

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Campus de Jacarezinho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado

Aristóteles Boaventura da Costa Massaquet

**A PONDERAÇÃO DE VALORES NO CONTEXTO DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
Estudo de Caso**

Jacarezinho

2017

Aristóteles Boaventura da Costa Massaquet

**A PONDERAÇÃO DE VALORES NO CONTEXTO DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
Estudo de Caso**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Brito Alves.

Jacarezinho

2017

Aristóteles Boaventura da Costa Massaquet

**A PONDERAÇÃO DE VALORES NO CONTEXTO DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
Estudo de Caso**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, área de Concentração “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, linha de pesquisa “Função Política do Direito”.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Brito Alves
UENP

Membro 1: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso
UNIVEM e FIO

Membro 2: Prof. Dr. Tiago Cappi Janini
UENP

Data da aprovação: 13/03/2017

Dedico esta, bem como todas as minhas conquistas, aos meus amados pais, *Massaque* e *Isabel*, que sempre me apoiaram e incentivaram a dar continuidade à minha formação. A eles meus sinceros agradecimentos por todo carinho, dedicação, e pela constante demonstração de um amor incondicional e imensurável.

AGRADECIMENTOS

Inúmeras situações e obstáculos acontecem no cotidiano e manter-se persistente, com coragem e determinação, é um passo necessário para que nossos sonhos se concretizem. E, finalizar este trabalho e o Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) é uma grande e almejada realização, por isso agradeço primeiramente a Deus, sem o qual essa conquista não seria possível.

Meu muito obrigado também à minha família, que me dedicou amor incondicional e confiança; e à minha namorada, pelo máximo apoio e incentivo e por ter feito minha inscrição neste programa de Mestrado.

Aos meus mentores pela transferência do saber, em especial aos professores Dr. Fernando Brito, Dr. Tiago Cappi e Dr. Edinilson Donizette, pela atenção e significativa contribuição. Meus sinceros agradecimentos também à Senhora Maria Natalina, secretária deste programa de Mestrado, pela paciência, disponibilidade e presteza. Agradecimentos aos excelentíssimos colegas da XII turma do Mestrado da UENP: Amanda dos Santos Querino, Bruno Gofma, Camila Maria Rosa Carari, Elisangela Padilha, Emmanuel Gustavo Hadd, Felipe Ferreira Araújo, Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio, Guilherme Fonseca de Oliveira, João Éder Furlan Ferreira de Souza, João Lucas Thabet Venturine, Juliane Kerkhoff, Laerty Bernardino, Luna Stip, Matheus Gomes Camacho, Priscila Sutil de Oliveira, Rodrigo Olrlandini Volpato, Samyle Regina Matos Oliveira, Taigoara Finardi Martins e William Roberto Alkema do Monte. Honras, em especial, aos meus companheiros Augusto Santos Moreira, Matheus Conde Pires e Ziron Aembergue Mota de Oliveira, sem me esquecer também de Alexandre Higashi, Gustavo Bassinelo, Lucas Zeitune, Luiz Henrique de Souza Júnior e Tayla Dummer.

Enfim, a todos que compartilharam dos meus projetos e anseios, mas também dos momentos de sofrimento e luta, dedico a minha vitória com a mais profunda gratidão e respeito. Termineo citando um trecho de Yhanne Carla (2013) "*valeu a pena toda a distância, todo o sofrimento, todas as renúncias... Valeu a pena esperar... Hoje estamos colhendo juntos o fruto do nosso empenho!*".

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Costa. **A ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional: estudo de caso**. 2017. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Jacarezinho.

RESUMO

Esta pesquisa tratou de um estudo sobre a ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional ao objetivar compreender a consistência formal e substancial da aplicação dessa técnica com base na mencionada ciência interpretativa. Levantaram-se as seguintes problemáticas: Qual a importância em se compreender a hermenêutica constitucional para que o método de ponderação de valores seja devidamente utilizado? Quais os procedimentos utilizados na aplicação dessa técnica? Foi utilizado, neste estudo de caso, o método indutivo de abordagem combinado com o procedimento bibliográfico de pesquisa. Foi analisada teoricamente, em um caso específico, a técnica de ponderação de valores através dos instrumentos da análise da necessidade, adequação e proporcionalidade, determinando a prevalência casuística entre princípios da mesma natureza axiológica em busca da aplicação da justiça ao caso concreto, sendo isso cada vez mais essencial para que o Estado Democrático de Direito e a efetividade da justiça sejam atingidos. Concluiu-se, portanto, que diante de um conflito envolvendo princípios constitucionais, ao utilizar a ponderação de valores mediante a verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade, é imprescindível o conhecimento da hermenêutica constitucional através da qual se cria uma base cognitiva sobre quais decisões justas são proferidas.

Palavras-chave: Ponderação de valores. Hermenêutica constitucional. Princípios jurídicos.

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Costa. **The weighting of values in the constitutional hermeneutics context: a case study**. 2017. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Jacarezinho.

ABSTRACT

The research dealt about a study of weighting of values in the constitutional hermeneutics context to objectify the understanding of the formal substantial consistency and the application of this technique based on the mentioned interpretative science. The following problem arose: How important is the understanding of constitutional hermeneutic to the weighting values method to be properly used? What are the procedures used in the application of this technique? The inductive method of approach, in this case study, was used combined with the bibliographic search procedure. The weighting of values technique was theoretically analyzed in a specific case through the analysis of instruments of necessity, appropriateness and proportionality, determining the casuistry prevalence between principles of the same nature axiological in search of justice in the factual case, therefore it being more and more essential to the Democratic State of Law and the effectiveness of justice are reached. We conclude, therefore, that in a conflict involving constitutional principles, using the values weighting by checking of the necessity, appropriateness and proportionality, the knowledge of constitutional hermeneutics is indispensable through which creates a cognitive base on which fair decisions are given.

Keywords: Weighting of values. Constitutional hermeneutics. Judicial principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Caraterísticas.....	14
1.1.1 <i>Historicidade</i>	14
1.1.2 <i>Inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade</i>	15
1.1.3 <i>Universalidade</i>	16
1.1.4 <i>Limitabilidade</i>	17
1.1.5 <i>Concorrência</i>	18
1.2 Abrangência dos direitos fundamentais	19
1.3 Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais	22
1.3.1 <i>Teoria da eficácia mediata ou indireta</i>	28
1.3.2 <i>Teoria da eficácia imediata ou direta</i>	29
2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	32
2.1 O núcleo dos princípios.....	40
3 PONDERAÇÃO EM ABSTRATO E PONDERAÇÃO EM CONCRETO	47
3.1 Parâmetros preferenciais para a ponderação.....	47
4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O SINCRETISMO METODOLÓGICO	51
4.1 Unidade de constituição	53
4.1.1 <i>Ausência de hierarquia</i>	53
4.1.2 <i>Proibição de interpretação isolada</i>	55
4.2 Concordância prática.....	56
4.3 Conformidade funcional	56
4.4 Efeito integrador.....	58
4.5 Máxima efetividade	58
4.6 Força normativa da Constituição.....	59
4.7 Interpretação conforme a Constituição.....	60
4.8 Métodos de interpretação e sincretismo metodológico	60
4.9 Delimitação ou sopesamento?.....	61
5 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	64
6 ESTUDO DE CASO: APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE VALORES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	69
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tratou de uma análise da aplicação de técnica de ponderação de valores em uma decisão específica do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da cantora mexicana Glória Treviño Ruiz (Recl 2040), sendo que, nessa decisão, utilizou-se a hermenêutica constitucional.

O interesse em produzir este estudo surgiu da percepção da existência de uma superioridade axiológica entre as normas constitucionais e do reconhecimento da importância da hermenêutica constitucional, já que por meio dessa sabe-se que decisões justas são proferidas em circunstâncias nas quais ocorrem conflitos normativos e principiológicos.

No entanto, no caso concreto, não se pode invocar hierarquia entre leis e princípios constitucionais, e por vezes, ocorre uma colisão de normas da mesma espécie. Eis o foco do nosso estudo: a colisão de princípios, a qual é a *mens legis* em última análise, e que deve ser observada à luz da teoria da proporcionalidade, que, em sentido estrito, é chamada de ponderação de bens ou de valores.

A hermenêutica constitucional consiste na ciência que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis, no sentido de aflorar os espíritos das leis, ao nortear o labor exegético, os mecanismos de colmatação nos casos de lacunas normativas e os critérios idôneos para dirimir as antinomias jurídicas.

A estrutura de ponderação deve obedecer a três regras, cuja relação entre o meio e o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional. Pela regra de adequação tem-se que o meio deve ser idôneo para se atingir o objetivo perseguido pela norma. Pelo princípio da necessidade, ou da exigibilidade, ou ainda da indispensabilidade, deve-se observar se esse é o meio menos invasivo em detrimento dos direitos fundamentais colimados. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, determina que “os meios elegidos devam manter-se em uma relação razoável com o resultado perseguido”, ou seja, “quanto maior é o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do outro”.

Diante do exposto, problematiza-se o presente estudo a partir dos seguintes questionamentos: Qual é a importância em se compreender a hermenêutica

constitucional para que o método de ponderação de valores seja devidamente utilizado? Quais são os procedimentos utilizados na aplicação dessa técnica?

O objetivo geral deste estudo foi compreender a consistência formal e substancial da aplicação da técnica de ponderação de valores a partir do estudo da hermenêutica constitucional e do desenvolvimento de um estudo de caso. Especificamente, buscou-se explicar as configurações jurídicas dos direitos e garantias fundamentais; discutir as matrizes teóricas concernentes à ponderação de valores; compreender o sincretismo metodológico da hermenêutica constitucional; perceber as diferenças significativas de conflitos ao envolver regras e os princípios jurídicos; e analisar a aplicação da técnica de ponderação de valores pelo STF em um caso jurisprudencial específico.

Trabalhou-se a seguinte hipótese: diante de um conflito entre princípios constitucionais, ao utilizar a ponderação de valores por meio da verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade, é imprescindível o conhecimento da hermenêutica constitucional através da qual se cria uma base cognitiva, fundamental para que decisões justas sejam proferidas.

Para que o método da ponderação seja inteligível, sabe-se que é imprescindível que se compreenda a distinção entre regras e princípios, a estrutura própria de parte dos princípios constitucionais e, essencialmente, da hermenêutica constitucional. Daí nota-se a importância e a relevância dessa pesquisa científica, pois, a partir do momento que o leitor interessado - tendente a se tornar aplicador do direito - compreender tais questões, uma base técnica cognitiva será a formada, sobre a qual os conflitos principiológicos e normativos poderão ser dirimidos de forma adequada, necessária e proporcional ao efetivar a justiça.

Este estudo de caso foi desenvolvido a partir do método indutivo de abordagem - por se tratar de uma análise constitucional de uma decisão do STF envolvendo a técnica de ponderação de valores - combinado com o procedimento de levantamento bibliográfico de pesquisa. Assim, a pesquisa apresenta natureza qualitativa, uma vez que trata de aspectos vinculados à subjetividade dos sujeitos e que, segundo Andrade (1999), traduz-se por aquilo que não pode ser mensurável, uma vez que a realidade e o sujeito são elementos indissociáveis.

No decorrer do segundo semestre de 2016 foi realizada uma pesquisa bibliográfica com base em achados literários e repertórios jurisprudenciais, sendo essa, desenvolvida gradativamente dentro das seguintes etapas: 1ª) determinação

de um ponto de partida; 2ª) seleção das fontes a serem obtidas; 3ª) levantamento e fichamento das citações relevantes; 4ª) aprofundamento e expansão da busca; 5ª) leitura, sumarização e redação. As atividades desenvolvidas giraram em torno da leitura de grande número de bibliografias relativas ao tema aqui abordado, seleção das fontes mais importantes, delineamento da pesquisa e produção de textos associados às ideias dos autores a partir de leituras parafrásticas e polissêmicas. Essas ações foram imprescindíveis para alcançar os objetivos do trabalho de forma satisfatória.

Em resumo, buscou-se com esta pesquisa: contribuir com a adequada, necessária e proporcional aplicação da ponderação de valores; ampliar a consciência técnico-jurídica do leitor, a fim de que esteja apto a utilizar essa técnica quando se deparar com conflitos de princípios em uma lide; e conhecer, profundamente, a técnica em análise.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Muitos são os conceitos doutrinariamente atribuídos aos direitos fundamentais, sendo difícil a tarefa de estabelecer-lhes uma definição precisa. Dessa forma, serão apresentadas diversas acepções do termo, cabendo ao intérprete optar por aquelas que mais lhe apresentarem consentâneas com a expressão.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles indispensáveis ao homem, necessários a uma existência digna, livre e igualitária. O Estado, além de constitucionalmente reconhecê-los, deve buscar concretizar e incorporar esses direitos no cotidiano dos seus agentes e cidadãos. Assim, os direitos fundamentais "são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal" (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Segundo o pensamento de Canotilho (2003), os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídicos positivamente constitucionalizados.

Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*) (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Para Rocha (2004), é a partir disso que se fala Estado de Direito, ou Estado onde o poder é exercido segundo leis que expressam a vontade racional dos indivíduos livres e iguais, membros da comunidade política.

Assim, os direitos fundamentais representam um conjunto de direitos civis, sociais, políticos, econômicos, culturais, coletivos e difusos, sob o ponto de vista ético e jurídico, ou seja, são direitos humanos positivados, com conteúdo jurídico e aptos a surtirem efeito no mundo do direito.

