, pode-se concluir que a interpretação, consoante Márcio Diniz (1998, p. 198), “é o momento dinâmico do conhecimento da realidade, é o ato de apreendê-la racionalmente, tal qual ela se apresenta ao sujeito que conhece”, e, além disso, é um momento em que se aplica a norma ao caso concreto. A propósito, Grau (2009, p. 26) assinala que, como interpretação/aplicação, “parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a

solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.”

Portanto, a interpretação, com o sentido em que é empregada neste estudo¹⁸, é um processo que concretiza a norma. Os textos normativos são destituídos de clareza, razão pela qual deverão passar por um processo interpretativo a fim de que possam ser aplicados aos casos concretos. Nesse sentido é o magistério de Müller (2000, p. 61-62):

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’- mas sobretudo porque ela deve se aplicada a um caso (real e fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nele não se ‘aplica’ algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. Mas ‘a’ norma jurídica não está pronta nem ‘substancialmente’ concluída.

Diante disso, percebe-se que não existe interpretação do direito sem concretização, na medida em que esta é derradeira daquela. Conforme assevera Silva (2000, p. 360), “um texto de norma necessita de uma interpretação diante de toda coisa em que o direito deve ser aplicado ao caso concreto. É sempre diante do caso em espécie que as dúvidas em relação ao texto de norma surgirão.” Assim, para efeitos deste estudo a “interpretação” da norma passa pelos ensinamentos de Fridriech Müller, no sentido já elencado de que a norma deve sempre ser concretizada no caso objeto de exame. Com efeito, a interpretação sempre foi utilizada na atividade jurídica como um meio

¹⁸ Conforme disserta Silva (2005, p. 147), “o termo interpretação pode ser empregado tanto no sentido lato quanto no sentido estrito. Em sentido lato, a interpretação pode abarcar a interpretação artística, musical, psicológica, sociológica, etc. Já em sentido estrito, a interpretação refere-se à ação interpretativa diante de um texto fixado gramaticalmente.”

de aplicação da norma da forma mais correta ao caso concreto. Para tanto concorrem vários métodos, os quais serão objeto de análise no próximo tópico.

2.2 Os métodos de interpretação clássicos

A doutrina elenca vários métodos de interpretação, dentre os quais se destaca, inicialmente, o método gramatical¹⁹, que, segundo Diniz (1995, p. 48), “se funda em regras da lingüística, examina o aplicador cada termo normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica.”²⁰ Os que defendem a aplicação deste método, tal como Ferraz Jr. (1988, p. 75), entendem “ser a interpretação literal o ponto de partida do intérprete, já que o sistema pátrio optou pela codificação, sendo fonte primária do jurista as leis positivadas.”

Por outro lado, tem-se a interpretação lógica, por meio da qual “o que se pretende é desvendar o sentido e o alcance da norma, mediante seu estudo, por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade.”(DINIZ, 1995, p. 49). Com efeito, a interpretação lógica busca estudar as normas de forma que o raciocínio assegure a coerência nas conexões do pensamento. Para Magalhães Filho (2002, p. 33), existem a interpretação lógica em sentido amplo e a interpretação lógica em sentido estrito: “A interpretação lógica em sentido amplo é a pesquisa do sentido da norma à luz de qualquer elemento exterior com o qual ela deve se compatibilizar. Desse modo, toda a interpretação que não fosse gramatical seria lógica.” Por sua vez, a interpretação em sentido

¹⁹ Tal método também é conhecido como literal, filológico ou semântico, conforme Steinmetz (2001, p. 92)

²⁰ Importante referir que Maria Helena Diniz concebe as formas de interpretação como regras pertencentes à ciência da hermenêutica. Assevera a autora (1995, p. 48): “É a hermenêutica que contém regras ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”

estrito “é aquela da norma a partir do elemento exterior que está imediatamente ligado a ela, ou seja, a vontade do legislador.”

Outrossim, tem-se a interpretação sistemática²¹, que é a responsável pela unidade e coerência do ordenamento jurídico. Consoante o entendimento de Magalhães Filho (2002, p. 37),

a interpretação sistemática é a interpretação da norma à luz das outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes (corpo), mas uma síntese (espírito) delas. A interpretação sistemática procura compatibilizar as partes entre si e as partes com o todo – é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo.

Há uma forte ligação entre a interpretação lógica e sistemática, já que a primeira é pressuposto da segunda. Logo, não há como haver uma interpretação sistemática sem logicidade. Nesse sentido é a lição de Reale (1998, p. 282):

Interpretar logicamente um texto de Direito é situá-lo ao mesmo tempo no sistema geral do ordenamento jurídico. Ao nosso ver, não se compreende, com efeito, qualquer separação entre lógica e sistemática. São antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de nexos que a *ratio iuris* explica e determina.

Na verdade, conforme Peixinho (1999, p. 43), “a interpretação sistemática resume a atividade hermenêutica da aplicação conjunta dos métodos de interpretação. A interpretação do sistema jurídico compele o

²¹ Obra importante que trata acerca da interpretação sistemática é a de FREITAZ, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

hermeneuta a aplicar o direito sistematicamente, sob pena de perda da dimensão global do ordenamento jurídico.”

Há referência, ainda, à interpretação histórica²², a qual, conforme doutrina de Magalhães Filho (2002, p. 39),

é a interpretação da norma jurídica à luz da *occasio legis* – circunstância histórica da regra interpretada – e da *origo legis* – origens da lei, remontando à primeiras manifestações da instituição regulada. Assim, a *occasio legis* diz respeito à causas históricas próximas e a *origo legis*, à causas remotas. Na interpretação da norma que leva em consideração as causas históricas próximas, o exame dos acontecimentos no órgão do Poder Legislativo resultará na chamada interpretação genética.

Refere-se, por fim, à interpretação teleológica, método elaborado pelo jurista Rudolf Von Ihering e que defende a interpretação da norma “a partir do fim (vantagem) social a que ela se destina, o que faz da norma um meio para atingir um fim, sendo que o meio será valorado pela sua aptidão para atingir o fim do modo mais efetivo possível de acordo com as circunstâncias dadas (pragmatismo, utilitarismo).” (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 40). Consoante Peixinho (1999, p. 41-42), “o elemento histórico é inseparável. Por conseguinte, quando o hermeneuta aplica a lei, fá-lo com a compreensão de seu alcance social, concreto e histórico.”

Feita a referência ao significado da palavra “interpretação”, bem como a indicação dos principais métodos de interpretação clássicos, importa consignar que a distinção entre interpretação e hermenêutica é informada pela doutrina há algum tempo. Carlos Maximiliano ensina que a hermenêutica jurídica seria o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, ao passo que a interpretação seria a aplicação da hermenêutica. Assim refere o autor

²² A interpretação histórica é um método proposto por Savigny, que trouxe o método hermenêutico utilizado nas ciências históricas, visando elevar o direito à categoria de ciência do espírito. Daí o nome de sua escola: Escola Histórica do Direito (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 39).

brasileiro (2001, p. 01): “Ressalta-se o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés da Hermenêutica, - Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.” A hermenêutica, portanto, é mais abrangente que o conceito de interpretação e, conforme Silva (2005, p. 149),

apresenta-se como expressão da gnosiologia, ou seja, é a teoria do conhecimento em busca de verdades para a interpretação, podendo ser analisada a partir de duas direções: a lógica e a filosófica. Na sua dimensão lógica (no sentido de método ideal), a hermenêutica significa nada mais do que uma elucidação e pronúncia do sentido de fazer compreender. Já sob o ponto de vista filosófico, a hermenêutica é o estudo do próprio homem, na condição de ser que interpreta, ou seja, a posição que assume diante da realidade que lhe é apresentada a compreender.

Em razão disso, o próximo passo deste estudo será analisar a origem da palavra “hermenêutica” e o seu conceito, bem como realizar um resgate da hermenêutica filosófica, importante para a introdução e compreensão da hermenêutica constitucional voltada para a interpretação de direitos fundamentais.

2.3 A origem e o significado da palavra Hermenêutica

Ao longo do tempo o termo “hermenêutica” tem recebido conceitos diversos. Diante disso, o que se pretende neste tópico é fazer uma reconstrução histórica básica das diretrizes fundamentais da evolução conceitual, a fim de se compreender contemporaneamente o significado da palavra.

Relata Pereira (2001, p. 8-9) que a origem etimológica da palavra “hermenêutica” deriva do grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, que,

em termos gerais, significa interpretar, compreender, declarar, anunciar, esclarecer. Conforme Grondin (1999, p. 10), “a expressão deriva do deus grego *Hermes*, que praticava a hermenêutica na medida em que traduzia as mensagens divinas para os seres humanos.” Não há consenso no que diz respeito à origem da palavra, porém, independentemente disso, é certo que o sentido da expressão está associado à forma como se deve compreender o significado das palavras, de um objeto ou de uma situação.

O conceito hermenêutico surgiu pela primeira vez no século XVII, como disciplina autônoma de teologia, com a finalidade de descrever a correta interpretação da Bíblia e das palavras divinas. Contudo, sua propagação, com a mesma feição teórica, para as outras áreas da ciência, dentre elas o direito, somente ocorreu a partir do momento em que os iluministas, por meio do método científico, começaram a pugnar pela razão universal (PEREIRA, 2001, p. 10).

Entretanto, a universalização da hermenêutica moderna como disciplina geral indagadora das possibilidades de compreensão de textos científicos e de quaisquer pensamentos expressos por meio de palavras deve-se, basicamente, a dois autores: Friedrich D. E. Schleiermacher e Wilhelm Dilthey. Schleiermacher teve como projeto dar à hermenêutica uma estrutura universal²³ a partir do momento em que argumentou que os problemas da interpretação são problemas de compreensão e que esta se realiza em si mesma, ou seja, a ideia do filósofo alemão era desenvolver uma doutrina da arte de compreender. (GADAMER, p. 288).

Quando Schleiermacher eleva a hermenêutica a uma arte da compreensão, busca estabelecer uma integração entre o compreender e o que chama de “mal-entendido”. Na verdade, Schleiermacher define que a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido, e para que isso aconteça, é

²³ Conforme relata Sparenberger (2003, p. 23), “a proposta de uma hermenêutica geral foi sugerida por Schleiermacher porque esta ainda não existe. O que existe são várias hermenêuticas especiais, como a filológica e a jurídica. Para ele, “a arte da exploração, que constituiria uma grande parte da teoria hermenêutica, estava fora da hermenêutica. Logo que a exploração se torna mais do que exterior da compreensão, torna-se arte da apresentação.”

indispensável que a hermenêutica seja elevada à autonomia do método, bem como seja afastada de qualquer conteúdo dogmático. Verifica-se, portanto, que há claro propósito de separar o procedimento do compreender a ponto de torná-lo autônomo como uma metodologia própria.