Os direitos fundamentais nascem quando do aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 190).

Por sua vez, Brega Filho (2002) afirma:

Os direitos fundamentais são interesses jurídicos que, previstos na constituição, o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna (BREGA FILHO, 2002, p 67).

Cabe ressaltar que, enquanto o direito consiste em norma de matéria declaratória, ao professar a existência do mérito de um benefício, como o direito à vida, por exemplo, a garantia corresponde a um dispositivo de essência assecuratória, posto que serve para garantir o direito declarado, por exemplo, o *habeas corpus*, instrumento para proteção do direito de liberdade (SILVA, 2006).

Nota-se que nos direitos fundamentais encontram-se previstos inúmeros enunciados constitucionalmente explícitos: o legislador tornou-se vinculado pelos direitos fundamentais e ao positivá-los, tomou cuidado para que, de modo plasmado constitucionalmente, pudessem garantir ao cidadão certas prerrogativas de proteção diante do Estado. Assim, as atividades dos poderes estatais devem observar determinados limites estabelecidos, de modo a não extrapolá-los, preservando na integridade o campo jurídico do cidadão face às ingerências do Estado.

Miranda (1998) entende por direitos fundamentais os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, presentes na Constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material.

Conforme preceitua Fernandes & Pedron (2011), a afirmação da superioridade da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, só faz sentido se pensada à luz da necessidade de ser assegurada a efetividade dos direitos fundamentais a toda a sociedade.

Os direitos fundamentais, segundo Mendes & Branco (2015), podem ser analisados a partir de duas dimensões, quais sejam, a objetiva e a subjetiva, essa, consistente no direito conquistado pelos particulares de se impor frente ao Estado, obrigando-o a atuar mediante ações ou omissões, e, aquela, mais recente no Direito Constitucional, baseada na concepção dos direitos fundamentais como norteadores de todo o ordenamento jurídico, servindo de base para a atuação de todo o poder público. Essa perspectiva objetiva é conceituada como eficácia irradiante, porquanto os direitos fundamentais irradiam por todo o ordenamento jurídico, promovendo a interligação de todos os direitos sistematicamente nele dispostos.

O conceito de direitos individuais vincula-se, portanto, à imposição de limites ao poder do governante e de seus agentes em benefício das esferas privadas e, também, à interpretação de todo o direito à luz de seus fundamentos.

Na linha dos mencionados autores, tem-se ainda, que:

[...] os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana (MENDES & BRANCO, 2015, p. 140).

Para Silva (2006), a dificuldade de conceituação dos direitos fundamentais do homem decorre das múltiplas expressões utilizadas para designá-los. Segundo o autor, a expressão direitos naturais não se revela adequada para defini-los, porquanto tais direitos não são inatos, mas positivados em razão das relações sociais existentes em cada momento histórico da sociedade. Direitos individuais também não seria a melhor opção de nomenclatura, uma vez que esses compõem apenas parte dos direitos fundamentais propriamente ditos. Direitos públicos subjetivos, ainda, não seria a aceção mais apropriada, posto que pode levar à errônea concepção de que os direitos fundamentais, sendo uma faculdade, podem ser negociados, ou à de que tais direitos são imprescritíveis, o que não condiz com a realidade.

Diante disso, o referido doutrinador considera a expressão “direitos fundamentais do homem” como a mais adequada ao estudo da matéria:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais*. (SILVA, 2006, p. 178 - grifo nosso)

Conforme Carl Schmitt, cuja menção é feita por Bonavides (2013), os direitos fundamentais são aqueles positivados no instrumento constitucional, que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança e, ainda, que variam conforme a ideologia e a modalidade de Estado que os consagra.

Nota-se, portanto, que esses direitos equivalem a declarações públicas de direitos individuais que visam obstar o poder estatal, no sentido de tutelar os

interesses dos cidadãos. Já as garantias fundamentais podem ser compreendidas como os meios processuais que se encontram disponíveis para resguardar os direitos fundamentais dos seres humanos. (BARCELLOS, 2008)

Em síntese, os direitos fundamentais revelam-se como vantagens ou bens, ou estão prescritos na Lei Maior como essenciais e indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana. A partir do exposto, surge a imprescindibilidade de instrumentos para garantir, de forma efetiva, o exercício desses direitos. Nesse esteio, consubstanciam-se as garantias fundamentais. Demonstra-se, dessa forma, a relação instrumental entre os direitos e as garantias fundamentais.

Ultrapassada a conceituação dos direitos fundamentais e a explanação sobre a estrita relação com garantias fundamentais, passa-se a expor as suas características, as quais, em síntese, consumam-se nas seguintes: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade.

1.1 Características

1.1.1 Historicidade

Essa característica aponta que os direitos fundamentais não são somente o produto de um fato isolado dentro da história, mas sim, de todo um processo histórico de afirmação, conforme visto no tópico 1.

Para os autores que não aceitam uma concepção jusnaturalista de direitos inerentes à condição humana, decorrentes de uma ordem superior, os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica, porquanto nascem e modificam-se com o decurso do tempo. Esses direitos surgem historicamente da necessidade de limitação dos abusos perpetrados pelo Estado, apresentando-se paulatinamente, com o decorrer da história, como consequência das conquistas políticas angariadas passo a passo pelo homem.

Segundo Mendes & Branco (2015, p. 144):

O recurso à História mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mas bem compreendido.

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se desse modo, a índole evolutiva dos direitos

fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos - já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente - e em face das novas feições assumidas pelo poder. [...] Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências ameaças que são enfrentadas através de demanda de limitação de poder, remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

O elemento justificador, por excelência, das primeiras declarações de direitos foi o recurso à ideia de direitos naturais, sendo que nas duas grandes declarações de direitos fundamentais há recorrente menção à ideia de direitos inatos e, por isso, inalienáveis e imprescritíveis. Segundo o contratualismo lockeano, o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos - especialmente a liberdade e a propriedade - porque tais direitos, por serem naturais e inalienáveis, não podem ser dispostos nem mesmo por seus titulares. E como todo o poder do Estado decorre, em linhas gerais, da transferência de direitos e competências dos indivíduos para o ente estatal, esses direitos naturais estão excluídos automaticamente dessa transferência. (SILVA, 2005)

Esse recurso a direitos naturais foi pouco a pouco sofrendo uma erosão. No século XIX, e também no século XX, as teorias do direito natural sofreram um ataque especialmente dos utilitaristas, que classificavam a ideia de direito natural como completo *nonsense*. Mas, após a Segunda Guerra Mundial, o recurso aos direitos naturais passa por um renascimento, sobretudo na Alemanha, como reação aos horrores do holocausto. (SILVA, 2005)-

1.1.2 Inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade

Os direitos fundamentais surgem com o nascimento da vida humana e acompanham o indivíduo até a sua morte. Nem mesmo ao titular do direito faculta-se dispor dos referidos direitos, posto que são considerados personalíssimos e indisponíveis. Assim, associados à dignidade humana, os direitos fundamentais também são inalienáveis, posto que sua titularidade não pode ser objeto de negociação mercantil e de renúncia expressa ou tácita. Como exemplo, remete-se ao Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que taxa a vida como bem jurídico inviolável, além deste ser indisponível e inalienável, pelo fato de a pessoa estar legalmente proibida de violar, dispor ou negociar a sua própria vida ou

a de terceiros. Portanto, nota-se que a vida é constitucionalmente, por excelência, o bem jurídico mais importante, pois, na sua ausência, será impossível o indivíduo exercer os demais direitos constitucionais.

Segundo Puccinelli Júnior (2012, p. 194):

Isso explica porque a Lei n. 9.434/97 criminaliza o tráfico ou a comercialização de órgãos e tecidos humanos, sendo, aliás, irrelevante a anuência da pessoa cujo órgão fora extraído, pois, em razão de sua inalienabilidade, não há como dispor do direito fundamental à integridade física. Por idênticas razões, veda-se a experiência científica em seres humanos sem fins terapêuticos e a eutanásia ativa, que hoje ainda tipifica homicídio piedoso ou privilegiado, embora a discussão sobre sua legitimidade tenha reacendido nos tribunais.

Essas proibições decorrem da indisponibilidade do direito fundamental à saúde, invocável em variadas situações, inclusive, a fim de impedir transações comerciais que possam gerar danos potenciais à saúde humana.

A irrenunciabilidade aponta que nenhum ser humano pode abrir mão de possuir os direitos fundamentais, sendo que pode-se até não usá-los adequadamente, mas não é permitido renunciar à possibilidade de exercê-los.

Cabe também ressaltar que o não exercício dos direitos e das garantias fundamentais, por determinado período de tempo, não induz prescrição (BEZERRA, 2007), daí o seu caráter de imprescritibilidade. Silva (2006) demonstra que:

[...] a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. (DA SILVA, 2006)

Assim, os direitos fundamentais são imprescritíveis e não podem ser perdidos por lapso temporal, tratando-se assim em via de regra geral, mas sem caráter absoluto devido às exceções, como é o caso do direito patrimonial.

1.1.3 Universalidade

Todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais e devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano, posto que há um núcleo mínimo de

direitos que deve estar presente em todo lugar. Logo, a universalidade é uma característica típica dos direitos e garantias fundamentais, posto que esses tutelam todos os seres humanos, e não somente uma classe ou categoria de indivíduos (BEZERRA, 2007).

Assim, os direitos e garantias fundamentais passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, como chave de libertação material do homem. Ganham assim um novo e bem mais alto nível de ação, bem mais alto, ou seja, não o de um Estado particular, mas o de uma comunidade de Estados ou de toda a comunidade de estados (BONAVIDES, 2013).

Mas Puccinelli Júnior (2012) defende uma concepção de universalismo moderado dos direitos fundamentais:

[...] visto que a tentativa de universalização absoluta sofre resistência pela fixação de uma pauta de direitos comuns unicamente aos países ocidentais, assim como pelo desprezo a aspectos locais da cultura oriental e pela desconfiança de que a tendência globalizante camufle com novas roupagens antigos interesses econômicos e colonialistas (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 195).

Neste esteio, Puccinelli Júnior (2012) acredita que é um absurdo a pretensão de impor uma pauta fixa e universal de direitos fundamentais, sem, sequer, ouvir as instâncias regionais e procurar adaptar tais direitos aos costumes, tradições e hábitos de um determinado povo, dentro de padrões minimamente aceitáveis pela civilização.

Assim, há o entendimento de que nem todos os direitos fundamentais se adéquam como universais, visto que são compreendidos em termos, devido à existência de direitos fundamentais específicos, que não abrangem a toda e qualquer pessoa. Cabe pontuar que há exceções previstas no ordenamento, como a do art. 7º da CF, cujos direitos sociais vinculam apenas aqueles indivíduos que possuem relações de emprego.

1.1.4 Limitabilidade

Interpretar o direito é fixar, revelar o verdadeiro sentido e alcance de uma disposição normativa em sintonia com as novas circunstâncias fáticas valorativas da seara social. O labor exegético tem o condão de assegurar um dos valores

magistrais do direito, que é espargir justiça. Revelar o sentido de uma norma jurídica é descobrir os valores consagrados pelo legislador, é fixar sua finalidade, aquilo que se pretende tutelar. Fixar o alcance da regra jurídica é delimitar seu campo de incidência. A interpretação não se resume a explicar e a revelar o sentido dos textos, mas a construir novos sentidos. (BARROSO, 2008)

É entendimento comum o de inexistir direito absoluto. Como não fogem à aplicação dessa regra basilar, os direitos fundamentais encontram inúmeros limites, a começar pela impossibilidade de acobertar atividades ilícitas e afastar a correspondente responsabilidade civil, administrativa e penal dos indivíduos infratores. Mas não é só. A limitabilidade dos direitos fundamentais também se expressa na interação com outros direitos igualmente relevantes. Vez por outra, contudo, a limitação do direito fundamental é ditada pela necessidade de se preservar a ordem pública ou qualquer outro bem coletivo que consagre valores constitucionalmente tutelados. De qualquer modo, evidenciada a colisão de dois direitos fundamentais divergentes ou entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente contraposto, o intérprete deverá harmonizar os bens jurídicos em conflito, traçando limites à plena incidência destes para buscar um ponto de equilíbrio que evite o sacrifício total de um em relação ao outro, apontadas ao exercício dos direitos fundamentais somente são admissíveis se justificadas por outros direitos ou valores constitucionais que, no caso concreto, se revelam tão ou mais relevantes do que a prerrogativa cerceada. Ademais disso, é preciso que as limitações impostas sejam proporcionais e razoáveis, utilizando-se apenas os meios adequados e estritamente necessários à proteção dos fins constitucionais, pelo que deverão ser punidos eventuais excessos cometidos. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, p. 197)

Muitos dos conflitos constitucionais são facilmente perceptíveis, podendo, a partir da contínua experiência em casos passados, criar-se um critério para a solução dessa colisão. A partir da criação de parâmetros gerais e particulares, a ponderação de valores, por meio da utilização dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, permite maior segurança e conformidade à interpretação das normas constitucionais, ao flexibilizar determinados limites impostos a fim de preservar a efetividade da justiça. (BARCELLOS, 2008)

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser interpretados e aplicados considerando os limites fáticos e jurídicos existentes.

1.1.5 Concorrência

Há concorrência quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Ou seja:

[...] existe concorrência de direitos quando a mesma pretensão subjetiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preenchem, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas (CANOTILHO, 2003, p. 1268).