Para Schleiermacher o compreender opera na busca da verdade que está oculta no texto e o que se deve compreender não é uma ideia, enquanto momento vital, mas enquanto ideia. (GADAMER, 2002, p. 290). Schleiermacher parte do pressuposto de que a compreensão está vinculada previamente à manifestação de cada individualidade. Há comparação entre a individualidade do autor de um texto ou de uma arte e a individualidade de quem compreende. Ao pontuar a compreensão na individualidade surge para o autor a tarefa da hermenêutica como universalizadora dessas individualidades, já que propicia a comparação e adivinhação entre as elas. (GADAMER, 2002, p. 296)

Com base na comparação entre as individualidades, Schleiermacher reconhece como essencial do fenômeno compreender o fato de que o sentido peculiar somente poderá resultar da análise do contexto. Desse modo, defende que a compreensão de um texto como um todo passa, necessariamente, pela compreensão gramatical de cada expressão e frase, até que, conjugadas, integrem-se a uma obra literária completa. Dessa forma, Schleiermacher chega à conclusão de que a hermenêutica não pode ser concebida como um procedimento mecânico, mas, sim, como uma arte. (SAPAREMBERGER, 2003, p. 23-24).

Portanto, conclui-se que, ao propor uma hermenêutica universal, Schleiermacher procura desvincular a compreensão da coisa dos chamados “métodos de interpretação científica”, na medida em que considera os textos como puros fenômenos de expressão.

Por outro lado, Wilhelm Dilthey foi importante no sentido de tornar possível a compreensão em conformidade com os acontecimentos históricos. Sua grande preocupação foi converter em ciência a experiência histórica e sustentar a construção do mundo histórico nas ciências humanas,

denominadas por ele de “ciências do espírito”, distinguindo-a da metodologia das ciências exatas, denominadas “ciências da natureza”. Dilthey argumenta que o homem em si é um ser histórico, e é este mesmo homem que possui uma carga histórica, que investiga a história e faz a ciência. (SPAREMBERGER, 2003, p. 26-27)

Sustenta o filósofo que não é possível a existência de um sujeito geral, mas somente de indivíduos históricos, e que a realidade da vida surge a partir da realidade histórica, ou seja, jamais a realidade da vida poderá ser atribuída a um sujeito transcendental, mas, sim, a um indivíduo que compreende as particularidades da vida. No que diz respeito à fundamentação hermenêutica das ciências do espírito, Dilthey partiu do fenômeno da compreensão, referindo que compreender é compreender uma expressão, ou seja, para ele a vida é expressada em unidades de significado duradoras; a própria vida se interpreta, tem estrutura hermenêutica, e, dessa forma, constitui a base das ciências do espírito. (GADAMER, 2002, p. 342).

Dilthey procurou legitimar a elevação da consciência a consciência histórica e estabeleceu como princípio hermenêutico o pensamento histórico na medida em que, para ele, só é possível compreender as coisas quando se tem a consciência da época. Assim, poder-se-ia pensar o conhecimento de nexos históricos e estendê-lo até um conhecimento histórico universal, da mesma forma que uma palavra somente pode ser compreendida a partir da frase inteira, e esta considerando o contexto integral do texto e, até mesmo, da totalidade da literatura transmitida. (GADAMER, 2002, p. 353).

Como já referido, Dilthey parte da vida, eis que está apontada para a reflexão. Em razão disso, a hermenêutica representa mais que um instrumento, não é um procedimento e não possui método. Na verdade, um *medium* universal da consciência histórica, para a qual não existe nenhum outro conhecimento da verdade do que compreender a expressão e, na expressão, a vida.

Diversamente de Dilthey, Martin Heidegger concebia a possibilidade de compreensão a despeito dos acontecimentos e do mundo histórico. Afirma

Heidegger que as coisas que se dão no mundo não são compreendidas por meio de uma apropriação intelectual do homem, mediante a dicotomia sujeito/objeto, mas por meio de fenômenos que implicam a potencialidade de se revelarem tal como são, independentemente do subjetivismo. (PEREIRA, 2001, p. 17)

Para Heidegger a hermenêutica passa a significar uma fenomenologia da existência e da análise das possibilidades que o ser tem de existir e de manifestar por meio dos fenômenos que se dão no horizonte do tempo. Diante disso, a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência, algo anterior e mais profundo do que qualquer preocupação com a atividade de interpretação concebida até então. Com efeito, Heidegger empreende a interpretação do ser. Compreender é uma forma de realização do ser no mundo. Afirma o filósofo alemão:

A compreensão enquanto abertura do pré sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em toda a compreensão de mundo a existência também está compreendida e vice-versa. Toda a interpretação, ademais, se move na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. (HEIDEGGER, 1989, p. 209)

Heidegger entra na problemática hermenêutica com a finalidade de desenvolver a pré-estrutura da compreensão ou a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da “pre-sença”. Para o autor (1989, p. 226-227),

a compreensão deve ser entendida primordialmente como poder-ser da pre-sença. Desse modo, as possibilidades de ser que à pre-sença, enquanto impessoal, abriu e se apropriou devem ser extraídas de uma análise da compreensão e interpretação próprias do impessoal. Essas possibilidades próprias revelam assim uma tendência essencial do ser da cotidianidade. Explicitada de maneira suficiente em sua estrutura ontológica, a cotidianidade há de desenvolver um modo de ser originário da pre-sença de tal maneira que, a partir desse modo de ser, se possa demonstrar em sua

concreção existencial o fenômeno de estar-lançado, inerente à presença.

Além disso, para Heidegger o problema da compreensão deve observar o conhecimento histórico na medida em que o homem é um ser histórico e precisa do retorno ao passado para a interpretação e compreensão da própria vida. Assim, não existe compreensão ou interpretação que não leve em consideração a questão existencial humana²⁴. Dessa forma, consoante palavras de Sparenberger (2003, p. 30),

a interpretação heideggeriana da compreensão é tida como universal e atinge a dimensão que abrange toda a existência. Esta abrangência universal caracteriza-se a partir da compreensão de uma tradição histórica, que não pode ser a nossa primeira preocupação, mas uma atitude que permite a interpretação e compreensão de que, como seres históricos, seja aceitar a continuação daquilo que reconhecemos como sendo o elo concreto entre todos nós. A existência, a compreensão pendem deste elo entre a tradição histórica e o futuro.

Com base nos ensinamentos de Heidegger, Hans-Georg Gadamer, por meio de uma crítica ao pensamento científico-espiritual, faz da hermenêutica uma disciplina filosófica. Essencialmente, a hermenêutica passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, ou seja, procura explicitar o que ocorre na operação humana de *compreender*. Com efeito, a doutrina de Gadamer coloca em oposição *verdade* e *método* e pondera que a revelação daquela depende do momento em que sujeito se encontra na história;

²⁴ Nesse sentido vale transcrever o pensamento de Lucas (2006, p. 36-37): “ Toda a interpretação, desse modo, se move numa dimensão previamente projetada, de modo que já se está compreendido o sentido daquilo que se quer interpretar. O homem está hermeneuticamente relacionado com o mundo; sua compreensão é a compreensão que sua historicidade constitui como possibilidade. Só é possível compreender quando se antecipa o horizonte que dá sentido à compreensão, quando se localiza e se situa aquilo que se quer compreender. A interpretação, assim, não é uma intervenção do sujeito que desnuda as verdades incrustadas enigmáticamente no objeto, mas é, sim, o momento de explicação do compreender, daquilo que sempre esteve à disposição e que é desvelado pela compreensão.”

depende, ainda, dos pré-conceitos que o sujeito traz consigo ao logo do tempo, da carga cultural, dos costumes e das tradições que absorve durante a vida. Tentando assimilar o fenômeno da *compreensão*, Gadamer inaugura a hermenêutica filosófica e faz o que Pereira (2001, p. 19) denomina de “giro hermenêutico”.

O giro hermenêutico se dá, portanto, quando a disciplina liberta-se da sombra iluminista que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantá-la História e se confinar na busca maniqueísta e míope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método. (o grifo é do autor)

Pela concepção gadameriana a compreensão não se trata de um processo subjetivo do homem, mas de um modo de ser do próprio homem, e a hermenêutica se revela como tentativa filosófica que analisa a compreensão. Essa é a hermenêutica filosófica de Gadamer, que não se preocupa com os problemas da formulação de princípios interpretativos; ao contrário, procura esclarecer o processo de compreensão de toda a experiência humana sobre o mundo. Enfim, atenta o filósofo alemão para o fato de que a hermenêutica deixa de ser um campo do saber humano e estende-se às outras atividades em que se realiza o compreender.

2.4 A hermenêutica filosófica

A hermenêutica consiste no estudo de todas as dinâmicas da interpretação. Por isso, sua importância para o presente estudo é evidente, uma vez que não seria completo o trabalho sobre hermenêutica de direitos fundamentais sem uma breve passagem sobre as principais discussões acerca da hermenêutica filosófica.

A hermenêutica filosófica tem como princípio a obra e as contribuições de Heidegger, porém percebe-se que atinge seu ápice com a doutrina de Gadamer²⁵. Diante disso, toda a construção e análise da hermenêutica filosófica deste estudo terão como fundamentos as concepções gadamerianas, sem deixar de lado autores que o influenciaram na construção de sua teoria, dentre eles Richard Palmer.

Em sua obra *Verdade e método* afirma Gadamer que não se pode dissociar a realidade da obra da realidade do observador, na medida em que fazemos parte do mesmo mundo, ou seja, a possibilidade de compreensão se dá exatamente no encontro entre os horizontes em comum. Gadamer não concebe, portanto, o isolamento da arte, eis que há um processo de compreensão entre o seu sentido e o sentido do observador (GADAMER, 2002, p. 195).

Dessa forma, verifica-se que Gadamer atenta para o fato de que a verdade da arte independe de uma demonstração extrínseca a ela, pois há uma qualidade compulsória na verdade da arte que não pode ser fundamentada. Em outras palavras, a arte é verdadeira no sentido de que é ela mesma um modo de verdade anterior à demonstração. Ademais, ele também critica o entendimento de que seria possível o conhecimento histórico com base num ponto de vista exterior à própria história, isto é, a compreensão deve estar situada na própria história, jamais fora dela. (GADAMER, 2002, p.273).

A propósito, a hermenêutica de Gadamer dialoga e se constitui com a modernidade, tendo como foco saber como a tradição poderia encontrar o caminho da realidade ao qual ela não é exterior. A conclusão a que o autor alemão chega é de que a hermenêutica filosófica tem como base as chamadas

²⁵ Consoante a doutrina de Fernández-Largo (1992, p. 109), “la propuesta gadameriana es un toque de atención em el pensamiento moderno para prestar más oídos a la realidad constitutiva de la cultura. El comprender es una actividad condicionada por las posibilidades de la razón humana y por la revelabilidad implicada em el *interpretandum*. Por ello, la nueva teoría pretende erigirse em una superciencia omniabarcante de todo saber, y si alcanzar, em cambio, um análisis de lo que es el comprender peculiar de um existente finito y ilimitado, es decir, no más que ‘las condiciones necesarias bajo las que El mismo se encuentra.’”

estruturas fundamentais e que constituem a compreensão, as quais se encontram interligadas entre si. A primeira estrutura é chamada de “horizonte histórico”. Para Gadamer (2002, p. 452), o horizonte

é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. (...) Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas pode ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.