Segundo Canotilho (2003), as formas de concorrências existentes são: o cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos; e a acumulação de direitos, na qual o comportamento não pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si.

Com base nessa característica, nota-se que dois ou mais direitos fundamentais podem ser exercidos de forma simultânea e cumulativa, como no caso de transmissão de notícia seguida de crítica jornalística, através de um meio de comunicação de massa. Com efeito, nessa hipótese, incidiria o exercício cumulativo de três direitos fundamentais, a saber: o direito de comunicação expresso na utilização de veículo de ampla audiência; o de informação consistente na transmissão de notícia popular; e o de opinião traduzido na crítica jornalística. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012)

1.2 Abrangência dos direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos dentre os artigos 5º e 17º da Constituição Federal (BRASIL, 1998). De acordo Silva (2005), as referidas normas fundamentais encontram-se aglutinadas em três dimensões, a saber: geração de direitos individuais, civis e políticos; geração de direitos sociais, econômicos e culturais; dimensão de direitos difusos e coletivos.

As liberdades públicas constituem a primeira geração de direitos fundamentais e consistem nos direitos que garantem uma esfera de liberdade de atuação dos indivíduos contra ingerências estatais, um exemplo são os chamados direitos de defesa (liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação, de reunião e de propriedade). Mas os direitos de primeira geração também incluem o direito à segurança e o direito à participação política (direitos políticos). (SILVA, 2005)

Os chamados direitos políticos são inseridos na ideia de direitos de liberdade. Com a ideia de direitos políticos ressurgiu a concepção de liberdade como sinônimo de participação na tomada de decisões, o que os direitos políticos, ainda que indiretamente, propiciam. Justamente com o exercício cada vez maior dos direitos políticos que se inicia também a pressão por outros direitos que superem a ideia das meras liberdades negativas. (SILVA, 2005)

Diante do descaso para com os problemas sociais e o agravamento das necessidades sociais, surge a segunda geração dos direitos fundamentais. Esses novos direitos (direitos sociais e econômicos) emergem em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas) que sustentavam que as liberdades públicas não deixariam ser meramente formais enquanto não pudessem ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto, ou seja, somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudessem exercê-las. (SILVA, 2005)

Mas Silva (2005) completa que os direitos sociais não podem ser considerados como direitos "socialistas", porque são uma forma de garantir a estabilidade e a manutenção do capitalismo, se não do liberal, pelo menos daquele de cunho social. E se as liberdades públicas exigem uma abstenção estatal, os direitos sociais e econômicos primeiros exigem, ao contrário, uma prestação. Essa é, contudo, apenas uma tendência, não uma diferença dogmática. (SILVA, 2005)

Lewandowski (2003, p. 418) menciona:

O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ao lado dos antigos direitos individuais, todavia, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais. De fato, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional, e m suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de direitos de solidariedade ou de fraternidade, ou seja, direitos de terceira geração.

Os direitos de solidariedade, ou direitos difusos, fazem parte da terceira geração de direitos, categoria que une uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente, e que, em comum, têm o fato de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, e destinar-se a realizar

o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Enquanto as liberdades públicas realizariam a liberdade, os direitos sociais e a igualdade, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a fraternidade. (SILVA, 2005)

Para Silva (2005), a imprecisão conceitual que domina os chamados direitos de terceira geração pode gerar o problema da "vulgarização dos direitos fundamentais", já que a ausência de contornos dogmáticos claros pode fazer com que cada vez mais novos direitos, de fundamentalidade duvidosa, sejam inseridos nessa terceira geração. Assim, cabe indagar: O que são direitos humanos? Quais são eles? Como fundamentá-los?

Bonavides (2013) declara que, além das mencionadas gerações de direitos fundamentais, diante da evolução social e tecnológica, surgiram mais duas dimensões: a quarta geração, em que estão inseridos os direitos à democracia, ao pluralismo, à informação; e à quinta geração, que trata dos direitos virtuais advindos dos avanços da tecnologia da informação, e que no século XXI abrange os direitos em relação à identidade, como os direitos às células-tronco e à biotecnologia. Além disso, para Bonavides (2013), diante da violência e dos rumores de guerra que assolam a humanidade, é trasladado o direito à paz da terceira a quinta geração de direitos fundamentais

As críticas a este tipo classificação são refletidas na expressão "gerações", utilizada pela doutrina brasileira, e substanciam-se na percepção de que há uma divisão em gerações, o que pode conduzir à ideia de que uma geração eliminaria a anterior, havendo sucessão de direitos. Dessa forma, com o advento dos direitos sociais, por exemplo, poder-se-ia pensar que os direitos individuais foram eliminados. Entende-se que não há como reduzir os direitos fundamentais a uma mera absorção de direitos pelas gerações sem remover as demais. Essa absorção garante a releitura desses direitos a partir de um novo paradigma, uma reinterpretção à luz da nova geração. Outrossim, há a admissão de que a descoberta de novos direitos é processada sem fim reconhecido, e que há novos direitos a serem explorados. (BONAVIDES, 2013)

A relação de direitos fundamentais mencionados na *Lex Mater* não é exaustiva, mas somente exemplificativa, uma vez que se admite, atualmente, a existência de vários outros direitos fundamentais que decorrem do regime e da força principiológica constitucionais e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Assim, nota-se que, além dos direitos fundamentais expressos no art. 5º,

§ 2º, da Constituição, existem outros implícitos em variadas passagens do texto constitucional. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012)

Sabe-se que a cidadania e a dignidade da pessoa humana fundamentam o Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, ressalta-se que o acesso à justiça e à tutela jurisdicional é imprescindível ao exercício dos referidos fundamentos constitucionais, enquadrando-se, portanto, dentre os direitos e garantias fundamentais.

1.3 Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais consubstanciam-se em situações jurídicas, objetivas subjetivas, previstas no direito positivo, com o escopo de tutelar a dignidade, igualdade e liberdade dos seres humanos (BEZERRA, 2007). A Constituição Federal é clara sobre a questão, quando prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata” ex vi do seu art. 5º, § 1º (BRASIL, 1988). A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, declara que valores supremos da sociedade brasileira, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, encontram expressão normativa através dos princípios e regras distribuídos ao longo do texto constitucional.

No constitucionalismo contemporâneo, as normas constitucionais (regras e princípios), sobretudo as que asseguram direitos fundamentais, estão singularizadas por seu elevado teor axiológico, na medida em que traduzem para a linguagem normativa os valores supremos da comunidade naquele momento historicamente situado, com a pretensão de orientar a vida em comum.

A noção de valor adotada é aquela segundo a qual os valores constituem critérios de valoração. Ademais, representam também ideais que, apesar de estarem realizados em diferentes medidas, possuem a pretensão de serem cumpridos na maior medida possível.

Os principais destinatários dos direitos e garantias fundamentais são os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no país, seguindo o princípio de que tais direitos e garantias se dirigem às pessoas físicas, ao indivíduo. Em virtude da eficácia do princípio da universalidade dos direitos fundamentais, tornam-se garantidos uma gama de direitos e garantias fundamentais a qualquer

indivíduo e abrange também estrangeiros não residentes no Brasil.

Hodiernamente, há direitos comuns às pessoas jurídicas e às pessoas naturais, por exemplo, o direito de igualdade, de propriedade, de sigilo de correspondência, e admite-se que ambas podem sofrer dano moral (conforme súmula 227 do STJ). Saliente-se que há inclusive direitos específicos das pessoas jurídicas, a exemplo da não interferência estatal no funcionamento das associações, do direito a não serem dissolvidas compulsoriamente, bem como o direito à propriedade das marcas e outros. Entretanto, são direitos exclusivos das pessoas naturais algumas garantias que dizem respeito à prisão, como o *habeas corpus*.

Uma questão controversa é a da pessoa jurídica de direito público como destinatária dos direitos fundamentais. Assim, embora os direitos fundamentais sejam tradicionalmente oponíveis ao Estado, o próprio poder público pode ser alvo de proteção, admitindo-se direitos do tipo procedimental.

A interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal com relação aos destinatários dos direitos fundamentais é extensiva, como se vê abaixo. Assim, a posição de destinatário, não de todos, mas de alguns direitos fundamentais, também se estende ao estrangeiro não residente no país, principalmente no âmbito dos direitos individuais.

“HABEAS CORPUS” - SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARÁTERIZADO - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO "EX OFFICIO", COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR .

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS". - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW", VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. - Assiste, a cada um dos

litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (STF - HC: 94016 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 16/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266)

Cabe mencionar o posicionamento diverso adotado por Silva (2005), para quem as características da positivação e subjetivação das declarações constitucionais de direitos indicam sua validade em relação aos indivíduos do Estado. Assim, para proteger os estrangeiros não residentes no Brasil há outras normas jurídicas, como as do Direito Internacional.

Canotilho (2003) diz que, quanto à condição etária do presumido titular de direitos fundamentais, há a problemática da idade mínima, sendo importante distinguir capacidade de fato e capacidade de direito. Essa é a aptidão para ser titular de direitos e obrigações, ao passo que aquela é a aptidão concreta para seu exercício. E que, em se tratando de direitos fundamentais, nem sempre será possível aplicar critérios civilísticos.

Já a doutrina brasileira, na figura de Mendes & Branco (2015), sugere o sopesamento dos valores constitucionais em cada caso, de forma que a limitação de ordem etária deve ser medida e direcionada à proteção do menor.

O sujeito passivo dos direitos fundamentais historicamente é o poder público. Entretanto, percebeu-se que as forças sociais, como grupos econômicos e políticos de peso, poderiam trazer os mesmos constrangimentos aos referidos direitos. Assim, a força vinculante, a eficácia imediata e a posição hierárquica dos direitos fundamentais acabaram por revelar a aplicação destes também no setor privado.

Existem direitos claramente exercidos em face de particulares, principalmente sociais e trabalhistas. Entretanto, não se pode olvidar que, em grande parte, os direitos fundamentais são exclusivamente em face do Estado, a exemplo da assistência jurídica integral e gratuita. Questão complexa é a dos direitos de defesa e em que medida esses alcançam as relações privadas, existindo duas teorias: a da eficácia imediata (máxima efetividade aos direitos fundamentais) e a da eficácia mediata (autonomia individual e segurança jurídica).

No Brasil, os direitos fundamentais nas relações entre particulares são defendidos por mecanismos diversos: pela intervenção legislativa assegurando formação livre da vontade do economicamente mais fraco, a exemplo do consumo e do trabalho; e pela adoção de conceitos amplos e de cláusulas gerais para garantir acesso ao judiciário.

A vinculação do poder público ocorre com a estrutura das normas de direitos fundamentais. Entende-se que esses direitos possuem, além de uma dimensão subjetiva que se volta para o indivíduo, uma dimensão objetiva, transformando-os também em valores ou fins a serem perseguidos por toda a sociedade. O significado axiológico dos direitos fundamentais revela o efeito de irradiação por todo o ordenamento jurídico das normas constitucionais que os definem, afetando as três funções do Estado. Assim se estende à conformação material das normas pelo legislador, que devem incorporar os valores expressos no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; à atuação do Poder Executivo, em suas funções administrativas ou normativas; e à interpretação e aplicação das normas por parte dos magistrados. Observa-se que o conteúdo valorativo das normas de direitos fundamentais tende a impregnar todo o funcionamento do ordenamento jurídico e de seus subsistemas, mesmo os de Direito Privado.

Os direitos fundamentais são verdadeiros parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos, que não podem alterá-los ou suprimi-los, devendo pautar suas ações em conformidade a eles. No que se refere ao Poder Legislativo, os direitos fundamentais possuem um conteúdo positivo, que implica na necessária e imperiosa edição de normas, objetivando regular aqueles que dependem de concretização legislativa (por exemplo, o direito à ampla defesa).

No caso de restrição a certos direitos, autorizada pela Constituição, deve o Legislativo respeitar um núcleo essencial (como no caso do livre exercício profissional). Nesse contexto, a proibição de retrocesso é um ponto polêmico, pois o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação deve ser considerado como constitucionalmente garantido, de modo que medidas visando revogar tal núcleo serão inconstitucionais. O poder constituinte de reforma também é limitado, pois não é possível propor emendas a fim de abolir direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, CRF).

Os direitos fundamentais também vinculam o Poder Executivo, de forma que a Administração Pública, em sentido amplo (abarcando as pessoas jurídicas de

direito público e as de direito privado que disponham de poderes públicos ao tratar com o particular), está estritamente vinculada, sob pena de nulidade dos seus atos. Os atos administrativos discricionários, que comportam análise da oportunidade e conveniência, devem priorizar o atendimento aos direitos fundamentais como elementos necessários para a concretização da finalidade pública. No mesmo sentido, as chamadas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados têm limites nos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CRF, conhecerá sempre de situações que envolvam lesões ou ameaças de lesões a direitos. Assim, resta evidente que a defesa de direitos fundamentais é sua atividade mais basilar. No desenvolvimento histórico, coube ao Judiciário a tarefa de fiscalizar se os demais poderes estão em consonância com as normas constitucionais. Daí o motivo de os doutrinadores defenderem a persecução da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais.

Na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme consolidado no Direito brasileiro, em sintonia com outros países do mundo, o sujeito passivo por excelência, dos direitos fundamentais, sempre foi o poder público. Nessas relações entre indivíduo e Estado há a eficácia vertical.