Veja-se que como o conceito de horizonte Gadamer defende que toda forma de compreensão é situada em algum lugar da história e que a possibilidade de realização se dá no contexto do horizonte daquele que busca o conhecimento. Conforme Pereira (2001, p. 27), fundado na ideia de Gadamer, “toda forma de compreender é enraizada na *situação hermenêutica* do sujeito, nessa espécie de espaço de que todos partimos, conscientes, ou não, na medida em que conhecemos” (grifo do autor), ou seja, a compreensão está vinculada ao conjunto de experiências históricas.

Portanto, percebe-se que Gadamer concentra o sentido de compreensão no modo de ser da existência humana e que a possibilidade de compreender se dá no horizonte histórico. O autor resgata a noção de pré-compreensão em Heidegger e coloca-a como parte integrante da compreensão. Desse modo,

o homem, ao interpretar, qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um *pré-conceito*, uma antecipação prévia de seu sentido, *influenciada pela tradição em que se insere* (suas experiências, seu modo de vida, sua *situação hermenêutica* etc). Por esse motivo, fracassará todo

empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão [...] sujeita-se também à tradição ao qual pertence aquele que se dá ao conhecer (PEREIRA, 2001, p. 28).

Deve-se destacar que o resgate do preconceito e pré-compreensão de Gadamer é acompanhado de uma crítica ao Iluminismo, que dissociava o conhecimento de todos os pré-juízos e da história. Em sua obra refere:

Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa, que é um juízo “sem fundamento”. Essa é uma conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente. A ciência moderna, que escolheu esse lema, segue assim o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, e a concepção do método, que faz jus a essa exigência. (GADAMER, 2002, p. 408)

Ao reconhecer a importância dos momentos históricos e a sua influência sobre os seres humanos Gadamer afirma que o compreender está moldado na tradição. Conforme o autor, a história nada mais é do que a *situação* hermenêutica.

No entanto, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso reveste uma dificuldade própria. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é nossa tarefa, e este nunca pó se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão a história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência da mesma do ser histórico que somos. (GADAMER, 2002, p. 451)

Diante dessas considerações, percebe-se que a compreensão humana não pode ficar alheia aos acontecimentos históricos, ao tempo e às experiências de vida. A herança cultural não se apaga e, por isso, influencia diretamente na forma como o indivíduo compreende o momento e também o futuro.

A outra estrutura fundamental da compreensão é o chamado “círculo hermenêutico”, que nasceu com a doutrina de Schleiermacher, o qual defendia a ideia de que somente é possível compreender a obra em sua totalidade na medida em que há a compreensão de suas partes. É o exercício que se faz para analisar um texto, ou seja, para apurar o seu sentido completo é indispensável que se faça uma construção analítica e progressiva, iniciando pela análise das palavras e das orações, para, posteriormente, se chegar à compreensão das frases, dos parágrafos e, finalmente, do texto como um todo.

Para Gadamer o conceito é mais profundo e o círculo hermenêutico pressupõe uma dialética entre a carga histórica e a abertura interpretativa pelo objeto a partir do seu mundo particular. Afirma o autor:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, em nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurado-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. (GADAMER, 2002, p. 439-440)

Destarte, o círculo hermenêutico acontece a partir do momento em que o indivíduo, carregado de seus preconceitos, procura construir o sentido do objeto ao mesmo tempo em que o objeto, durante o processo hermenêutico, modifica o entender do intérprete. O círculo da compreensão não é, destarte,

um círculo metodológico, eis que descreve um momento estrutural da compreensão. Consoante Pereira (2001, p. 35),

o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum (*sic*) juízo sobre suas validades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade.

Nesse sentido, Gadamer demonstra a existência de dois horizontes: daquele que compreende e daquele que adveio o objeto. Assim, a compreensão dar-se-á no momento em que o indivíduo interage com o mundo em que ele conhece e com aquele que ele se propõe conhecer. A interpretação²⁶ dá-se, portanto, no momento a que o filósofo alemão denomina de “fusão de horizontes”. Afirma Gadamer (2002, p. 457):

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos. (os grifos são do autor)

²⁶ Importante referir que, a despeito da hermenêutica clássica, Gadamer não diferencia interpretação da compreensão; pelo contrário, entende que no momento do encontro entre horizontes haverá outro tipo de fusão entre compreensão, interpretação e aplicação. A rigor, para Gadamer interpretação é a forma explícita da compreensão e a aplicação não se realiza posteriormente, mas, sim, integra o momento de compreender (PEREIRA, 2001).

É importante ressaltar essa simbiose entre compreensão, interpretação e aplicação na medida em que formam um dos conceitos centrais da hermenêutica constitucional, que é o da concretização. Conforme Gadamer (2002, p. 489), a lei se concretiza a cada caso concreto a partir do momento em que o julgador especifica os fatos com a generalidade da norma.

A terceira estrutura fundamental é o que Rodolfo Viana Pereira, citando Gadamer, denomina de “mediação”, que surge necessariamente a partir do momento em que ocorre a fusão de horizontes, ou seja, a partir da ocasião em que a carga de preconceitos se interliga com os fenômenos futuros ou postos ao do indivíduo. Segundo o autor (2001, p. 41),

o processo intelectual caracteriza-se por uma *mediação* – presente já no círculo hermenêutico-, na medida em que todo o fenômeno que se nos posta à frente jamais se mostra em sua pureza objetiva e aistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seus estado bruto, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visa daquele que o observa.

O autor quer dizer que a verdade não aparece imediatamente no momento em que se entra em contato com o objeto, mas, sim, de maneira mediata, isto é, alcança-se um estado de compreensão da verdade após a mediação, a qual não seria possível se o intérprete não trouxesse consigo, na compreensão, toda a carga da tradição e historicidade que possui. Esta experiência histórica levantada por Gadamer revela a possibilidade de que sobre um determinado objeto ou norma se verifiquem vários sentidos, já que na mediação dos horizontes sobre cairá diferentes experiências, ou seja, com relação a um determinado fenômeno haverá vários sentidos e uma pluralidade de significados em razão da época e do conjunto de experiências.

Intrinsecamente ao fenômeno da compreensão, e também reconhecido como parte de sua estrutura fundamental, tem-se o diálogo. Com efeito, é preciso que na situação hermenêutica haja uma forma de se chegar à verdade e, conforme a filosofia de Gadamer, a abertura em busca da verdade dar-se-ia

por meio da chamada “dialética de pergunta e resposta”. Gadamer (2002, p 544, grifo do autor) é claro quando refere:

O fato de que um texto transmitido se converta em objeto da interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas isso ocorre, como já mostramos, quando se ganha o horizonte hermenêutico. Nós reconhecemo-lo agora como o *horizonte do perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido do texto.

Assim, percebe-se que a compreensão não dispensa do diálogo entre pergunta e resposta; em outras palavras, Gadamer afirma que somente após haver a interrogação daquilo que se coloca diante do homem, ser que conhece, e do diálogo entre o mundo do objeto e o mundo do indivíduo é que se dará o fenômeno do conhecimento. Palmer (1996, p. 169-170) também faz menção à necessidade de indagação para se chegar à verdade:

A verdade não se alcança metodicamente mas dialecticamente; a abordagem dialéctica da verdade é encarada como a antítese do método; ela é de facto um meio de ultrapassar a tendência que o método tem de estrutura previamente o modo individual de ver. Rigorosamente falando, o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método. A própria descoberta do método não se alcançou metodicamente mas sim dialecticamente, isto é, como resposta problematizante ao tema com eu deparamos. No método, o tema a investigar orienta, controla e manipula; na dialéctica, é o tema que levanta as questões a que irá responder. A resposta só pode ser dada se pertencer ao tema e situando-se nele.

Por outro lado, não se pode olvidar que tudo aquilo que um indivíduo sente é transmitido por meio da linguagem, que aqui é tratada como a última estrutura fundamental da compreensão. “Todos os nossos conceitos – e por isso também nossos *preconceitos* – são por ela transmitidos, assumindo facetas distintas conforme a época, o lugar, as circunstâncias” (PEREIRA,

2001, p. 51). Para Gadamer a linguagem é ser que compartilha as coisas do mundo; por isso é que se vive com a linguagem, não exteriormente a ela. Diz o filósofo (2002, p. 561): “O problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no *médium* da linguagem.”

Para Gadamer, dessa forma, o mundo se encontra na linguagem e é entre as palavras que o homem revela o processo de compreensão. Por isso, hermenêutica é a busca do ser, visto que é por meio do diálogo, da mediação, do encontro de horizontes, do círculo hermenêutico e da linguagem que se realiza o compreender. A força da linguagem é transmitida por Palmer (1996, p. 209):

O poder que a linguagem tem de revelar ultrapassa mesmo o tempo e o espaço; um texto antigo de um povo há muito extinto pode tornar presente, com mais a mais espantosa exactidão, o mundo lingüístico interpessoal que existiu entre essa gente. Assim nossos próprios mundos de linguagem têm uma certa universalidade neste poder de compreender outras tradições e lugares.

Por força da linguagem a hermenêutica torna-se universal, isto é, conforme a ideia de Gadamer, a relação que o ser humano estabelece com o mundo se dá por meio da linguagem; por isso, a hermenêutica é um aspecto filosófico, não metodológico, das ciências do espírito. Refere o autor (2002, p. 688-689):

Ao reconhecer a lingüisticidade como o medium universal dessa mediação, nossa colocação de seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que se teria que pôr em seu lugar, adquiriu a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana com o mundo é lingüística e portanto compreensível em geral e por princípio. Nesse sentido, a hermenêutica é, como vimos, um *aspecto de filosofia* e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito. A partir do centro da linguagem, o procedimento objetivador do conhecimento da natureza e conceito do ser em si, que corresponde à intenção de todo conhecimento, se nos mostraram como resultado de uma abstração. Esta arrancada reflexivamente da

relação original com o mundo, relação que está dada na constituição lingüística de nossa experiência de mundo, procura certificar-se do ente, organizando seu conhecimento metodologicamente. (grifo do autor)

Assim, percebe-se que a compreensão é universalizada na medida em que é refletida pelo fenômeno da linguagem, visto que, sendo a linguagem o lugar privilegiado em que se realiza o evento da compreensão, todo fenômeno é, por derivação, linguisticamente delineado.