Em sentido oposto, a eficácia nas relações entre particulares, é conhecida como eficácia horizontal, já que ela se estabelece entre pessoas que, em geral, estão no mesmo nível de aquisição e aplicação do ordenamento jurídico. Entretanto, muitos doutrinadores não adotam tal nomenclatura já que ela traz a ideia de situação de igualdade entre os sujeitos, o que nem sempre ocorre, e exemplos disso podem ser encontrados nas relações trabalhistas ou consumeristas.

O problema a ser discutido é se as normas constitucionais consagradoras de direitos, garantias e liberdades devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas em suas relações jurídicas, e como se dará essa eficácia.

A polêmica de se conferir eficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas reside no fato de as partes envolvidas estarem sujeitas aos mesmos direitos e obrigações perante o ordenamento jurídico. Diante de uma controvérsia envolvendo direitos fundamentais, torna-se árduo o trabalho de coordenar e decidir qual o direito fundamental que prevalecerá sobre os demais em cada caso concreto.

Assim, Bilbao Ubillos (2010, apud NERY, 2012, p. 92) assevera que “o

problema não é tanto se há ou não eficácia, mas a medida dessa eficácia e de que tipo[...]. A questão é como se pode articular e harmonizar essa vigência com os princípios e valores específicos do direito privado presentes em cada caso”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 silenciou quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Mas, por coerência na sua interpretação, o princípio da dignidade da pessoa humana tem um valor supremo e, desta forma, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais do homem, e pode ser utilizado para suprir essa lacuna posto que vincula os entes privados nas relações entre si.

Além disso, a Constituição de 1988, ao assegurar a alguém um direito subjetivo, faz com que surja para os outros indivíduos o dever de respeitar o exercício daquele direito. Portanto, no Brasil há incidência de direitos fundamentais nas relações privadas e sua eficácia pode ser atribuída de forma direta ou indireta.

Algumas teorias surgem para responder como se dará esta eficácia. E as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada são a teoria da eficácia mediata ou indireta e a teoria da eficácia imediata ou direta, ambas explicadas abaixo.

1.3.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta

Na teoria da eficácia indireta, quando se trata das relações entre particulares, não há incidência direta dos direitos fundamentais nessas relações, sendo que sua aplicação seja apenas de forma reflexa, ou seja, eles obrigam o legislador a elaborar as normas regentes de relações privadas de acordo com os princípios previstos pela Constituição.

[...] os direitos, liberdades e garantias têm uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2003, p. 1287).

Já em Lima (2008), considera-se que:

[...] os direitos não podem incidir de forma direta nas relações particulares, pois somente o estado está vinculado desta maneira, cabe ao legislador e ao juiz, quando estiverem criando ou aplicando direitos, concretizem os preceitos fundamentais insculpidos na constituição (LIMA, 2008, p. 295).

Os autores Mendonça & Ferreira (2007) criticam a teoria indireta considerando que ela não traz solução a adotar quando não existir nenhuma norma constitucional ou legal regulando a matéria, nem mesmo há cláusula aberta no direito civil. Então questionam: em que o aplicador se basearia para decidir um caso concreto? Já para os que concordam com a teoria indireta, ela permite maior autonomia privada, proporcionando uma margem de liberdade de ação para os particulares, evitando o que Nery (2012) denomina de igualitarismo supremo ou o intervencionismo asfixiante.

1.3.2 Teoria da eficácia imediata ou direta

Pela teoria da eficácia imediata ou direta os direitos fundamentais já se aplicariam de forma direta e obrigatória nas relações privadas, sem necessidade de mediação que concretize a vontade do legislador. Ela confere aos direitos fundamentais um efeito absoluto, à medida que podem ser utilizados imediatamente na concessão de direitos ainda não conferidos por lei ordinária e na resolução de quaisquer litígios, por exemplo.

A teoria da eficácia direta, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas), teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2003, p. 1286).

Claus Canaris, citado por Nery (2012), critica a teoria da eficácia direta na medida em que ela causaria consequências dogmáticas insustentáveis, uma vez que partes do direito privado (em especial os contratos e a responsabilidade civil) ascenderiam ao patamar de normas de direito constitucional, o que impediria o exercício da autonomia privada.

Por outro lado, aplicando-se os direitos fundamentais diretamente sobre as relações privadas, mesmo que não haja norma específica, restaria consagrado o princípio da máxima efetividade dos princípios constitucionais, uma vez que permite o uso do princípio da dignidade da pessoa humana ou de outros direitos fundamentais na proteção dos indivíduos e suas relações.

Cogita-se, entretanto, que no caso de relações privadas deve-se projetar que

o aplicador terá que ponderar dois bens jurídicos amparados pela Constituição: de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma síntese dos direitos fundamentais e do outro, a autonomia da vontade concedida pelo direito civil.

No Brasil, pode-se reputar que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, sem necessidade de atuação do legislador ordinário, nem de interpretação das cláusulas gerais de direito privado. Exemplos disso são: a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, a imposição de indenização por violação da honra, intimidade e imagem da pessoa, a exigibilidade de atendimento à função social da propriedade, dentre outros.

[...] As garantias fundamentais declaradas pela Constituição Federal foram concebidas como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado (potencial ofensor dotado do poder) e os particulares. A experiência democrática mostrou que não é somente o Estado o agente violador dos direitos fundamentais, mas, também, os próprios sujeitos particulares principalmente quando dotados de um maior poder social frente aos outros. [...] No momento em que se colidem direitos fundamentais entre agentes privados não é somente umas das partes que figura como sujeito passivo, violado em sua garantia, posto que ambos são titulares desses direitos. Tal não se vê em relação ao Estado, já que este sempre é o agente ativo da violação sem nenhum direito fundamental correspondente. [...] pode-se afirmar [...] que a eficácia dos direitos fundamentais apresenta uma dupla vertente: a vertical e a horizontal. (LIMA, 2008, p. 286-287)

Puccinelli Júnior (2012) demonstra que a incidência da eficácia vertical e horizontal encontra-se relacionada à distinção entre a incidência dos direitos fundamentais nas relações do particular com o Poder Público (eficácia vertical) e sua incidência no âmbito das relações travadas particulares (eficácia horizontal).

A aplicabilidade das normas vinculadoras de direitos fundamentais no contexto das relações entre particulares é mediata. Desta forma, os direitos fundamentais são direitos relativos à defesa do particular em face do poder do Estado ao implicar que as relações extra-estatais encontram-se fora da zona de incidência dos referidos direitos, entregando-se, portanto, aos diversos subsistemas jurídicos autonomia plena (SILVA, 2010).

Neste ponto, investigadores jurídicos, como Bezerra (2007) e Cunha Júnior (2009), entendem que as regras constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais não podem ser opostas aos particulares diretamente, pois os valores objetivos traçados no seio constitucional devem ser materializados por meio da produção de normas jurídicas de baixa densidade (normas infraconstitucionais), ou

seja, a regulamentação das regras constitucionais é o caminho apropriado para a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

No seio do constitucionalismo existe um paradoxo: os direitos fundamentais, por seu conteúdo, constituem os elementos mais importantes da Constituição e, por sua forma, possuem estrutura normativa que dificulta a delimitação do seu âmbito de proteção e torna imprevisíveis as hipóteses de sua aplicação. O paradoxo ganha relevância teórica quando traduzido na tensão entre o aspecto estrutural-normativo e o aspecto político dos direitos fundamentais. (VALE, 2006)

Assim, o elevado grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais converte-se em um problema quando entra em conexão com o máximo grau de importância do conteúdo objeto de sua regulação. E, para se compreender o método da ponderação, imprescindível é compreender a distinção entre regras e princípios jurídicos, além do entendimento da estrutura própria de parte dos princípios constitucionais, de forma que se garanta uma interpretação e aplicação da norma em uma dimensão argumentativa simultaneamente jurídica e moral, apesar da carga axiológica e da estrutura deficiente da norma.

No mundo jurídico, os princípios funcionam como fonte de interpretação e de aplicação das normas jurídicas, de forma que todo o sistema deve se amoldar a eles. Na atualidade, os princípios assumiram um caráter multifuncional, pois além de fundamentarem a criação de regras e o nascimento dos demais princípios (função fundamentadora), servem para auxiliar na melhor interpretação a ser dada em um determinado caso, posto à apreciação (função interpretativa). Mas, além dessa eficácia positiva, revelam também sua eficácia negativa, que consiste no poder de afastar as regras em conflito com eles, bem como dos princípios que estão em sua rota de colisão e que não atendam ao critério da proporcionalidade.

No escólio de Espíndola (1999, apud BARROSO, 2008) a noção de princípio ou sua conceituação, estaria atrelada a uma estruturação de um sistema de ideias, pensamentos, normas com caráter imprescindível de observação, conduzindo as demais concepções através de uma vinculação normativa. E, de acordo com Barroso (2008), o sistema composto por regras e princípios, torna-se necessário à implementação ou aceitação de um sistema jurídico equilibrado, promovendo um sistema ideal onde há uma distribuição de regras e princípios que pudessem, de forma eficaz, desempenhar seus papéis em todo ordenamento, aqueles com o fim de promover, de forma audaz, a segurança jurídica, previsibilidades e objetividade

das condutas e dos princípios, como mais flexíveis, abrindo margem à realização da justiça no caso.

Doutrinariamente, foram estabelecidos critérios tradicionais que serviram para a distinção de regras e princípios que vigoraram nas distinções quantitativas, chamados pela doutrina de fracos critérios como: generalidade, imprecisão e discricionariedade. Assim, os princípios são normas com um grau relativamente mais alto de generalidade (sendo princípios, normas mais gerais), e as regras com um grau de generalidade relativamente baixo (sendo regras, normas menos gerais). Ou seja, os princípios são normas mais gerais do que as regras. Determinando, assim, que a diferenciação entre regras e princípios seja gradual, e, portanto, quantitativa.

Os princípios são dotados de um elevado nível de generalidade, diferentemente do que se passa com as regras dotadas de um grau mínimo de generalidade (MACHADO & COSTA, 2011, p. 60).

Generalidade no âmbito jurídico refere-se a aspectos das normas jurídicas onde a norma é elaborada para todos e não para um destinatário específico. Como exemplo tem-se o princípio da legalidade penal, o qual discorre que todos os sujeitos devem obediência ao princípio na sua íntegra (ALEXY, 2011).

Alexy (2011) critica esse critério da generalidade, pois, para ele, existem princípios que são elaborados para atender a grupos específicos, e assim configuram-se como menos gerais, um exemplo disso é o princípio da independência do Ministério Público (art.127, 1), que trata de princípios aplicados somente aos promotores de justiça. Outrossim, há regras que visam atender a todos, como a regra constitucional de individualização da pena que condiciona o sistema penal, que, sendo uma regra mais geral que a anterior, não é aplicada a um grupo específico, mas a todos os que se encontram na condição de condenados, e essa é uma tentativa de universalização principiológica, procurando criar uma padronização racional mínima da moral.

O que Alexy (2011) propõe é uma inclusão do princípio como meio de fundamentação jurídica, onde o mesmo é inserido como um meio de autorreflexão do sistema jurídico. Assim, os princípios passam a ser mais relevantes que as normas jurídicas. E é levantada uma crítica à teoria de Hart, que coloca enfoque na discricionariedade, colocando uma textura aberta dentro do direito, dizendo que não

havendo previsão jurídica, o juiz possuiria ampla discricionariedade para decidir da forma que quisesse sem nenhuma vinculação jurídica. (ALEXY, 2011).

Mas Dworkin (1999) questiona a discricionariedade com textura aberta dentro do direito, e afirma que não existe regra prevista no ordenamento para resolução de um determinado caso (lacunas), defendendo que há outra categoria de normas (princípios) que podem vincular o magistrado a decidir sobre o caso em análise. (NEVES, 2014)

Ao dar ao juiz a discricionariedade também ele concede o poder de criar um direito complementarmente novo perante certos casos, o que seria extremamente inconveniente, pois umas das partes, seguindo o raciocínio, estaria submetida a um dever imposto retroativamente e sem qualquer pretensão de validade (CHAMON JUNIOR, 2004 p. 98).

Em se tratando das particularidades de sua aplicação, critério fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, pode-se explicitar a doutrina que se desenvolveu sobre as premissas teóricas de Dworkin e Alexy.

Dworkin (1999) diz que a principal distinção entre os princípios e as regras é de caráter lógico, relacionado aos respectivos mecanismos de aplicação. As regras incidem sob a forma do “*all or nothing*”, o que não sucede com os princípios. Presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido, ou é considerada inválida para o mesmo.

Segundo Dworkin (1999), a regra possui três padrões de orientação para a solução do caso em conflito. Primeiro, a regra encontra-se no âmbito da validade e invalidade, de forma que se a regra é válida, essa deve ser aplicada, e se não for aplicada, deve ser excluída do ordenamento e ter declarada a sua invalidade. Logo, se duas regras estiverem em choque na aplicação de um caso em concreto, uma delas deve ser invalidada no ordenamento. Segundo, a regra possui uma relação includente, em que há aqui a questão entre a regra e a sua exceção. Além de haver aplicação das regras, em teoria, torna-se possível enumerar todas as exceções previstas no ordenamento, assim, havendo uma contradição, seria o caso da aplicação de uma das suas exceções. Em terceiro lugar, a relação condicional, pelo que “se e então”, caso seja dado o seu suporte fático, necessariamente tem que ser cumprida a consequência jurídica já prevista no enunciado da regra. Assim, diante do proposto por Dworkin (1999), conclui-se que se a regra é válida e aplicada, não basta somente constatar a validade da norma, é necessário verificar se estão

previstas todas as exceções na regra em análise, ou introduz-se uma cláusula de exceção em uma regra para que se permita a incidência da outra, ou seja, declarando uma delas inválida.

Por sua vez, Alexy (2011) utiliza os critérios de hermenêutica clássica para a resolução da questão da antinomia (que é exatamente o conflito entre as regras) e estabelece três critérios: critério hierárquico (*lex superiori derogat lex inferiori*) em que a norma hierarquicamente superior prevalece sobre norma inferior; critério cronológico (*lex posteriori derogat lex anteriori*) em que a norma posterior prevalece sobre norma anterior; e critério específico (*lex speciali derogat lex geral*) onde a norma especial derroga a norma geral.

Os princípios possuem uma racionalidade distinta das aplicadas nas regras, atuam de maneira diversa, já que, ao contrário das regras, são dotados de uma dimensão de peso e importância em que não há a implantação da lógica do tudo ou nada. Portanto, diante do caso concreto, havendo colisão entre princípios, o juiz, levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio, deve precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro. (ALEXY, 2011)

Entende-se que, quando Dworkin (1999) inclui o princípio como norma jurídica, busca construir uma auto-fundamentação do direito, partindo do pressuposto de haver um juiz com aparelho racional adequado para fazer um filtro e ainda assim manter uma coerência do ordenamento jurídico.

Outra distinção importante é a que se concentra na questão dos efeitos que regras e princípios pretendem produzir:

As regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos (condutas), ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados (BARCELLOS, 2008, p. 46).

Entende-se que os efeitos nas regras já se encontram contidos dentro delas, enquanto que nos princípios os efeitos são indeterminados. Isso ocorre porque, devido ao maior teor de abstração dos princípios, torna-se difícil limitar o seu modo de incidência. Tome-se como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, em que seu efeito é proporcionar às pessoas uma vida digna. Mas como se explicar, minuciosamente, em que consiste uma vida digna? Assim, os efeitos dos princípios

não podem ser determinados, haja vista a multiplicidade de condutas e teses possíveis e adequadas para atingi-los.

Alexy (2011) dá sequência ao pensamento de Dworkin divergindo em alguns pontos, mas acaba complementando o estudo com uma teorização própria. Ele entende regras e princípios como pontos fundamentais para se fazer um estudo dos direitos fundamentais, e coloca a distinção como limite da racionalidade. Continuando o trabalho de Dworkin, ascende o princípio como norma jurídica e afirma que o princípio é uma norma deontológica, e possui, no seu conteúdo, obrigação, permissão e proibição.

Alexy (2011), fundamentando a teoria dos direitos fundamentais e considerando os critérios de distinção tradicionais, apresenta teses que serviriam como distinção entre regras e princípios. A primeira demonstra a impossibilidade de divisão das normas em duas classes, devido à diversidade existente. A segunda se pauta no argumento de que pode existir uma diferença entre regras e princípios, mas que essa é gradual. E a terceira, e apresentada pelo autor como a mais correta, admite a distinção de normas e princípios, no entanto, essa distinção não seria gradual, mas sim qualitativa.

Para Alexy (2011), o ponto essencial para se distinguir regras é compreender os princípios como mandamentos de otimização, pelo que define os princípios como mandamentos de otimização. Assim, os princípios são entendidos como ordem que possuem a função máxima de cumprir comandos através de um conjunto de técnicas, selecionando as melhores alternativas com o objetivo de alcançar fins determinados, empregando todas as técnicas jurídicas existentes para se chegar a fins determinados. Ao passo que as regras são entendidas como razões definitivas e como tal possuem um caráter de obrigação definitiva e podem ou não ser satisfeitas; dessa forma, se uma regra é válida, o seu conteúdo deve ser aplicado em razão da sua exigência, ou seja, são aplicados de forma integral, e estabelecem situação fática e juridicamente possível.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida 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 e regras colidentes.

[...] Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. (ALEXY, 2011, p. 89-91).

Destarte, demonstrando o autor o grau de satisfação do cumprimento das normas constitucionais, segundo Alexy (2011), os princípios podem ser satisfeitos em graus diferenciados, sendo que nem sempre são satisfeitos integralmente; e o grau de satisfação não se encontra estabelecido no próprio princípio, mas sim pela análise das razões e contrarrazões do caso concreto, dependendo da colisão em evidência.

Diferente das regras, os princípios não são razões definitivas, de forma que um princípio, ao ser aplicado num caso em concreto, não determina que a decisão seja em caráter absoluto, mas procura atingir na maior extensão possível a decisão proferida no caso concreto, sendo que poderá haver uma inversão do teor decisório em outras circunstâncias, ou seja, sua aplicação abrange com integridade as decisões do caso concreto, dependendo das medidas aplicadas ao caso, sendo que não se deve estabelecer prevalência permanente de uma norma em relação à outra. (ALEXY, 2011)

Outro critério de distinção apresentado por Alexy (2011) seria a diferença quanto à colisão entre regras e conflitos entre princípios. Sendo que, no caso em que se registra conflito entre as regras, tal pode ser selecionado por meio da introdução de uma cláusula de exceção, eliminando assim o conflito, ou pela declaração de invalidade de uma delas. Ocorrendo colisão entre os princípios, há uma limitação principiológica que acontece mediante uma precedência entre os princípios, no qual um precede em face de outro, atendendo as condições existentes nos casos em concreto. Assim, os princípios possuem pesos diferentes e os com maior peso têm precedência, mas o princípio preterido não é declarado inválido, de forma que há uma relação de precedência em relação ao outro, sem que haja exclusão. Torna-se importante ressaltar que não existe relação absoluta de precedência, sendo que modificada a situação pode haver inversão da precedência. (ALEXY, 2011)

Pode-se então dizer que a diferença consiste na solução apresentada pelos doutrinadores, sendo que conflitos entre regras ocorrem no âmbito da validade e dos princípios. Além da validade, a solução da colisão ocorre na dimensão do peso e,

consequentemente, um princípio deverá preceder em face do outro, analisando as situações fático-jurídicas existentes.

Neves (2014), autor com reflexão moderna, em sua obra entre Hidras e Hércules, propõe uma distinção entre regras e princípios muito própria porque busca elementos da teoria sociológica e traz para a teoria de Direito. Em sua obra é possível constatar o posicionamento do autor quanto à distinção em análises, de forma que o autor afirma que haverá relevância na distinção entre regras e princípios mediante solução de um caso concreto.

Diante dessa teoria, verifica-se a construção de um mundo em comum onde as regras são aplicadas automaticamente sem questionar a sua aplicação. Ou seja, no plano de ação é realizada uma ação, se essa não for criticada, inexistente a necessidade de argumentação. Se a ação for contestada, é necessário que haja um critério de justificação da ação, assim surge a necessidade de construção de um discurso expondo as razões que o ator escolheu para a aplicação daquela regra (em todo ato de fala a pretensão de um ato de validade). Havendo discordância, há a necessidade de uma justificação que gera um discurso. (NEVES, 2014)

Para Neves (2014), somente na situação em que se verifica o conflito entre normas há a preocupação de qual regra será aplicável, e aí sim a distinção entre regras e princípios se torna relevante. E o ponto relevante para essa distinção é o argumento.

Diante de um questionamento ou discordância entre regras, segundo Neves (2014), não há busca de um consenso, e é entendido que o dissenso é um elemento estrutural e característico da sociedade moderna complexa. E, devido ao sistema concreto do constitucionalismo atual, os princípios funcionam como uma auto-fundamentação do direito que permite a abertura do sistema jurídico para a inserção dos influxos do meio ambiente a esse sistema, e, diante de todos os dissensos da sociedade, os princípios surgem para absorvê-los e ganham a dimensão de observação de segunda ordem. Isso transforma a distinção entre regras e princípios numa distinção dentro do sistema jurídico.

Outrossim, na sociedade existem vários sistemas sociais, e cada um possui uma linguagem própria, sendo que o lícito e o ilícito são os códigos do sistema jurídico. Tal sistema se delimita, e com o advento do constitucionalismo, busca da Constituição a separação do direito e da política, de forma que o sistema jurídico ganha autonomia frente aos demais sistemas existentes na sociedade. E a

construção dessa autonomia, por fim, faz com que tudo que esteja fora do sistema constitua a complexidade, ou seja, problemas de várias ordens passam a ser parte da complexidade desestruturada e existente fora do direito. (NEVES, 2014)

Neves (2014) diz que os princípios, como um sistema autônomo, servem para estruturar essa complexidade, ou seja, a partir dos princípios jurídicos há uma abertura cognitiva do sistema do direito, permitindo a inserção dos influxos do exterior, possibilitando ao direito funcionar de forma operacional e fechada na resolução das demandas sociais existentes. Assim, “os princípios abrem o processo de concretização jurídica e as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa” (NEVES, 2014, p. XVII). Os princípios são colocados como hetero referência do direito e há maior referência nas regras em relação aos princípios, diferente da superioridade principiológica trazida por outras teorias.

Neves (2014) continua dizendo que a relação existente entre regras e princípios é circular, sem relação de oposição nem prevalência entre elas, ou seja, são conceitos complementares numa lógica de círculos. Para o autor, os princípios não solucionam diretamente o caso concreto, sempre será necessária uma regra para a resolução do caso, seja esta de qualquer legislação, de forma que no final, para solucionar o caso concreto, sempre é necessária a aplicação de uma regra. O princípio seria o veículo para abrir a cadeia de argumentação e a regra fecharia a cadeia argumentativa e soluciona o caso concreto.

Havendo maior ênfase nos princípios sobre as regras, registra-se uma jurisprudência extremamente adequada, mas pouco consistente. Assim, havendo prevalência dos princípios sobre as regras como ocorre na justiça brasileira, há uma adequação social, e, conseqüentemente, há um perigo de insegurança jurídica. (NEVES, 2014)

Outrossim, privilegiando as regras em detrimento dos princípios, há consistência jurídica, e assim, poderá ocorrer uma elevada inadequação social. Assim surge o paradoxo da justiça: diante de um caso concreto há que conseguir aliar consistência jurídica e adequação social, e isso não se verifica quando da aplicação dos modelos de Dworkin e Alexy na justiça brasileira. (NEVES, 2014)

Assim, percebe-se que a principal crítica de Neves (2014), baseia-se na jurisprudência inconsistente formulada pelos tribunais brasileiros. Tal crítica é feita pelo autor analisando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal

de Justiça nas quais se registram casos com grande ênfase principiológica. O princípio é entendido como uma norma reflexiva, servindo como balizamento de outras normas, incluindo as regras, mas, de maneira nenhuma podem eles servir como razões definitivas de decisões. Deverá sempre ser aplicada uma regra para fechar a cadeia argumentativa e, assim, solucionar o caso concreto; e a relação existente entre regras e princípios seria uma relação circular e não de prevalência. O importante nessa relação “é superar, em cada caso concreto, no plano argumentativo, o paradoxo entre consistência jurídica e adequação social”.

2.1 O núcleo dos princípios

Alexy (2011) elabora uma teoria dos princípios composta por três teses fundamentais: a tese da otimização, a lei da colisão e a lei da ponderação. Na teoria dos princípios Alexy trata de questões importantes para a compreensão da distinção entre regras e princípios.

Entende-se que os direitos fundamentais são direitos concedidos constitucionalmente que se encontram vinculados à concretização material da dignidade da pessoa humana, são constituídos como direitos importantes na ordem jurídica, e possuem a estrutura de princípios.

Diante do estudo sobre a teoria dos princípios verificou-se haver divergência doutrinária quanto ao fundamento da limitação ou restrição dos direitos fundamentais, e tal divergência surge na observância se tais direitos são decorrentes do próprio direito, ou seja, há intrinsecamente nele todas as possibilidades de restrições ao seu conteúdo.

Segundo ensinamentos de Alexy (2011) sobre o tema, notou-se que, para a definição e alcance da proteção dos direitos fundamentais, é necessário buscar resolver o problema partindo de uma construção teórica e terminológica de restrições e hipóteses normativas. Tal resolução é feita no âmbito de teorias interna e externa, sendo que para o autor seria inviável utilizar o termo restrições e sim limites imanentes dos direitos fundamentais.

De acordo com Alexy (2011), para os seguidores dessa teoria, por serem possuidores de caráter definitivo, não há que se falar em restrição de direitos fundamentais; para a teoria interna o termo certo seria limites, porque tais são estabelecidos pelo próprio direito e um determinado conteúdo interno de direito

fundamental que é inerente a ele mesmo.

Para a teoria externa é possível o termo “restrições constitucionalmente válidas aos direitos fundamentais” porque pressupõe que haja um direito indefinido passível de ter seu conteúdo ilimitado, restringido por algum fator externo a ele, seja por uma norma igual ou hierárquica, por considerações morais ou submissão a um direito imutável, ou seja, por qualquer fator estranho ao conteúdo interno do próprio direito. Logo, as restrições relacionam-se a uma delimitação de conteúdo do direito feito em face de outros elementos que não sua própria estrutura normativa. (ALEXY, 2011)

Outrossim, diante do estudo feito por Alexy sobre as teorias, vislumbra-se que saber quando se está diante de uma teoria externa ou interna depende essencialmente da concepção das normas de direitos fundamentais como regras e princípios, ou seja, das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*, e, ao se falar em posições definitivas, se estaria perante a teoria interna, já partindo de posições *prima facie* se estaria perante a teoria externa. (ALEXY, 2011)

Assim sendo, pode-se definir restrições de direito fundamental como as normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Diante do que foi acima narrado, para Alexy (2011), limites imanentes consistem na delimitação do que está ou não incluído no conteúdo da norma jus-fundamental, e a delimitação é feita por um processo argumentativo que envolve a abrangência contida no seu próprio programa normativo, não se submetendo este a interferências externas.