2.5 Hermenêutica constitucional: nova interpretação para as normas constitucionais

Em razão do exposto neste capítulo, vislumbra-se que com a definição de interpretação que o conceito de hermenêutica se aclara. Interpretar é aplicar a hermenêutica. Porém, de acordo com a dogmática tradicional, interpretação e hermenêutica adquirem sentido diferenciado, ou seja, enquanto a interpretação dispõe de técnicas específicas, a hermenêutica vale-se do resultado dos trabalhos da filosofia jurídica, fixando novos processos de interpretação.

Disso decorre um debate acerca da possibilidade da utilização dos métodos tradicionais de interpretação sobre a Constituição ou sobre as normas constitucionais e direitos fundamentais. Consoante lição de Peixinho (1999, p. 53),

para alguns doutrinadores, a Constituição, a despeito de ocupar uma posição hierarquicamente superior à outras categorias normativas, encontra-se, no que diz respeito à interpretação, no mesmo nível das demais leis. Deveriam, assim, ser utilizados todos os métodos retroexaminados na interpretação da norma constitucional, não havendo diferença alguma entre as normas de direito privado e público.

Ao equipar-se a interpretação geral da interpretação constitucional não se leva em consideração a peculiaridade da norma constitucional e suas características. Se tal análise for feita, chegar-se-á ao veredito acerca da insuficiência da aplicação dos métodos de interpretação tradicionais na hermenêutica constitucional. Sobre as características da norma constitucional, importante é a lição de Andrade (2007, p. 120):

As normas constitucionais formam apenas uma 'ordem quadro': não contêm uma regulamentação detalhada e completa das relações indivíduo-Estado, estabelecem apenas, através de fórmulas concisas e lapidares, os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação.

Por outro lado, nos termos dos ensinamentos de Peixinho (1999, p. 54), “a questão em torno da aplicação dos métodos tradicionais na interpretação da Constituição implica, necessariamente, o estudo da especificidade da norma constitucional, cabendo indagar se ela se diferencia de outras normas”. Se assim for o caso, faz-se necessário uma interpretação específica. Consoante doutrina de Melo (1995, p. 44), no direito público

se encontram normas bilaterais, chamadas estruturas antiéticas no domínio da tipicidade normativa das normas de subordinação. São casos anômalos, na estrutura de Direito Público, em que o Estado se despe de seu *ius imperii* e contrata com particulares como se estivesse constantemente nas condições de um destes

Em razão disso, percebe-se que a interpretação de uma norma constitucional não visa à satisfação direta de determinada situação concreta, como se percebe no direito privado, porque as normas de direito público destinam-se a regular a organização política da sociedade em relação com o

Estado. Ainda, a norma de direito privado objetiva a realização concreta de determinada situação, ao passo que a lei constitucional procura perdurar no tempo, amoldando-se às transformações por que passa a sociedade (PEIXINHO, 1999, p. 54-55).

Diante disso, denota-se que interpretação da norma constitucional implica o reconhecimento da dinâmica da Constituição como instrumento de organização administrativa e como motor propulsor da vontade do Estado. Vale dizer, a constituição é uma lei que conforma e tem como referência o Estado. Tal afirmação decorre, conforme Canotilho (1999, p. 85), de três razões fundamentais: a primeira razão diz respeito à evolução do conceito de Constituição, que nos processos americano e francês foi sedimentada como uma norma que conforma o corpo político; a segunda relaciona-se com a estruturação do Estado liberal, que na sua evolução dissociou o Estado da sociedade; a terceira razão aponta para uma justificação filosófica e política de influência hegeliana no sentido de que a constituição designa uma ordem do Estado.

Em verdade, o Estado que se quer caracterizar é o Estado Constitucional²⁷, cuja ordem constitucional possui, consoante Hesse (1991, p.

²⁷ A propósito, historicamente, sempre houve embate no sentido de se verificar se as questões constitucionais são de natureza jurídica ou política. O debate acerca da natureza da constituição sempre isolou as questões jurídicas das questões políticas. Lassalle (2001), por exemplo, defende que a constituição de um país nada mais é do que a expressão das relações do poder dominante: poder econômico e do grande capital, poder político, poder intelectual, poder militar, poder social. Assim, o autor defende a ideia de que existe a chamada “constituição jurídica” e a “constituição real” do país; onde aquela não passa de um pedaço de papel que está submetido aos reais fatores que dominam o país, que são os poderes alhures referido. Lassalle tem razão quando afirma que não há como se ignorar a existência de forças que influenciam na ordem jurídica de um país. Contudo, o equívoco dele consiste no fato de analisar a natureza da constituição somente neste aspecto. Esquece o autor que, inevitavelmente, e a despeito das forças “reais”, também existe um ordenamento jurídico disciplinado que regula a estruturação de um Estado e que, por óbvio, não pode ser ignorado. Nesse sentido tem razão a doutrina de Hesse, autor que pugna, como já referido, pela força normativa da constituição. Refere que a normatividade é imprescindível, contudo não pode estar desatrelada da realidade e das condições naturais, econômicas e sociais, sob pena de não ter eficácia. As concepções axiológicas devem ser contempladas.

15), força normativa; é um Estado onde a efetividade da constituição se concretiza pelo respeito à ordem jurídica coordenada com a realidade. Em outras palavras, o Estado Constitucional deve ter uma Constituição ativa, que deve ser preservada, porém não de forma isolada, já que a ordem jurídica, para ter efetividade, deve estar em consonância com as necessidades da ordem social, política, intelectual, etc.

Com efeito, a estrutura da constituição deve se limitar a um conjunto de princípios fundamentais, cujo conteúdo seja adequado para absorver mudanças na realidade sociopolítica, não à mercê de contínuas revisões, o que acarretaria inevitável desvalorização da força das normas constitucionais. As contingências da realidade e as mudanças não podem ficar entregues ao poder dos fatos; por isso, sempre deverá existir uma força ou um poder normativo. Os fatos não podem se sobrepor à constituição, razão pela qual esta deve estar em consonância com o momento histórico.

Disso resulta, também, que a interpretação tem papel fundamental na preservação da força normativa da constituição, pois, se o direito e a Constituição têm sua eficácia condicionada pelos fatos da vida, à evidência que a interpretação não pode subestimá-los. “Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. (HESSE, 1991, p. 23) (grifo do autor). Para Hesse, essa interpretação construtiva e dinâmica é possível, necessária e fundamental para a estabilidade da força normativa da Constituição.

Ademais, conforme magistério de Peralta (1994, p. 57), “la Constitución es una norma que configura y ordena los poderes del Estado por Ella construídos y que, a la vez establece los limites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales”. Com essas considerações

pretende-se mostrar que uma interpretação da norma constitucional²⁸ não se restringe ao uso de métodos tradicionais; em função de sua especificidade e de sua conotação político-institucional, a norma constitucional clama por métodos próprios e por uma nova hermenêutica. Conforme a doutrina de Gomes (2008, p. 320-321),

a Nova Hermenêutica aqui pensada configura também uma outra atitude para ver e interpretar o Direito em geral, a Constituição, os fatos sociais, os valores constitucionais e todas as normas jurídicas do ordenamento à luz dos *princípios constitucionais*. Ao assumir tal empreitada, preocupa-se ela com o desenvolvimento de uma teoria jurídica comprometida com a elaboração de conceitos e com o desenvolvimento de uma argumentação que possibilitem a máxima concretização social das normas constitucionais. Não pelo simples *fato da positividade* destas, mas pelo reconhecimento racional do conceito axiológico salvaguardando por meio do respeito a tal normatividade. Os princípios, conceitos e argumentos valorizados

²⁸ A propósito vale lembrar que Peter Habermas em suas obras **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, e **El estado constitucional**. Trad. Diego Valadés. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p 149-153, propõe uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade plural ou, como ele chama, a uma sociedade aberta. Segundo o autor, a interpretação da Constituição não pode ficar adstrita somente aos juizes; a compreensão da norma deve ser feita, também, pelos cidadãos, pelos órgãos públicos, pela opinião pública, pelos grupos e associações. Segundo Habermas, isso deve ocorrer, primeiro, pelo fato de que a norma não é uma decisão prévia e, segundo, porque a norma jurídica somente será integrada à realidade social acaso passe por um processo de interpretação. Com razão o autor alemão quando afirma que: "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma, O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15). Denota-se que a doutrina de Habermas pugna por uma forma de interpretação mais plural e aberta da norma, em detrimento da tradicional interpretação fechada, com a inclusão de outros atores que compõem o âmbito social, já que estes podem, efetivamente, colaborar para a concretização de uma teoria constitucional que visa a consolidação da democracia. Conforme Habermas (2003. P 149-153), a pluralização da interpretação é uma necessidade na medida em que o cidadão, assim como as associações, grupos e os partidos políticos são solidários e partícipes do processo democrático. As normas constitucionais existem em função e para atender aos interesses de todos. A interpretação constitucional é "[...] uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo."

pela nova hermenêutica constitucional – a qual se serve assim de uma pesquisa inter e transdisciplinar – possibilitam-lhe desenvolver uma interpretação vivificadora do texto constitucional.

Bonavides (2002, p. 38-39) também refere que o novo direito constitucional se empenha em fundar um Estado de Direito da legitimidade, o qual nasce e se constrói com justiça social, liberdade, democracia e, sobretudo, também com a plenitude das novas dimensões assumidas pelos direitos fundamentais. Assevera o autor (2002, p. 39) que

se faz mister que cada sistema nacional mantenha, em escala normativa, os valores superiores e os princípios que outorgam eficácia constitucional aos novos direitos fundamentais das três derradeiras gerações, os quais operaram, este século, a verdadeira revolução jurídica da liberdade [...] Com efeito, a concretude dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, constitui a suprema tarefa hodierna dos governantes sociais que dão provimento aas postulações da cidadania e à necessidade de afiançar a sobrevivência daquele Estado.

Diante disso, reforça-se a ideia de uma nova hermenêutica, que liberta o direito constitucional daquilo que Paulo Bonavides chama de “esterilidade formalista” em que se mantinha encarcerado: “Por obra dela faz-se a transformação dos princípios, doravante alçados a uma juridicidade hegemônica, de que deveria ao mesmo passo a garantia da unidade material do sistema, logo convertida em centro de gravidade de toda a interpretação constitucional.” (BONAVIDES, 2002, p. 40).

A doutrina de Barroso (2003, p. 286-287) refere que a grande virada na interpretação constitucional ocorreu a partir do momento em que se perdeu a crença de que normas jurídicas em geral tragam sempre em si um sentido único, objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidem. Nesta concepção, caberia ao intérprete uma mera atividade reveladora do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Registra o constitucionalista brasileiro (2003, p. 287):

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema resolvido.

Portanto, parafraseando Bonavides (2003, p. 221), com a nova reflexão constitucional formou-se uma nova escola de pensadores e hermeneutas, que tomaram a Constituição como o primado da lei e dos direitos fundamentais. Esses novos juristas também definiram que a nova interpretação constitucional deve ser feita à luz dos princípios constitucionais. Dessa forma, uma hermenêutica de direitos fundamentais fundamentada em princípios se impõe. A possibilidade de se estabelecer uma hermenêutica própria para os direitos fundamentais é tema a ser explorado no próximo capítulo deste estudo.