Alexy (2011) nos adverte que dois conceitos são fundamentais: o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais e o conceito de âmbito de proteção a esses direitos. Há autores que diferenciam essas definições e há autores que as tomam por conceitos equivalentes. Esses dois conceitos dizem respeito àquilo que a norma de direitos fundamentais garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração possíveis restrições.

O suporte fático seria como que um núcleo essencial dos direitos fundamentais, e a partir dele é que se determina a possibilidade, ou não, de uma restrição ao direito fundamental. No âmbito do direito penal e do direito tributário, já se conhece bem o conceito: equivale ao conceito de “tipo penal” e de “hipótese de incidência” ou “fato gerador”. (ALEXY, 2011)

Canotilho (2003) usa a terminologia “âmbito de proteção” que, para ele, nada mais é do que o recorte de realidade social inerente a uma determinada norma de direito fundamental. Para Alexy (2011), as definições de suporte fático e âmbito de proteção coincidem: o suporte fático simplesmente descreve o bem protegido, no caso das normas permissivas de direito. Assim, o suporte fático é dividido em duas teorias, sendo que a teoria estrita guarda relação com a teoria interna da norma de direitos fundamentais, apesar dessa relação não ser necessária.

Aqui, pensa-se no conteúdo e na extensão da norma como passíveis de serem identificadas de antemão, *a priori*, sem que seja necessário se recorrer a um cotejo com possíveis intervenções sobre direitos fundamentais ou restrições em face de um caso concreto. Essa concepção de determinação à priori do alcance da norma jus-fundamental, própria da concepção teórica do suporte fático restrito do direito fundamental, se assemelha, nesse ponto, à premissa básica da teoria interna. Assim, bastaria ao intérprete declarar o conteúdo da norma, sem que seja necessário recorrer a fatores externos. (ALEXY, 2011)

Dentro dessa teoria, é mais fácil identificar o suporte fático de casos mais gritantes, ou absurdos, como no exemplo do pintor que quer pintar seus quadros no meio de uma avenida movimentada, atrapalhando o trânsito da cidade (esse exemplo é recorrente na obra de Alexy). Outro exemplo seria o de sacrifícios humanos durante celebrações religiosas, sendo que, nesse caso, seria mais fácil de perceber e delimitar os contornos do suporte fático de tais direitos fundamentais. Mas casos como o direito pleno de aborto são mais complicados, por exemplo, porque essas situações intermediárias criam dificuldades para os defensores desta teoria. (ALEXY, 2011)

A concepção relativa ao suporte fático amplo dos direitos fundamentais é ligada à teoria externa, mas essa relação não é necessária. É uma teoria que inclui, no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção. Difere da teoria restritiva do suporte fático, defendida por Friedrich Müller, por considerar que o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental estenderá seus efeitos a todas as situações fáticas que tenham, por mínima que seja, a relação temática com esta norma. (ALEXY, 2011)

O suporte fático seria, então, limitado pelo âmbito de proteção. Somente se saberia qual é o conteúdo definitivo após o sopesamento de tal norma com outras de

igual hierarquia, em face de um caso concreto. A distinção entre direitos fundamentais “*prima facie*” e direitos fundamentais definitivos é importante para se entender essa teoria.

Assim, para Alexy (2001), somente admite-se uma restrição a um direito fundamental se aos princípios colidentes, no caso concreto, for outorgado um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direitos fundamentais em questão. Dessa forma, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são restrições à sua própria restrição e restringibilidade. Mas, proibindo a afetação dos direitos fundamentais em seu conteúdo essencial, a Constituição Alemã, em seu art. 19, § 2º, estabelece um limite adicional à restrição e à restringibilidade destes mesmos direitos. Por outro lado, o Art. 5º, § 1º da Constituição Brasileira de 1988 assegura: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O Art. 60, § 4º, IV, por sua vez afirma que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV. Os direitos e garantias individuais”.

Para que se possa entender melhor a operatividade das limitações dos direitos fundamentais, segundo Alexy (2011), a doutrina nos confere duas teorias, a saber:

- **Teoria subjetiva:** Direitos fundamentais são, primariamente, posições individuais se a constituição protege de tal forma os direitos fundamentais (conteúdo essencial), então, também deve proteger os direitos fundamentais individuais;
- **Teoria objetiva:** Uma interpretação objetiva como a de Friederich Klein, segundo a qual o art. 19, §2º: “*proíbe que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos, ou para a maior parte deles, ou ainda para a vida social*”, pode até coexistir com a teoria subjetiva, mas não pode substituí-la.

As teorias subjetivas, por sua vez, podem ser de duas categorias, a saber:

- **Teria absoluta:** Cada direito fundamental tem um núcleo onde não é possível intervir em hipótese nenhuma;
- **Teoria relativa:** O conteúdo essencial é aquilo que resta após o

sopesamento. Restrições que respeitam a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial. Nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental.

Nessa seara, o Tribunal Constitucional Alemão se posiciona como relatado a seguir. Sua jurisprudência ora sugere que ele defenda uma teoria absoluta, como no caso das gravações secretas de conversações telemáticas, de forma que nem mesmo os interesses preponderantes da coletividade podem interferir ou justificar uma intervenção tão drástica na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta. Em outras decisões, esse tribunal fala em “limite absoluto”, cuja superação violaria o conteúdo essencial do direito fundamental. Já em outras, fala em “limite máximo”. Noutro momento, sugere uma tendência para a teoria relativa, como no caso da lei de bem-estar social (na Alemanha), que previa a internação de adolescentes e pessoas com especial fraqueza de vontade ou abandonadas em instituições estatais, caso em que o Tribunal Constitucional definiu que uma intervenção intensa como essa só é justificada se houver ou tiver como base razões relevantes – o bem-estar da sociedade foi considerado razão relevante. O conteúdo essencial, então, dependeria de razões relevantes. (ALEXY, 2011)

Sob a perspectiva do Direito Constitucional, os interesses da coletividade têm um peso maior que o da proteção da configuração da vida privada, então, esses interesses suplantam, necessariamente, essa proteção. Sob outra perspectiva, que não a constitucional, não há que se falar em suplantar a proteção dos direitos fundamentais, porque tal proteção, em função da Constituição, é obrigatória. (ALEXY, 2011)

Alexy (2011) defende que quanto mais um princípio de direitos fundamentais é restringido, mais fica resistente, para o qual ele usa o termo “resiliente”. Para o mesmo autor, a garantia prevista no art. 19, §2º da Constituição Alemã não cria, em relação ao conceito de “máxima proporcionalidade”, nenhuma proteção adicional, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais, visto que é equivalente a uma parte da máxima proporcionalidade e corrobora com a vigência dessa teoria.

Uma sistematização das restrições dos direitos fundamentais conforme a Constituição Federal vigente comporta a classificação de restrições em: diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva

simples e qualificada). As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. E as restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las através de leis infraconstitucionais. (ALEXY, 2011)

Canotilho (2003) apresenta uma terceira espécie entendida como restrições não expressamente autorizadas pela constituição, ou seja, restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa, de forma que sua legalidade deve ser justificada em legitimidade constitucional, no plano de modulação concreta e no âmbito da proteção do conteúdo juridicamente garantido. A noção de valor adotada é aquela segundo a qual os valores constituem critérios de valoração. Ademais, representam também ideais que, apesar de estarem realizados em diferentes medidas, possuem a pretensão de serem cumpridos na maior medida possível.

Alexy (2011) considera princípios e valores como categorias estreitamente vinculadas, essa vinculação se dá em dois sentidos: à semelhança do que ocorre com os princípios, existe uma colisão de valores e uma ponderação de valores; e da mesma maneira que os princípios, os valores também podem ser realizados de forma gradual. Por outro lado, Alexy também estabelece uma “diferença decisiva entre o conceito de princípio e o de valor”: os princípios são mandatos, mais especificamente, mandatos de otimização e, assim sendo, pertencem ao âmbito deontológico; os valores, por sua vez, estão em um nível axiológico, pois não expressam o que é devido, mas o que é bom. Todavia, o que diferenciaria um princípio de um valor é que aquele teria um caráter de dever-ser, enquanto que este se envolve com o que diz respeito ao que é melhor. Em suma, os princípios teriam uma roupagem axiológica deontológica diante da roupagem axiológica dos valores (CHAMON JUNIOR, 2004, p. 106).

Trazendo a distinção entre princípios e valores em Habermas:

[...] importante salientar que uma coisa é dizer que “algo é devido” e outra inteiramente distinta é afirmar que “algo é valioso”. As normas válidas correspondem expectativas generalizadas no seio da sociedade, enquanto os valores expressam tão somente a preferência de certos bens em determinado grupo entre certas experiências de vida compartilhada e não poderiam ser estendidos aos demais por se tratarem de experiências éticas [...] é uma visão parcial (...), mas não necessariamente válido perante um sistema coerente de normas como exige o discurso jurídico de aplicação. A

noção do bom é uma visão parcial [...] normas deontologicamente compreendida têm a vinculação legítima: há a obrigação no sentido daquilo que é devido. Já os valores não vinculam de maneira legítima por serem parciais e relativos. (CHAMOM JUNIOR, 2004, p. 110)

Dessa forma, a distinção formulada por Alexy (2011) possui o efeito inverso de realçar a semelhança estrutural entre princípios e valores. Sua utilidade principal está em esclarecer as duas dimensões (deontológica e axiológica) de uma mesma norma. É exigido o cumprimento dos princípios como mandamentos de otimização, na maior medida possível, observando as possibilidades jurídicas e fáticas, e a sua aplicação poderá ocorrer com maior ou menor grau de intensidade, dependendo da situação. A ponderação é o modo típico pelo qual se aplicam os princípios, e a lei da ponderação resulta do grau de satisfação de um princípio sobre o outro.

3 PONDERAÇÃO EM ABSTRATO E PONDERAÇÃO EM CONCRETO

A ponderação consiste em um método interpretativo para solucionar decisões jurídicas nos denominados “casos difíceis”, ou doutrinariamente conhecidos como “*hard cases*”. Podem ser do tipo abstrato ou concreto.

A ponderação a é técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas de hermenêutica tradicionais (BARCELLOS, 2005, p. 23).

A ponderação em abstrato ocorre a partir da “consideração de casos hipotéticos ou situações ocorridas no passado, por meio da qual a doutrina sugere parâmetros racionais para a ponderação” (BARCELLOS, 2008, p. 78). Muitos dos conflitos constitucionais são facilmente perceptíveis, como o da liberdade de imprensa *versus* intimidade, podendo, a partir da contínua experiência em casos passados, criar-se um critério para a solução dessa colisão. A partir da criação de parâmetros gerais e particulares, o estudo em abstrato permite maior segurança e conformidade com a interpretação das normas constitucionais. (BARCELLOS, 2008)

Já a ponderação em concreto ocorre diante de situações inusitadas, ou seja, novos casos que ainda não foram ponderados em abstrato, ou ainda, casos que já foram ponderados, mas que, por uma particularidade qualquer, tornam a ponderação feita anteriormente, inadequada ao novo conflito em questão. Assim se pronuncia Barcellos (2008, p. 82): “Nesses casos, para além da aplicação dos parâmetros gerais e particulares, será necessária uma ponderação específica, particular para aquela hipótese: um modelo de alta costura, cosido sob medida, e não um modelo *prêt-à-porter*”.

3.1 Parâmetros preferenciais para a ponderação

Os parâmetros que serão construídos não têm o condão de limitar a atuação do intérprete, eles servirão apenas como indicadores da melhor decisão a ser tomada, podendo ser essa decisão mutável diante da complexidade de um caso concreto. Há intensa relação entre a ponderação e o elemento fático, e é a partir deste que se dará a resolução da antinomia. (VAN HOLTHE, 2007)

Barcellos (2005) demonstra que o intérprete não pode se limitar em relação à aplicação dos parâmetros, mas deve observá-los e até mesmo afastá-los do caso concreto. Afastando-os, o intérprete deve, de maneira fundamentada, demonstrar o porquê do afastamento.

Entretanto, este não estará radicalmente impedido de afastá-los em um caso concreto, por razões extremamente particulares que sejam capazes de ilidir a presunção contida nos parâmetros. Nessas circunstâncias, que muitas vezes veiculam até mesmo situações inevitáveis de ruptura do sistema, como se verá adiante, o intérprete carregará o ônus especialmente reforçado da Caberá a ele demonstrar, de forma analítica, o porquê de se estar afastando de tais parâmetros. (BARCELLOS, 2005, p. 162)

Grande parte da doutrina convencionou que em conflito de regras e princípios, esses, por se situarem acima das regras, devem prevalecer sobre elas. Assim preleciona Mello (1996, p. 549):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Diferentemente, entretanto, é o posicionamento de Barcellos (2008), que justifica esse parâmetro com base no argumento da segurança jurídica. Essa autora demonstra que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais, a saber: a segurança relacionada à previsibilidade, conduzindo a estabilidade das relações sociais e, de outro lado, a justiça; ou a relação entre segurança, previsibilidade e estabilidade.