3 HERMENÊUTICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOBRE AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como analisado no capítulo anterior, a hermenêutica constitucional trabalha a interpretação como um meio de compreensão do significado das normas. Mais do que isso, vislumbra-se que a doutrina defende a existência de formas ou meios distintos de interpretação da norma constitucional, “uma vez que o significado dos termos a ser alcançado na interpretação do texto constitucional possui algumas peculiaridades que necessitam da utilização de um outro conjunto de métodos interpretativos” (SPAREMBERGER, 2003b, p. 183), a despeito dos métodos clássicos de interpretação conhecidos.

O presente capítulo defenderá, inicialmente, a possibilidade de se estabelecer uma hermenêutica para os direitos fundamentais. Posteriormente, dentro deste contexto, chegar-se-á ao ponto principal do trabalho no sentido de esclarecer a importância do princípio da proporcionalidade, em razão de que o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a utilização da proporcionalidade como princípio regulador dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua utilização para a regulação das restrições às normas de direitos fundamentais. Não por acaso, Barros (2000, p. 155) refere que “não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.”

3.1 Hermenêutica de direitos fundamentais e seus princípios formadores

Após a análise e a conclusão da necessidade de uma hermenêutica constitucional para a interpretação das normas constitucional-fundamentais, chega o momento de se analisarem os princípios que conformam essa interpretação constitucional específica²⁹. Vale lembrar uma interpretação constitucional que tenha como base os princípios que decorrem da ideia de que estes se consubstanciam em premissas básicas de uma ordem jurídica; eles indicam um ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. Em passagem pertinente ao assunto, escreveu Mello (1991, p. 230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...] Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Assevera-se que o rol de princípios básicos aqui adotado, como meios propulsores e concretizadores dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, vem da doutrina de Luís Roberto Barroso. Conforme alerta o autor (2003, p. 312):

²⁹ Importante referir doutrina de SILVA, Cristine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, a qual defende a existência de uma hermenêutica específica de direitos fundamentais, distinta dos meios de interpretação constitucional. Refere a autora que a premissa de sua doutrina, no sentido de defender uma hermenêutica própria para os direitos fundamentais reside no fator de que “as normas consagradoras de direitos fundamentais (explícitas ou decorrentes) exigem a combinação de princípios e métodos de interpretação que atendem para suas peculiaridades e essencialidades, no âmbito do ordenamento jurídico, social e político para os quais projetam a sua eficácia.”

Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. (o grifo é do autor)

O primeiro elencado por Barroso é o *princípio da supremacia da Constituição* o qual emerge da posição hierárquica superior da constituição em relação as demais normas do sistema. Segundo ele, os atos normativos, as leis e atos jurídicos, em geral, não poderão existir se forem incompatíveis com alguma norma constitucional. Conforme alerta o constitucionalista brasileiro, “a constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como conseqüência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material.”(BARROSO, 2003, p. 312-313)

Diante disso, verifica-se que a supremacia da Constituição é assegurada pelos mecanismos de constitucionalidade. Segundo o autor (2003, p. 313), “o princípio não tem um controle próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.” É por força deste princípio que a jurisdição pode, destarte, deixar de aplicar uma norma inconstitucional ao caso concreto³⁰.

A hierarquização da constituição em relação às outras normas importa em uma interpretação que Bonavides chama de “interpretação conforme a Constituição”. Para este autor (1999, p. 473-474):

A interpretação das leis “conforme a Constituição, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma

³⁰ A isso Barroso chama de “controle *incidental* de constitucionalidade”.

constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta. Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

Diante disso, denota-se que este princípio deriva do princípio da supremacia da Constituição e também serve como meio de controle de constitucionalidade. Outro princípio instrumental é o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público*. Conforme assevera Barroso (2003, p. 313), a Constituição contém o código de conduta dos três poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência.

De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.

Destarte, verifica-se que o princípio da presunção de constitucionalidade funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Logo, um ato normativo somente poderá ser declarado inconstitucional quando a invalidez for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

Ainda se tem o *princípio da unidade da constituição*, segundo o qual inexistente hierarquia entre as normas da constituição, cabendo ao intérprete buscar a harmonização, no caso concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. É a constituição, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2008, p. 196). Para Hesse (1992, p. 45), segundo este princípio, “todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con trás normas constitucionales. La

única solución del problema coherente com este principio es la que se encuentre em consonância com las decisiones básicas de la Constitución.”

No âmbito dos direitos fundamentais, conforme refere Steinmetz (2001, p. 94-95), tal princípio é o fundamento de toda limitação ou restrição. Como já foi visto neste estudo, o fato de o constituinte, na enunciação de alguns direitos fundamentais, ter estabelecido algumas restrições com a finalidade de proteger a coletividade não eliminou a possibilidade de conflitos ou tensões de direitos, pois, na hipótese de colisão de normas constitucionais, cabe ao intérprete encontrar a solução que preserve o princípio da unidade da constituição. A não observância deste princípio implica, assim, a fragilização normativa e a destruição da lei fundamental³¹

Barroso refere-se, também, à aplicação do *princípio da efetividade*, que significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses tutelados pela constituição. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação do *dever ser* normativo e do *ser* da realidade social. (BARROSO, 2008, p. 247-148). Não há norma constitucional inútil; todas são verdadeiras normas jurídicas. “A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser [...] a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulação. *Interpretar* a Constituição é ainda *realizar* a Constituição”(MIRANDA, 2000, p. 260).

Portanto, consoante este princípio, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição; deve sempre prestigiar, dentre as alternativas plausíveis, aquela que permita a atuação da vontade constitucional. Por fim, Luís Roberto Barroso e a doutrina apresentam o *princípio da proporcionalidade* como um dos vetores da nova hermenêutica constitucional. Considerando que o estudo de tal princípio é essencial para a

³¹ No âmbito dos direitos fundamentais Steimentz (2001, p. 95) refere, também, sobre a existência do princípio da concordância prática, segundo o qual os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser combinados de tal modo que a solução do problema deve conservar a unidade destes bens e, ainda, onde se produzirem colisões, o princípio da proporcionalidade deverá fazer a relação de concordância entre tais bens.

solução da problemática proposta, a sua análise será feita em especial no próximo item.

3.2 A origem do princípio da proporcionalidade

Como já referido, o princípio da proporcionalidade é instrumento importante na regulação das normas restritivas de direitos fundamentais, na medida em que o legislador infraconstitucional pode se exceder no sentido de editar leis que confrontam os direitos fundamentais. Todavia, antes de se entrar na discussão principal do trabalho é indispensável o conhecimento da origem deste princípio, inclusive no direito comparado.

O princípio da proporcionalidade acompanha a passagem do Estado de polícia para o Estado de direito, a partir do momento em que é formulado com o propósito de controlar o poder de coação do monarca, chamado “poder de polícia”, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. Assim, conforme relata Barros (2000, p. 35),

o germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existem direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

De forma precisa, foi em razão da concepção ilimitada de direito do Estado perante o súdito que nasceu a linha filosófica do direito natural, lastreado na existência de uma ordem de valores imanentes à personalidade humana, que garantiria ao homem uma esfera de liberdade intangível, oponível, inclusive, contra o soberano. Tal liberdade era expressada na liberdade pessoal, na liberdade de contratar e comerciar e na propriedade privada (BARROS, 2000, p. 38).

A concepção da preexistência de uma norma ordem jurídica, anterior ao Estado, referia-se a uma relação de direitos aclamados pela burguesia. Eram, pois, de natureza individual e exercidos de forma negativa, no sentido de que a sua fruição dependia da não intervenção do Estado nesta órbita. Diante disso, consoante relata Barros (2000, p. 36), “a partir desta premissa, corolário do jusnaturalismo moderno de John Locke, concebeu-se o poder de polícia apenas para limitar direitos individuais em nome de um interesse público coletivo superior, vinculado, portanto, a uma finalidade, em contrapartida a um poder arbitrário”.

Vale dizer que, inicialmente, a ideia de proporção ligava-se somente às penas. A proporcionalidade ligada à ordem punitiva já era observada por Beccaria (1996, p. 61-63), cuja passagem se registra:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos [...] Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país [...] Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos.

Não obstante sua estreita relação com as penas, consoante se verificou pela passagem supramencionada, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade. “Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, aliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2006, p. 95).

Na França, conforme relata Barros (2000, p. 39-45), o princípio da proporcionalidade também está sediado no direito administrativo, deduzida a partir do princípio da legalidade, visto que lá não há controle jurisdicional de constitucionalidade das leis³², o que dificulta a aplicação do princípio fora da esfera administrativa. O salto do princípio da proporcionalidade para o direito constitucional ocorreu a partir da Segunda Guerra Mundial, por obra do *Bundesverfassungsgericht*³³, o qual foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não deve se exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, vislumbra-se que o salto no controle judicial das leis na Europa ocorreu em razão da transposição para o direito constitucional das teorias de limitação do poder de polícia desenvolvidas no direito administrativo francês e recepcionadas pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. Este tribunal assimilou a preocupação com os direitos fundamentais codificados na Lei Fundamental, reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos aspectos da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva. (BARROS, 2000, p. 46).

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que no direito constitucional alemão o princípio da proporcionalidade possui qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito, a fim de aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de maneira a evitar restrições contra os direitos fundamentais³⁴. Consoante relata o constitucionalista brasileiro (2003, p. 48)

³² Conforme esclarece Barros (2000, p. 43-44), “o sistema francês não legitima o indivíduo a interpor recursos junto ao Conselho Constitucional quando se trate de violação de seus direitos e liberdades fundamentais. Este órgão, destinado a um controle prévio de constitucionalidade das leis, somente pode ser provocado pelos próprios parlamentares, em número mínimo de 60, ou pelo Presidente da República, Primeiro Ministro ou Presidentes da Assembléia Nacional ou do Senado, de modo que uma eventual decisão normalmente está condicionada a questões ligada à própria maioria parlamentar. Diz-se, pois, que um tal controle é exclusivamente político e bastante peculiar.”

³³ Tribunal Constitucional Alemão

³⁴ Barros (2000, p. 47-48) afirma que “o princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado pela Corte Constitucional alemã no controle de leis restritivas de direitos, firmando-se a teoria de que sua violação acarreta mesmo a inconstitucionalidade da providência legislativa.

em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que “uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico”- BVerfGE, 25:1(12). O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais. A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht* na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, conclui-e que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, o princípio da proporcionalidade há de ser examinado como norma da Constituição brasileira de 1988, independentemente de estar contido em uma formulação textual. Isso porque tal princípio, conforme o magistério de Torrens (2004, p. 79-80),

está enraizado no Estado de Direito, figurando como preceito constitucional, decorrente da essência dos direitos fundamentais. O conteúdo de proporcionalidade é assinalado nos direitos fundamentais pela natureza de direitos defensivos que esses possuem. É na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais que a jurisprudência desenvolve critérios praticáveis e reconhecidos para o controle das intervenções estatais. Afigura-se que a existência do princípio da proporcionalidade na órbita constitucional independe de enunciado expresso, bastando que se consagrem direitos fundamentais, ou mesmo que se trate da constituição de um Estado Democrático de Direito.

Em razão disso, percebe-se que o princípio da proporcionalidade é fundamento autônomo constitucional; embora aparentemente redutora de fundamentação, “essa posição aponta uma compreensão do princípio da

A fórmula adotada, bem de ver, contém o substrato teórico necessário para fundamentar a decisão político-jurídica dos juízes e tribunais, quando o arbítrio legislativo é evidente mas nem sempre comprovado com facilidade pelo confronto da lei à Constituição.”

proporcionalidade como princípio geral de direito. São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 319).

Outrossim, referenda a doutrina de Barros (2000, p. 93) que a Carta brasileira de 1988 assimilou as tendências do Estado constitucional, na medida em que considera a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro, em seu artigo 1º, e na medida em que aumentou o rol de direitos e de garantias fundamentais, conferindo-lhes, em seu artigo 5º, par. 1º, aplicabilidade imediata. Ainda, sinalizou mudanças para dar especial proteção aos direitos fundamentais, mantendo a garantia de eternidade, prevista no artigo 60, par. 4º, IV, e princípio da reserva legal, art. 5º, II. Criou, também, instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção, art. 5º, LXXI, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, par. 2º.

Destarte, para a autora brasileira, “o princípio da proporcionalidade”, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção” (BARROS, 2000, p. 93). Enfim, sua aparição se traduz na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade de forma adequada, objetivando a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

3.3 Subprincípios integrantes da proporcionalidade

A doutrina de Ávila (2004, p. 91-95) refere que o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso, deve-se fazer o exame da adequação, ou seja, a análise da possibilidade de a medida levar à realização da finalidade; ainda, o exame da necessidade, isto é, de a medida ser a menos

restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade, e, por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de verificar se a finalidade pública é tão valiosa que justifique tamanha restrição. Consoante ensina o autor brasileiro (2009, p. 163),

sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado³⁵ da proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de *fim*: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações. Como se vê, a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público.

Diante disso, vislumbra-se que o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro princípio, conforme refere Steinmetz (2001, p. 149), “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.” Portanto, trata-se de investigar se a medida é apta para atingir o fim perseguido. No exame da adequação pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido.

³⁵ Ávila (2009, p.133-134) trata a proporcionalidade como um postulado aplicativo do direito, e não como princípio, e refere: “A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. Entre os principais postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e proibição do excesso.”

Já o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, ou, ainda, se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão (STEINMETZ, 2001, p. 150-151). Em outros termos, conforme assevera Mendes (2004, p. 50),

o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Dessa forma, denota-se que um juízo de proporcionalidade da medida há de resultar da ponderação, a qual surge a partir do momento em que houver no caso concreto uma colisão entre direitos fundamentais e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. Nesse contexto, importa a aplicação do terceiro subprincípio, conhecido como *proporcionalidade em sentido estrito*, que implica examinar-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa, observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta, e a finalidade perseguida. Conforme doutrina de Canotilho (1999, p. 265):

Meios e fim são colocados em questão mediante um juízo de ponderação, como o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Destarte, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, porque proclama a valoração recíproca de todos os bens envolvidos ou, ainda, como assevera Ávila (2009, p. 173):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Assim, o subprincípio mencionado assume, conforme Mendes (2004, p. 51), “o papel de um *controle de sintonia fina (Stimmigkeitskontrolle)*, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão,” e deriva dos direitos fundamentais como mandatos de otimização segundo as possibilidades jurídicas.

3.4 O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A questão afeta ao controle judicial de leis desarrazoadas não tem passado despercebido ao Poder Judiciário brasileiro. Conforme alerta Barros (2000, p. 102-103), “já não tão raras são as decisões, exaradas pelos mais diversos órgãos jurisdicionais do País em sede de controle difuso³⁶ de

³⁶ A doutrina de Araújo; Nunes Júnior (2005, p. 26-54) ensina que a Constituição da República brasileira criou o controle de constitucionalidade de atos normativos, cujo objetivo consiste em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico. Indica a existência do *controle preventivo*, método pelo qual se previne a introdução de uma norma inconstitucional no ordenamento antes ou no decorrer de um processo legislativo. No próprio exercício da iniciativa legislativa, os detentores do poder de deflagrar o processo devem analisar a regularidade do projeto, compatibilizando-o com o texto constitucional. Destaca, também, o *controle repressivo* que se dá junto ao Poder Judiciário e processa-se por duas vias, *uma difusa*, que consiste basicamente na arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dentro de um processo judicial comum; *outra concentrada*, denominada direta, cujas características bem se resumem na existência de uma ação cujo propósito único e exclusivo seja a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. O artigo 97 da Constituição

constitucionalidade, passíveis de ser catalogadas como manifestações do reconhecimento do *princípio da proporcionalidade*.” Não obstante, a abordagem do presente item ficará restrita ao exame das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Constitucional brasileiro vem, de forma gradativa, recepcionando o princípio da proporcionalidade, na esteira das cortes constitucionais europeias. “Contudo, o processo é lento, refletindo a falta de sistematização da matéria e a ausência de uma dogmática jurídica acerca dos direitos fundamentais”(BARROS, 2000, p. 103). A seguir, serão colacionados alguns precedentes jurisprudenciais dentro de um universo de precedentes existentes, a fim de se verificar a maneira como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando o princípio da proporcionalidade como forma de fundamentação de suas decisões.

O primeiro precedente trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade, julgado em 07/03/1996, que trata acerca da necessidade de os partidos políticos respeitarem a legislação infraconstitucional que disciplina as coligações partidárias, assim relatado pelo Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. - Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, argüir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática. [...] VEDAÇÃO DE

brasileira, dispõe sobre a regra geral, válida tanto para a via difusa como para a via concentrada, que disciplina a forma da declaração de inconstitucionalidade.

COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (BRASIL, 1996) (grifado)

No caso em análise, o julgado expressa a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de coibir o excesso cometido pelo legislador e que a atividade legislativa deve obedecer às diretrizes fundamentais, dentre elas o princípio da proporcionalidade, cuja justificação se encontra nas cláusulas constitucionais, sobretudo na do devido processo legal. Dispõe ainda que a aplicação de tal princípio é importante no sentido de inibir e neutralizar os abusos do poder público, ou seja, a proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Dessa forma, denota-se que a Corte Suprema brasileira admite um controle sobre os atos do Poder Legislativo ou sobre o abuso do poder na edição das leis por meio do princípio da proporcionalidade. A admissão de tal princípio como forma de controle sobre a aplicação das leis denota-se, também, no julgamento do Recurso Extraordinário 349703, julgado em 03/12/2008, relatado pelo ministro Carlos Britto, que assim ficou ementado:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;** e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2008) (grifado)

No caso em exame, verifica-se a clara posição do Tribunal Superior no sentido de qualificar a medida de prisão civil prevista no decreto-lei nº 911/69 como desproporcional, isto é, na medida em que a legislação mencionada equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel, cria uma figura atípica e desfigura o instituto do depósito, ultrapassando os limites da conformação constitucional e atentando, portanto, contra o princípio da proporcionalidade. Além disso, verifica-se, claramente, que há por parte do tribunal a preocupação em analisar a aplicação do referido decreto em consonância com os

subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Outro precedente advém do julgamento do Recurso Extraordinário 573675, julgado em 25/03/2009, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski. Entendeu a Corte Constitucional que a cobrança da contribuição para o custeio da iluminação pública no município de São José (SC) é constitucional, já que a lei complementar que disciplina tal cobrança não atenta contra o princípio da proporcionalidade. A decisão ficou assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. **EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - **Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** V - Recurso extraordinário conhecido e improvido. (BRASIL, 2009) (grifado)

Por fim, faz-se referência ao Recurso Extraordinário n. 543974, julgado em 26/03/2009, relatado pelo ministro Eros Grau. Entendeu o Tribunal Pleno que a expropriação de toda a gleba de terras que cultivava plantas psicotrópicas, cuja previsão legal se encontra disposta no artigo 243 da Constituição Federal, não violou o princípio da proporcionalidade, tampouco se

observou desvio de Poder Legislativo, na medida em que a interpretação da norma e sua aplicação respeitou todo o contexto de elementos presentes ao caso concreto. Veja-se a ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. 2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 3. **A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser].** 4. **O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado "inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".** 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m2 de terra rural para nesses mesmos 150 m2 assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. **Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado "princípio" da proporcionalidade. Ausência de "desvio de poder legislativo"** Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL, 2009) (grifado).

O pequeno panorama jurisprudencial apresentado, por questões de limitações do presente trabalho, comprova indiscutivelmente o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico do princípio da proporcionalidade. Os precedentes indicados apontam para a atenção do Supremo Tribunal Federal na aplicação dos subprincípios da adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito, bem como para a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de controlar os abusos do poder público em sede de aplicação das leis.

3.5 A atuação do princípio da proporcionalidade sobre as restrições aos direitos fundamentais

O tema sobre as restrições a direitos fundamentais foi objeto deste estudo no item 2.8; porém, é importante ressaltar que alguns conceitos serão retomados a fim de que o trabalho tenha uma construção e desenvolvimento lógicos. Como ficou esclarecido no capítulo 2, os direitos fundamentais possuem uma concepção subjetiva, no sentido de proteger os direitos e liberdades individuais. Contudo, denota-se também a existência de uma concepção objetiva, a qual confere aos direitos fundamentais uma função positiva e que atua no sentido de designar ações positivas do Estado. Desse modo, percebe-se que a dimensão positiva dos direitos fundamentais funciona como forma de restrição aos direitos fundamentais individuais.

Além disso, ficou esclarecida a sistemática de restrições sobre os direitos fundamentais, baseada na doutrina de Robert Alexy, bem como a admissibilidade de haver restrições a direitos fundamentais, fundada nos ensinamentos do constitucionalista alemão e do professor Gilmar Ferreira Mendes. Considerando, também, que o princípio da proporcionalidade foi esmiuçado nos tópicos anteriores, chega o momento de verificar se este princípio tem influência e consegue exercer uma forma de controle sobre as restrições aos direitos fundamentais. Para tanto, num primeiro momento, o trabalho enfocará a contraposição existente entre as teorias interna e externa, por se tratar de um estudo imprescindível para o entendimento do tema proposto.