Destarte, é importante afirmar que diante da aplicação do parâmetro geral nos conflitos envolvendo regras e princípios, havendo a impossibilidade de resolução aplicando os critérios hermenêuticos para se chegar a uma decisão, as regras prevalecem sobre os princípios. Assim demonstra Barcellos (2005):

O primeiro parâmetro proposto pode ser descrito nos seguintes termos: diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios (constitucionais e infraconstitucionais). Isso significa, de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação (aqui já incluída a utilização dos princípios de interpretação especificamente constitucionais e também da interpretação das regras

orientada pelos princípios, dentre outras técnicas da moderna hermenêutica constitucional), o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada. Lembre-se que regras e princípios são categorias de enunciados normativos, de modo que é de enunciados que se está cuidando quando se trata deste primeiro parâmetro. (BARCELLOS, 2005, p. 165)

Partindo desse pressuposto, identifica que regras e princípios atuam no ordenamento de forma diferenciada, sendo o seu equilíbrio o fator da maior importância. A segurança, a estabilidade e a previsibilidade decorrem da descrição e da limitação das condutas humanas, ou seja, esse é o papel das regras. Entretanto, para se alcançar o ideal de justiça, *mister* é conceder ao sistema jurídico maior flexibilidade, possibilitando uma maior adequação às infinitas variações de casos concretos. (BARCELLOS, 2008)

É dessa forma que nas constituições rígidas e democráticas, como a brasileira, procura-se estabelecer e proteger consensos mínimos, preservando, ainda, o pluralismo político. Apenas o sentido mínimo do princípio é contemplado na Carta Magna, e o restante da expansão do princípio deverá ser complementado pela deliberação majoritária.

As regras constitucionais, lembrando-se que algumas regras situam-se no núcleo dos princípios, foram feitas a partir desse consenso mínimo, no qual se procurou estabelecer condutas determinadas, específicas. Já os princípios, que se situam na área entre o núcleo e a circunferência externa, admitem várias interpretações, podendo “[...] ser preenchidos de sentido e delineados sob formas diversas em função das diferentes concepções do intérprete” (BARCELLOS, 2008).

Diante desse fato é que se pode, mais uma vez, confirmar que, geralmente, em conflitos entre regras e princípios, devem prevalecer as regras. Isso decorre do entendimento de que se cada julgador interpretar ao seu modo, de acordo com suas concepções, incorrerá na possibilidade de criar decisões arbitrárias, além de gerar insegurança para a comunidade diante da falta de uniformidade das decisões. Ora, se o consenso mínimo foi deliberado por uma maioria, após ampla discussão, a decisão unilateral atuaria mais conforme com o ideal de democracia? Não. Portanto, as regras que foram criadas por um consenso mínimo de uma maioria, estariam concordes com o ideal de democracia.

Apesar dos argumentos expendidos em favor das regras, admite-se que há exceções para esse parâmetro. Há casos em que as regras, mesmo tendo natureza

constitucional, quando da sua incidência, tornam-se inconstitucionais. Nessas circunstâncias, admitir-se-á a ponderação de bens ou interesses que a regra tutela, podendo, até mesmo, não ser aplicada a regra. (BARROSO, 2008)

Inserir-se aqui um novo conceito: as regras, dentro de suas limitações, também podem ser ponderadas. Entretanto, elas serão ponderadas a partir de outros sub-parâmetros: a equidade e a imprevisão.

Assim, para Barcellos (2008), a equidade conduz a uma interpretação conforme a justiça do caso concreto, considerando os princípios constitucionais que, direta ou indiretamente, fundamentam a exigência de justiça. Enfim, o intérprete poderá empregar uma interpretação conforme a equidade da regra, respeitando o limite do texto e suas possibilidades, de modo a evitar a incidência iníqua.

Quanto à teoria da imprevisão, ela pressupõe dois elementos essenciais para sua incidência: a) a imprevisibilidade do evento futuro; e b) a alteração substancial que ele provoca no cenário que as partes tinham em mente quando pactuaram. O legislador, ao editar qualquer espécie de norma, o faz pensando de acordo com a realidade daquele momento. Entretanto, com o passar do tempo, a realidade se transmuta e a regra acaba por se tornar obsoleta.

Mesmo quando se considera o axioma da unidade da constituição, é inegável que determinadas normas constitucionais desempenham funções diferentes ou são dotadas de uma superioridade axiológica quando comparadas com outras. A própria Constituição de 1988 tomou como central a questão da dignidade da pessoa humana, e, decorrente desse princípio, os direitos fundamentais. Logo, nada mais lógico do que dizer que, entre conflitos de princípios constitucionais, deve haver preponderância dos direitos fundamentais ligados à dignidade humana sobre as demais normas.

4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O SINCRETISMO METODOLÓGICO

A hermenêutica constitucional pode ser definida como a ciência que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis no sentido de aflorar os espíritos das leis, *mens legis*, ao nortear não apenas o labor exegético, bem como os mecanismos de colmatação nos casos de lacunas normativas e os critérios idôneos para dirimir as antinomias jurídicas.

Interpretar o direito é fixar, revelar o verdadeiro sentido e alcance de uma disposição normativa em sintonia com as novas circunstâncias fáticas valorativas da seara social. O labor exegético tem o condão de assegurar um dos valores magistrais do direito que é espargir justiça. Revelar o sentido de uma norma jurídica é descobrir os valores consagrados pelo legislador, é fixar sua finalidade ou aquilo que se pretende tutelar. Fixar o alcance da regra jurídica é delimitar seu campo de incidência. A interpretação não se resume a explicar e a revelar o sentido dos textos, mas a construir novos sentidos. (BARROSO, 2008)

Esta construção de novos sentidos criados pelo intérprete deve obedecer aos preceitos e os ditames constitucionais como lei maior do país, de maneira que se evite conflitos legais de qualquer ordem. Como assevera Brega, não podemos nos esquecer que todas as leis devem se interpretadas de acordo com os princípios constitucionais, ou seja, para a interpretação de textos legais, devemos observar os princípios constitucionais. (BREGA FILHO, 2002, p. 44)

A disposição, preceito ou enunciado linguístico é o objeto da interpretação; a norma é o produto da interpretação. Assim, Brega Filho (2002) ensina que a concretização do texto constitucional é a principal característica da hermenêutica constitucional, daí a importância que sejam utilizados os conteúdos com enfoque constitucional, os quais incidem apenas no caso concreto, agindo o magistrado criativo, prudente e sensível, como legislador positivo, apto a interpretar a norma de acordo com a circunstância.

A dogmática hermenêutica “faz a lei falar”. Assim, antes que ocorra a incidência do direito na realidade, a hermenêutica traça controle de possíveis consequências no plano concreto (realidade) ao estudar e sistematizar a interpretação que deverá extrair do texto a norma e aplicar na realidade. Com isso, ela neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de

recursos e de benefícios escassos, tornando-os conflitos abstratos, definindo-os em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.

É por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisprudencial que as decisões do Tribunal Constitucional Federal concretizam as normas constitucionais. Os princípios que norteiam a exegese constitucional são: o da unidade da constituição; da conformidade funcional; da máxima efetividade; da concordância prática; o efeito integrador; o critério da força normativa da constituição; e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição - os quais serão posteriormente analisados. (BEZERRA, 2007)

Na visão de Van Holthe (2007), o desenvolvimento do direito por meio da concretização hermenêutico-jurisprudencial se consubstancia na concreção dos princípios constitucionais, essencialmente, o princípio do Estado de direito, porque desse derivam preceitos jurídicos como o da certeza jurídica e o da justiça no caso concreto, bem como a adequação da *lex mater* com a realidade fático-axiológica.

A eficácia constitucional depende da forma de se interpretar a Constituição. [...] Na interpretação do direito objetivo a hermenêutica, consciência norteadora da exegese fornece ao intérprete os métodos pelos quais ele chegara a uma interpretação justa. (BEZERRA, 2007, p. 138)

A interpretação conforme a constituição não é interpretação do texto constitucional, mas interpretação das leis conforme a Lei Maior, fundamental para a realização da tarefa jurídico-funcional porque está assentado no princípio da unidade da ordem jurídica, conformando não só as normas de exame de constitucionalidade, mas também as normas materiais. A interpretação conforme a constituição constitui, fundamentalmente, um mecanismo de controle, porque sua principal função é a de assegurar um razoável grau de constitucionalidade das normas no exercício de interpretação das leis. (BARROSO, 2008)

Esse mecanismo de controle e de interpretação determina que quando o aplicador de determinado texto legal se encontra frente às normas de caráter polissêmico ou, até plurissignificativo, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Por conseguinte, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional, por isso a afirmação de que serve de mecanismo de manutenção da eficácia das leis.

A forma de interpretação da Constituição mais difundida, no direito constitucional brasileiro atual, está ligada a uma divisão entre o arcaico e o moderno, segundo Silva (2005). O arcaico é a interpretação aos moldes dos cânones sistematizados por Savigny na metade do século XIX: interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática (BEZERRA, 2007; SILVA, 2005). Por outro lado, moderno é coordenar os métodos tradicionais, ou seja, falar de métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucionais.

Os princípios de interpretação constitucional que a doutrina brasileira adota com quase unanimidade são referidos por Konrad Hesse (1991) em seu manual de Direito Constitucional, a saber: unidade da constituição; concordância prática; conformidade funcional; efeito integrador; força normativa da constituição. Na literatura brasileira acrescentam-se dois outros princípios: o da máxima efetividade e o da interpretação conforme a constituição. (SILVA, 2005).

Há uma análise mais detida de cada um deles, dando ênfase ao que costuma ser considerado mais importante: a unidade da constituição. E em seguida, questiona-se se há como se falar, de forma genérica, em princípios de interpretação constitucional? (SILVA, 2005).

4.1 Unidade de constituição

A Constituição é o topo de todo o sistema jurídico, assim pressupõe unidade e harmonia, e por ser tido como um instrumento indivisível, torna-se estritamente relevante que sua leitura atenda a um sentido de unidade que a caracteriza.

Em se tratando de unidade da constituição, há dois sentidos: a) o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados, evitando-se, assim, contradições internas no seio da Constituição; b) inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Essas duas concepções são analisadas nos tópicos abaixo.

4.1.1 Ausência de hierarquia

Não há sequer um entendimento unânime quando se fala em unidade da constituição, mas normalmente empresta-se a esse princípio a ideia de que a constituição não deve ser interpretada de forma isolada e dispersa e sim integrada.

Outro sentido formulado por Barroso (2008) é o de que esse princípio indica que não há hierarquia entre as normas constitucionais. Quando se analisa as normas constitucionais pelo seu aspecto formal, não há hierarquia, pelo menos *a priori*, mas sim, observando-se mais a fundo, ver-se-á que há normas que estão protegidas contra emendas constitucionais, são as chamadas cláusulas pétreas. Assim, segundo Silva (2005), em se tratando de hierarquia entre as normas constitucionais, pode-se falar de hierarquia formal e hierarquia material.

Sobre a hierarquia formal, de acordo com o fundamento da hierarquização da supremacia constitucional, fica claro que no seio da Constituição há normas formalmente superiores a outras e por isso estão protegidas contra emendas constitucionais e a própria norma que disciplina o procedimento de emenda à Constituição. Por isso, entende-se porque as emendas constitucionais que pretendam alterar as cláusulas pétreas são inconstitucionais, enquanto que as emendas que alteram os artigos que não estejam entre essas cláusulas são permitidas. Se a unidade da constituição significa ausência de hierarquia, não é possível, então, que a referência seja à hierarquia formal. (SILVA, 2005)

Aceitar uma hierarquia formal no seio da Constituição não implica em aceitar a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais. Essa hierarquia somente tem consequências quando do processo de mudança constitucional, o que só autorizaria um juízo de inconstitucionalidade de normas constitucionais supervenientes e não entre as normas da Constituição "original". Essa ressalva não impede, todavia, que se fale em hierarquia formal no seio da Constituição. (SILVA, 2005)

Quanto à hierarquia material, Silva (2005) esclarece que, com relação a algumas normas, seria muito difícil, pelo menos em abstrato, chegar a uma conclusão sobre uma relação de maior ou menor importância. Contrariando a tese da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais, Klaus Stern pondera:

Isso [a unidade da constituição] poderia dar a impressão de que todas as normas constitucionais estejam, com relação a grau hierárquico, tipo e importância, no mesmo nível. É certo que a Lei Fundamental rompeu com a distinção, típica da Constituição de Weimar, entre proposições programáticas e normas vinculantes. Mas, mesmo que todas as normas da constituição atual sejam normas vinculantes, não são elas, todavia, do mesmo tipo, nem estão no mesmo nível hierárquico. (STERN, apud SILVA, 2005, p. 124-215)

Além disso, se não houvesse diferença de importância entre as normas constitucionais, não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa: se uma norma prevalece sobre outra, só pode ser porque ela foi considerada mais importante, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, aqueles que sustentam a não existência de hierarquia material entre as normas constitucionais acabam por incorrer na rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e na consequente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos. (SILVA, 2005)

4.1.2 Proibição de interpretação isolada

A ordem jurídica tem como eixo central a Constituição a partir da qual todo o ordenamento é construído. Assim, a interpretação da Constituição deve ser feita de modo unânime, observando todos os princípios existentes, sem que haja interpretação por partes, de forma que deve o intérprete constitucional garantir a harmonização das normas constitucionais.

Aproveitando a definição de unidade de constituição dada por Canotilho, é perceptível a extensão da proibição da interpretação isolada.