Conforme ensinamento de Silva (2009, p. 127), “intimamente ligado à questão da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está o

problema da reconstrução da relação entre os direitos e seus limites ou restrições.” Nesse contexto, é possível distinguir dois enfoques principais, chamados de “teorias interna e externa.”³⁷ Vale dizer que a polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é um embate exclusivo acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Consoante ensinamento de Alexy (2008, p. 278):

Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para uma teoria interna. [...] Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, a teoria interna que o pode ser. (grifo do autor)

Como se verifica, Robert Alexy assevera que a definição e a aplicação correta de uma ou de outra teoria depende da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios. Em razão disso, vislumbra-se a necessidade de maior aprofundamento sobre o que dispõem tais teorias. Conforme o magistério de Mendes (2000, p. 224), para a chamada teoria interna não existem

os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. A idéia de *restrição* (*Schranke*) é substituída pela de *limite* (*Grenze*). Tal como ressaltado por Alexy, eventual dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo.

³⁷ Conforme esclarecimento de Silva (2009, p. 127), “o debate sobre as teorias interna e externa ainda não foi objeto de debates aprofundados no Brasil, pelo menos não na esfera dos direitos fundamentais.” É possível encontrar apenas breves menções à contraposição entre as teorias, sem aprofundamentos, na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, a qual é objeto de abordagem deste estudo.

Com isso Gilmar Mendes quer dizer que, com base no enfoque da teoria interna, o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. Dessa forma, de acordo com a teoria interna existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes³⁸. “A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*” (SILVA, 2009, p. 128 – grifo do autor). Se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, mormente, não sofre influência de possíveis colisões posteriores, “a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que *direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras*” (SILVA, 2009, p. 129 – grifo do autor).

Assim, se a norma seque o raciocínio do “tudo ou nada”, de conteúdo definitivo, tem validade estrita e não pode ser objeto de ponderação. Por consequência, consoante ensinamento de Silva (2009, p. 129-130),

se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes. Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito “em si”, não pode ele ser exercido por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo, ou não há. Se o direito subjetivo existe, então, pode ele ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites. Em outras palavras: no âmbito da teoria interna não há como falar que determinada ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental mas que, em decorrência das circunstâncias-fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, “o direito no qual a ação se baseia não existe, ou pelo menos não na forma como ele recorre.

Com efeito, a partir do momento em que a teoria interna se baseia em um suporte fático restrito para os direitos fundamentais e recorre, como

³⁸ O significado e a análise sobre os limites imanentes já foram objeto de estudo no item 1.8 deste trabalho.

principal figura, aos “limites imanentes”, parte de uma concepção absoluta desses direitos e, assim, não admite haver restrições a direitos fundamentais. Os adeptos da teoria interna utilizam o conceito de “limite” para rejeitar essa necessidade. Em razão disso, para não ter de partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, “a teoria interna tende a recorrer à idéia de *limites imanentes*. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição” (SILVA, 2009, p. 131). Assim, esclarece Silva (2009, p. 132):

A diferença entre os *limites imanentes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes³⁹. (grifo do autor)

Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, a teoria externa tem a concepção, conforme magistério de Alexy (2008, p. 277), de que

o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringindo, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*.

³⁹ Para melhor compreensão Virgílio Afonso da Silva faz referência a exemplos conferidos por Andrade (2007, p. 294): “As vedações a sacrifícios humanos ou andar nu na rua não decorrem de uma restrição às liberdades de religião e de ir e vir, visto que tais liberdades, *devido a seus limites imanentes*, nem ao menos protegem tais atos. Assim, quando se fala em proibição, não se quer falar em proibição instituída por alguma restrição àquelas liberdades, mas em *proibição por mera não-proteção*.”

O autor vai mais além ao referir que a teoria externa, além de admitir a restrição, necessita conceber a existência de direitos sem restrições. Em razão disso, consoante a teoria externa, entre o conceito de direito e conceito de restrição não existe uma relação imprescindível. Essa relação é criada a partir do momento da exigência externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos (ALEXY, 2008, p. 277).

Embasados na teoria de Robert Alexy, Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 290) referem que a chamada teoria externa “admite que entre a idéia de direito individual e a idéia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos”. Enfim, consoante manifesta Steinmetz (2001, p. 32) os limites externos “são limites ou restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional.”⁴⁰ Com efeito, é a partir da distinção entre “direito em si” e “restrições”, conforme assevera Silva (2009, p. 138),

que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, **à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo a qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência *no conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu *exercício* – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*. (grifado)

Diante disso, percebe-se que Virgílio Afonso da Silva aponta que a principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais a partir de uma teoria externa é o princípio da proporcionalidade e tem como ponto de partida a teoria dos princípios de Robert Alexy. Ensina o constitucionalista brasileiro (2009, p. 139-140):

⁴⁰ As formas de restrições instituídas pelo legislador infraconstitucional foram objeto de estudo no item 1.8 do presente trabalho.

A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível. De forma muito simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie* [...] o suporte fático dessa norma – *que tem a estrutura de princípio* – é o mais amplo possível. Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão [...] Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria idéia de *mandamento de otimização*⁴¹ expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes.

Com efeito, a teoria externa pressupõe a distinção entre o *direito prima facie* e o *direito definitivo*. O direito definitivo, ao contrário do que defende a teoria interna, não é algo definido internamente, ou seja, somente nos casos concretos, após “aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que efetivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, 2009, p. 140).

Silva (2009, p. 141-143) expressa que as restrições a direitos fundamentais poderão ocorrer por meio de regras ou, ainda, baseadas em princípios. *Formalmente*, poderão ser expressadas por meio de regras. Dessa forma, vislumbra-se que existem restrições baseadas em princípios e restrições fundadas em regras, que são encontradas sobretudo na legislação infraconstitucional. Aponta o autor como exemplo de restrições por meio de regras o artigo 38 da Lei 4.595/1964, que prevê alguns casos em que o sigilo bancário poderá ser quebrado; é uma regra que restringe o direito à privacidade. Cita, ainda, a regra contida no artigo 31 da Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que restringe a garantia de acesso amplo ao Judiciário; e também a regra estabelecida no artigo 10 da Lei 6.538/1978, que restringe o sigilo de correspondência. Afirma Silva (2009, p. 141-142) que todos estes casos

⁴¹ Mandamentos de otimização são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante de condições jurídicas e fáticas.

envolvem regra que proíbem alguma conduta que é permitida *prima facie* por algum direito fundamental, ou autorizam alguma ação estatal cujo efeito é a restrição da proteção que um direito fundamental *prima facie* garantia. Muitos desses casos são com freqüência entendidos como uma colisão entre um princípio e uma regra [...] apenas em casos excepcionais isso ocorre. Em geral a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, *cuja expressão é a regra*. Um exemplo pode deixar esse raciocínio mais claro: muitos poderiam imaginar que existe uma colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e a regra do art. 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que exige que as emissoras de TV, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, exibam programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Tratados isoladamente, com certeza há aqui, uma colisão. Mas o art. 76 não é produto de um simples julgamento de conveniência do legislador, mas *o resultado de um sopesamento* entre princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente). Como, nesse caso, a proteção à criança e adolescente prevalece, tem-se a impressão de que há um conflito entre a regra que exige uma determinada programação e o princípio que institui a liberdade de imprensa. A relação, contudo, não é essa: a regra *impõe uma restrição* à liberdade, *não colide com ela*; a colisão ocorre antes, entre os dois princípios mencionados, *cuja solução se expressa na regra*.

Diante do que dispõe a doutrina de Virgílio Afonso da Silva, à qual este estudo se filia, chega-se à conclusão de que as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque, *materialmente*, dois ou mais princípios, com suporte fático amplo, se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a, pelo menos, um dos princípios envolvidos, ou seja, nesses casos cabe ao juiz, no caso concreto, decidir sobre qual o princípio deverá prevalecer. Como revela Silva (2009, p. 143):

Quando isso ocorre, há também uma restrição ao direito fundamental que é garantido pelo próprio princípio que teve que ceder em favor do princípio considerado mais importante. Essa restrição, no entanto, não encontra fundamento em uma regra da legislação infraconstitucional, mas apenas na competência do juiz em tomar a decisão naquele caso concreto.

A fim de que não parem dúvidas quanto à posição do autor, importa referir que há uma concepção de restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios. Como já se viu, em geral as restrições a direitos fundamentais são expressadas por meio das regras, normas infraconstitucionais, mas pode haver casos em que não haja alguma regra que discipline a colisão entre os dois princípios. Dessa forma, define Virgílio Afonso da Silva que a restrição a direitos fundamentais por meio de regras deve ser controlada pelo princípio da proporcionalidade e que eventual restrição, pelo choque entre princípios, deve ser solucionada no caso concreto por decisão judicial, cujo julgador deverá se utilizar da ponderação, ou sopesamento, como prefere o autor, entre os bens e direitos envolvidos com vistas a solucionar o impasse.

Portanto, vislumbra-se que num processo de controle de constitucionalidade da lei, como a que se denota no Brasil, por exemplo, se houver uma restrição a direitos fundamentais, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, isto é, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe o direito é adequada, se não há medida alternativa tão eficiente quanto, porém menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.

3.6 O princípio da proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais

A partir do momento em que se admite haver restrições a direitos fundamentais e quando se admite que o princípio da proporcionalidade age no sentido de controlar as restrições, por óbvio, o resultado de tudo isso repercutirá no chamado “núcleo essencial dos direitos fundamentais”. Em razão disso, torna-se imprescindível analisar o assunto, mesmo que de forma tênue, mormente pelo fato de que a discussão auxiliará na conclusão final do presente estudo. Conforme doutrina de Silva (2005, p. 135),

a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais constitui teoria relacionada com a tentativa de mitigar o esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático. Alguns ordenamentos constitucionais chegam a consagrar expressamente a proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e no art. 18, III, da Constituição Portuguesa de 1976.

Todavia, mesmo naqueles ordenamentos jurídicos em que não há a consagração no texto constitucional⁴², o princípio de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais constitui postulado constitucional implícito, na medida em que “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (MENDES, 2000, p. 243).

Conforme relata Silva (2009, p. 187), a existência de um núcleo essencial tem a ideia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição. A doutrina de Miranda (2000, p. 341) ilustra bem essa ideia:

Afigura-se que, para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial *tem de ser entendido como um limite absoluto* correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. (grifos do autor)

⁴² Conforme relatam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 309), “a ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, par. 4º. IV). Tal cláusula reforça a ideia de um limite do limite também para o legislador. Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente e ideia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.”

Com efeito, assevera Gilmar Ferreira Mendes que o significado da cláusula de proteção do núcleo essencial e a ideia de proteção do núcleo essencial não são unívocas na doutrina e na jurisprudência. Dessa forma, no âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial surgem duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. Segundo o magistério do professor brasileiro (2000, p. 243-244),

os adeptos da chamada *teoria absoluta* (“*absolute Theorie*”) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. (grifo do autor)

Em outras palavras, Mendes (2000, p. 244) refere que, segundo os seguidores desta teoria, haveria um espaço que seria suscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. Por outro lado, registra o constitucionalista brasileiro (2000, p. 244):

Os sectários da chamada *teoria relativa* (“*relative Theorie*”) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. **O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade.** O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório. (grifado)

Diante disso, vislumbra-se que tanto a teoria absoluta quanto a relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, uma vez que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa

desarrazoada. O presente estudo filia-se à teoria relativa na medida em que entende ser difícil de se identificar, como dispõe a teoria absoluta, de forma abstrata, a existência de um mínimo essencial. Ademais, é importante referir que a principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula ao princípio da proporcionalidade. Segundo versão de Silva (2009, p. 197),

a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos – *conteúdo essencial e proporcionalidade* – guardam íntima relação: *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.*

Conforme se denota, Virgílio Afonso da Silva aponta que as teorias que pressupõem um conteúdo essencial relativo identificam esse núcleo com o produto da aplicação do princípio da proporcionalidade, isto é, tratam a essencialidade como um valor a ser respeitado no caso concreto. Se assim não fosse, ou seja, “se fosse necessário distinguir os conceitos de proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais -, seria necessário aceitar restrições a direitos fundamentais, *ainda que proporcionais*, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial” (SILVA, 2009, p. 198).

Essa é uma possibilidade que parece ser pressuposta no voto do ministro Celso de Mello no “caso Ellwanger”, citado por Silva (2009, p. 198-1999):

[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderare avaliar, *hic et nunc*, nem em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização de método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.*

Com base no raciocínio que se extrai do trecho transcrito, existiria o risco de que a utilização da ponderação de bens e interesses pudesse importar em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Haveria, portanto, a necessidade de uma dupla garantia: “em primeiro lugar, os direitos em jogo deveriam ser ponderados; mas o resultado dessa ponderação só poderia ser aceitável se respeitar a condição de não-esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos.” (SILVA, 2009, p. 199). Conforme os ensinamentos de Silva (2009, p. 199), esse raciocínio exige a análise de dois pontos importantes:

(1) É possível que em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental [...] Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim, - e talvez de forma ainda mais clara -, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total.

(2) O problema adicional criado pelo alerta presente no voto do Min. Celso de Mello – “desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”- refere-se ao método de controle desse esvaziamento é a solução para o caso em que ele se verifique. No caso do método de controle – que significa basicamente saber “quando a garantia do conteúdo essencial foi violada” desse conteúdo. A essa questão não respondida soma-se outra: supõe-se que haja uma forma de saber quando uma “ponderação de bens e interesses” importa em esvaziamento do conteúdo essencial de um direito, qual deve ser, nesses casos, a consequência dessa conclusão? Rejeitar o sopesamento? Recorrer a outro método? Se se tratar de princípios poderá ser esse?

Com base nos pressupostos da teoria relativa, essa dupla exigência ou dupla garantia – proporcionalidade e conteúdo essencial – não responde às indagações referidas na medida em que gera uma redundância, a qual gera os problemas interpretativos expostos.

Verifica-se, assim, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido por meio da relação entre os direitos e suas restrições, teoria externa e teoria interna. Ao final deste estudo, fez-se a escolha por um modelo de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: o modelo relativo pregado pela teoria externa. Ademais, se parte da premissa segundo a qual, conforme esclarece Silva (2009,. P. 206):

(1) Os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e que, por consequência, (2) há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos -, que, por sua vez, (3) é expressa na distinção entre princípios e regras, e que, por fim, (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, *então, não há espaço algum para teorias absolutas*. Em outras palavras: se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, *então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial*.

Portanto, fundamentado na doutrina de Virgílio Afonso da Silva, o raciocínio que o presente estudo procurou demonstrar pode ser resumido no seguinte silogismo: 1) restrições que atingem e afetam o conteúdo essencial são inconstitucionais; 2) restrições que passem pelo crivo do princípio da proporcionalidade são constitucionais ; 3) restrições que passem pelo crivo da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.

CONCLUSÃO

A presente dissertação procurou trazer boa parte da dogmática e das teorias que envolvem os direitos fundamentais. Como se verificou no primeiro capítulo, optou-se pela teoria estrutural de Robert Alexy e pela incursão no tema que remete à distinção entre princípios e regras proposta por ele, na medida em que a distinção entre regras e princípios faz parte da estrutura das normas de direitos fundamentais e é considerada, contemporaneamente, a base central da dogmática dos direitos fundamentais. Ficou claro que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, ou seja, são considerados mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Por sua vez, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Elas contêm, dessa forma, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Nesse contexto, o estudo trabalhou a ideia de direitos fundamentais na concepção de princípios, já que a pergunta sobre a legitimação de uma restrição a direitos fundamentais há de ser respondida por meio do crivo do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, evidenciou-se, com fundamento na doutrina de Canotilho, que os direitos fundamentais são divididos em direitos fundamentais

suscetíveis de restrições e direitos fundamentais não suscetíveis de restrição. Restou esclarecido que direitos fundamentais suscetíveis de restrição seriam aqueles direitos fundamentais *prima facie*, isto é, que não estabelecem uma relação imediata entre sujeito ativo e passivo de uma obrigação, mas, sim, aqueles direitos que dependem de ponderação em razão de circunstâncias concretas.

No que diz respeito aos direitos não suscetíveis de restrição, asseverou-se que eles não podem se converter em direitos com maiores restrições do que as impostas pela própria Constituição ou impostas pela norma que a autorizam. Considerando que os direitos fundamentais são *prima facie*, na medida em que assumem o caráter de princípios, nos termos da teoria de Alexy, ficou explícita a possibilidade de um direito ser restringido concretamente por meio de uma sistemática de restrições, elencadas no item 1.8 do estudo.

Alertou-se para a importância que o princípio da proporcionalidade tem como campo de atuação dos direitos fundamentais. Diante disso, e considerando também que o exame da problemática proposta passa obrigatoriamente por um processo hermenêutico, num segundo momento o trabalho fixou as suas atenções à análise da necessidade de se estabelecer uma hermenêutica constitucional e de métodos adequados para se interpretar normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, em detrimento dos métodos de interpretação clássicos, que se mostram insuficientes para estabelecer uma interpretação adequada para as normas constitucionais e de direitos fundamentais.

Para tanto, fixaram-se algumas premissas sobre a interpretação, bem como sobre a hermenêutica e a sua origem, sem se esquecer a importância da hermenêutica filosófica proposta, sobretudo por Richard Palmer, Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer. Vislumbrou-se que é da definição de interpretação que o conceito de hermenêutica se aclara e que interpretar é aplicar a hermenêutica. Isto é, a interpretação dispõe de técnicas específicas, ao passo que a hermenêutica se vale do resultado dos trabalhos da filosofia

jurídica, fixando novos processos de interpretação como fonte de sustentação de uma hermenêutica específica para as normas constitucionais.

Após este exame, defendeu-se a possibilidade de se estabelecer uma hermenêutica para as normas constitucionais e para os direitos fundamentais. Posteriormente, dentro deste contexto, chegou-se ao ponto principal do trabalho, no sentido de esclarecer a importância do princípio da proporcionalidade, em razão de que o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a utilização da proporcionalidade como princípio regulador dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua utilização para a regulação das restrições às normas de direitos fundamentais.

Para se chegar ao ponto nodal, fez-se imprescindível a contraposição existente entre as teorias interna e externa, referidas por Robert Alexy e Gilmar Ferreira Mendes. Também se fez necessário, com base no magistério de Virgílio Afonso da Silva, referir acerca da existência de uma concepção de restrições a direitos fundamentais por meio de regras e restrições baseadas em princípios. Com efeito, definiu-se que a restrição a direitos fundamentais por meio de regras deve ser controlada pelo princípio da proporcionalidade e que eventual restrição, pelo embate entre princípios, deve ser solucionada no caso concreto por decisão judicial, cujo julgador deverá se utilizar da ponderação entre os bens e direitos envolvidos com vistas a solucionar o impasse.

Dessa forma, restou claro que, num processo de controle de constitucionalidade da lei como a que se denota no Brasil, se houver uma restrição a direitos fundamentais, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, isto é, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe o direito é adequada, se não há medida alternativa tão eficiente quanto, porém menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.

Além disso, asseverou-se que, a partir do momento em que se admite haver restrições a direitos fundamentais que o princípio da proporcionalidade age no sentido de controlar as restrições, o resultado de tudo isso repercutirá no chamado “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, já que a proteção do

núcleo essencial dos direitos fundamentais constitui teoria relacionada com a tentativa de mitigar o esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador. Observou-se que a proteção aos direitos fundamentais, no que diz respeito ao núcleo essencial, deve passar pela análise de uma teoria absoluta e pela análise de uma teoria relativa.

O presente estudo filiou-se à teoria relativa na medida em que entende ser difícil de se identificar, como dispõe a teoria absoluta, de forma abstrata, a existência de um mínimo essencial. Ademais, a principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula ao princípio da proporcionalidade.

Portanto, ficou evidenciado que a questão levantada no início da dissertação como hipótese pode ser respondida de forma positiva, ou seja, conclui-se, com base na doutrina de Virgílio Afonso da Silva, que o presente estudo procurou demonstrar, primeiro, que as restrições que atingem e afetam o conteúdo essencial são inconstitucionais; segundo, que as restrições que passem pelo crivo do princípio da proporcionalidade são constitucionais; terceiro, que as restrições que passam pelo crivo da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÀVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 7 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Os poderes desarmados: à margem da ciência política, do direito constitucional e da história.** Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova repolitização da legitimidade.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1407.** Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. 07 de março de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=principio%20e%20proporcionalidade&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 junho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349703.** Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=principio%20e%20proporcionalidade&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 junho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 573675**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. 25 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20e%20proporcionalidade&base=baseAcordaos> . Acesso em: 09 junho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 543974**, Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. 26 de março de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princípio%20e%20proporcionalidade%20e%20abuso%20e%20legislador&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 junho de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Heraldo de Samora, 1992.

FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FREITAZ, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**: introdução à hermenêutica filosófica. Trad. de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____. **El estado constitucional**. Trad. Diego Valadés. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1989. V. 1

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

_____. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 31-54.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LASALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiane Lopes. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista.. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G.G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000. V. II

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000. V.IV

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

PERALTA, Ramon. **La interpretacion del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado**. Madrid: Gráficas Arias Montano, 1994.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Cristine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Hermenêutica filosófica: história e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer.** In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Hermenêutica e argumentação: em busca da realização do direito.** . Ijuí-Caxias do Sul: Editora Unijuí e EDUCS, 2003.

_____. **Da hermenêutica à hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.** In: CORRÊA, Darcísio. **Direito espaço público e transformação social.** Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

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

TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)