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições [...] entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'fator hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (CANOTILHO, 2003, p. 1223-1224)

Essa definição é suficiente, ficando claro que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita considerando o todo constitucional e não dispositivos isolados. O princípio da unidade da constituição, apesar de pretender ser uma superação dos chamados cânones clássicos da interpretação jurídica, não se diferencia daquilo que há pelo menos um século e meio vem se chamando de interpretação sistemática. Mas isso não o invalida como ideia importante para a

interpretação constitucional, porém acaba com a sua pretensão de exclusividade, sendo assim uma reafirmação de um dos cânones clássicos de interpretação, o que, ao mesmo tempo, confirma que ele também vale no âmbito constitucional. (SILVA, 2005)

4.2 Concordância prática

A interpretação de normas constitucionais deve ser feita simultaneamente, sem haver hierarquias entre as normas, devendo-se criar mecanismos no sentido de harmonizar as normas e produzir a concordância prática com a Constituição.

De acordo com a concordância prática, na solução de conflitos, num caso concreto haverá prevalência de uma norma sobre a outra, sem caráter permanente, de forma que se busca solucionar o conflito, interpretando de acordo com a concordância prática. O princípio da concordância prática está intimamente ligado ao princípio da unidade da constituição, assumindo especial relevo ao domínio da colisão dos direitos fundamentais (MACHADO & COSTA, 2011, p. 64).

Segundo Silva (2005), a ideia de concordância prática está estritamente ligada à ideia de proporcionalidade porque exige que na solução de problemas constitucionais sejam acomodados os direitos fundamentais de forma que todos possam ter uma eficácia ótima. Mas há algumas diferenças: primeiramente, ainda que os efeitos almejados sejam os mesmos - a acomodação de direitos fundamentais colidentes com a menor perda de eficácia possível - na ideia de concordância prática não há uma estrutura previamente definida para alcançar esses fins, ao contrário da regra da proporcionalidade, que, com suas três sub-regras, oferece uma forma racional e estruturada para a solução de colisões de direitos fundamentais; e a diferença marcante é a exigibilidade de sopesamento, sendo que Hesse, de acordo com Silva (2005), deixa claro que concordância prática não implica em sopesamento de bens ou de valores.

4.3 Conformidade funcional

Na lição de Canotilho (2003), a Constituição é a garantia considerada como lei fundamental. Juridicamente, porém, a Constituição deve ser entendida como a lei

fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à: estruturação do Estado; formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar; e, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas legislativas ou administrativas.

Entende-se que na Constituição encontra-se a própria estruturação do Estado e a organização de seus órgãos, além de nela estarem previstos os princípios estruturantes, entendidos como direitos, garantias fundamentais e deveres. Esses princípios são essencialmente dogmáticos, orientam e disciplinam a conduta dos governantes e dos particulares. A eles se subordinam necessariamente as leis e os atos de governo. Assim, ao interpretar a constituição, deve-se observar a estrutura de organização constitucional traçada pelo poder constituinte, não podendo de modo nenhum subvertê-lo, sendo extremamente importante demonstrar obediência ao esquema de organização constitucional.

Os topos da conformidade funcional, como a estrita obediência à repartição de funções constitucionalmente estabelecida, têm origem como um argumento funcional contra o chamado ativismo judicial e os debates político-jurídicos. Diante dos limites jurídico-funcionais, ou seja, perante a dificuldade em se separar, no campo constitucional, o que é exclusivamente político do que é exclusivamente jurídico, pode-se utilizar a metáfora da constituição-moldura que apenas define limites à atividade legislativa. Segundo essa teoria, ao Tribunal Constitucional cabe uma tarefa meramente negativa - controlar se o legislador respeita os limites da atividade legislativa - ficando ao campo da política a tarefa de controlar a forma como o legislador preenche o interior da moldura. (SILVA, 2005)

Machado & Costa (2011, p. 65) assevera que:

A interpretação constitucional deve assegurar o regular funcionamento dos órgãos constitucionais, estruturado de forma a favorecer a realização de importantes finalidades de natureza econômica, social e cultural, respeitando o esquema constitucional de repartição de competências e funções e atendendo à necessidade de aumentar a eficácia e a eficiência da atividade governativa.

No Brasil, o STF segue à risca essa ideia de conformidade funcional, que, aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação de poderes, serve para justificar a omissão do tribunal em casos de grande relevância política. Serve também para rejeitar instrumentos como o mandado de injunção, permitindo que

STF atue somente como legislador negativo (controlar se o legislador respeita os limites da atividade legislativa) e não positivo (criando leis). Essa dinâmica não se coaduna como um instrumento moderno de interpretação, já que remonta aos tempos da Revolução Francesa, entendendo-se estanques e separados os poderes, frente à contemporaneidade de um poder legislativo inerte de hoje. (SILVA, 2005)

4.4 Efeito integrador

Segundo Barroso (2008) e Silva (2005), o critério do efeito integrador exige a resolução de problemas jurídico-constitucionais sob pontos de vista que favoreçam e mantenham a unidade político-constitucional. Para Silva (2005), como a aplicação desse critério, segundo Hessel, está limitada a pontos de vista que não são estranhos à própria Constituição o critério é apenas uma aplicação do princípio da unidade da constituição, e, portanto, da interpretação sistemática, em conjunto com a ideia de força sistemática da Constituição de “dar efetividade ótima” (força normativa) à unidade político-constitucional (unidade da constituição).

Esse critério, quando relacionado ao princípio da unidade da constituição, permite que o intérprete busque maior integração política e social. E, quando registrados conflitos entre normas, esse intérprete deve aplicar critérios que favoreçam as normas que promovem essa integração.

Este princípio aponta para a necessidade de, na interpretação se adotar o sentido, dentre os vários possíveis que contribua na maior medida para a integração política e social. [...] pretende-se evitar ou atenuar a conflitualidade que possa existir entre diferentes forças política e social, decorrentes e controvérsias interpretativas em matérias jurídico-constitucionais (MACHADO & COSTA, 2011, p 65).

4.5 Máxima efetividade

A ideia de máxima efetividade, segundo Silva (2005), é uma construção da obra de Canotilho que esteve ligada, na origem, às normas constitucionais programáticas, mas que é hoje um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

A Constituição é o ápice do sistema jurídico, sendo assim, o intérprete das normas constitucionais deve garantir a maior eficácia aos valores sociais contidos na

Constituição, buscando a concretização na máxima extensão possível, privilegiando as interpretações que permitam a realização da Constituição.

Para Silva (2005), a ideia de máxima efetividade está contida na ideia de força normativa da constituição, com sentido de ideia regulativa, isto é, que aponta para uma determinada direção a ser seguida, mesmo que o máximo nem sempre seja alcançável. Assim, Silva (2005) aconselha que se fale em “efetividade ótima”, pois já inclui a possibilidade do conflito entre normas e a real ideia guia para a sua solução, ou seja, a otimização.

4.6 Força normativa da constituição

O intérprete constitucional deve evidenciar esforços de maneira a evitar que se façam inúmeras reformas constitucionais, resguardando o máximo possível o texto constitucional, promovendo assim a longevidade e a duração da Constituição.

De acordo com Brega Filho (2002), através dos princípios há uma gama de cadeias de interpretação, de modo que o intérprete possa resguardar o máximo possível a vontade da Constituição, promovendo a concretização constitucional, afastando cada vez mais as possibilidades de alteração.

Como força normativa da constituição, entende-se que “na solução de problemas jurídico-constitucionais deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que [...] levem as normas constitucionais a ter uma efetividade ótima” (HESSE, apud SILVA, 2005, p. 132). Essa definição parece um resumo sobre o que fora dito sobre concordância prática e máxima efetividade, exceto por uma diferença significativa e contraditória:

[...] a preferência por uma "eficácia ótima" em vez de uma "eficácia máxima". *Significativa* porque mais correta e compatível com a ideia de colisão entre direitos fundamentais. E *contraditória* pelo mesmo motivo, pois se o conceito de efetividade ótima é compatível com a ideia de colisão de direitos, é, ao mesmo tempo, incompatível com uma das interpretações que se faz da ideia de unidade da constituição, caso a colisão de direitos seja solucionada dando preferência a um dos direitos em detrimento de outros (SILVA, 2005, p. 132).

4.7 Interpretação conforme a constituição

Quando se fala em interpretação conforme a constituição não se está falando de interpretação constitucional, porque não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas sim as leis infraconstitucionais. Assim, o critério de interpretação conforme a constituição tem significado para a interpretação das leis, não para a interpretação constitucional. (SILVA, 2005).

Devido à admissão de distintas interpretações em uma norma, o aplicador do direito, no ato do processo interpretativo, deve observar e resguardar os preceitos constitucionais, e manter no sistema jurídico as interpretações das normas que se demonstram compatíveis com a Constituição. Após se esgotarem a aplicação de todos os mecanismos de interpretação, cabe ao judiciário a declaração de inconstitucionalidades de interpretações de normas que não se coadunam com os ditames constitucionais. É verificado um grande cuidado no ato do aplicador do direito na preservação da vontade da Constituição, de modo a não contrariá-la, e a decisão de declaração de inconstitucionalidade seria o último recurso, não restando dúvidas acerca da sua incompatibilidade com a Constituição. Logo, o intérprete deve garantir a harmonia do ordenamento jurídico em um todo: “a aplicação deste método [...] parte-se na presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada conforme a constituição” (BONAVIDES, 2013, p. 534).

4.8 Métodos de interpretação e sincretismo metodológico

Silva (2005) aponta que, se nos princípios de interpretação constitucional o problema é a falta de diferenciação em relação aos cânones tradicionais da interpretação jurídica, no caso dos métodos o problema é o chamado sincretismo metodológico: a ideia de que esses métodos são complementares entre si, com os princípios de interpretação acima analisados e com outras práticas de interpretação constitucional.

Difícilmente há quem opte por este ou aquele método, sendo que, na maioria das vezes, eles são apresentados como complementares, sendo frequente falar-se em conjunto de métodos. E o problema do sincretismo se agrava porque comumente

a discussão dos métodos costuma ser feita em conjunto com a discussão sobre os princípios acima analisados. (SILVA, 20005)

A lista desenvolvida por Böckenförde propagou uma série de métodos, porém, a intenção dele era fazer uma síntese do estágio de discussão na época da publicação de seu artigo Métodos de Interpretação Constitucional: Inventário e Crítica (1976) e não propor um conjunto de métodos complementares. Böckenförde analisa os seguintes métodos de interpretação constitucional: método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método científico-realista e método hermenêutico-concretizador. Como aconteceu com a lista de Hesse, a lista de métodos de Böckenförde foi muito divulgada no Brasil, onde se fala em método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual e método normativo-estruturante. A esses costumam ser acrescidas as teses de Häberle sobre a chamada “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, baseada na distinção entre princípios e regras. (SILVA, 2005)

O sincretismo metodológico, característico do atual estágio de discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional, uma vez que os trabalhos de métodos e princípios de interpretação constitucional não costumam trazer exemplos concretos de sua aplicação prática, sendo apenas resumidamente explicados, muitas vezes com base apenas na obra de Canotilho, sem que se conclua algo sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e a compatibilidade entre eles. Isso é obviamente insuficiente, pois os métodos não são um fim em si mesmos. Talvez não se encontre análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método, ou não são utilizados exemplos concretos da jurisprudência do STF ou de outros tribunais porque tal demonstração seja impossível. (SILVA, 2005)

4.9 Delimitação ou sopesamento?

Para Silva (2005), a ideia de sincretismo metodológico traz à tona o questionamento sobre a utilização conjunta - ou a ideia de que essa possibilidade existe - da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais. Como exemplo de teoria que defende o sopesamento, o autor utiliza a teoria dos direitos fundamentais de Alexy.

As teorias de Müller e Alexy são incompatíveis devido à base teórico-normativa de cada uma das teorias. Segundo Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de sugestionamentos linguísticos, pré-compreensões mal-esclarecidas e envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos, cujo resultado não passa de mera suposição. (SILVA, 2005)

Para Silva (2005), é necessário sopesar direitos porque muitos deles entram em colisão. Essa colisão entre direitos existe porque muitas vezes o “dever ser” expresso por um princípio é incompatível com o “dever ser” expresso por outro, e o motivo dessa incompatibilidade está na amplitude do conteúdo desse dever ser.

Silva (2005) acredita que uma das principais características da teoria estruturante de Müller, pelo menos no que diz respeito à extensão do dever ser de cada direito fundamental, é a ideia de que:

[...] a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só são possíveis por intermédio de uma concretização da norma jurídica após *árdua* análise e *delimitação* do âmbito de cada norma. Depois dessa *árdua* tarefa, não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão, não há razão para sopesamento. A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão o seu âmbito normativo (...). O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito. (SILVA, 2005, p. 137-138)

Por outro lado, a ideia subjacente de Robert Alexy à teoria dos direitos fundamentais origina-se de premissa bastante diversa. Ele defende que os direitos fundamentais têm suporte fático amplo, ou seja, cada característica isoladamente considerada pode ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental, e deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis. Ou seja, a limitação de um direito fundamental só poderá ocorrer após um sopesamento de argumentos e contra-argumentos com base nas variáveis de cada caso concreto. (SILVA, 2005)

Assim, Silva (2005) mostra que as teorias de Müller e Alexy partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivo de cada direito fundamental.

Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e

métodos de sua teoria estruturante e, principalmente sem a necessidade de sopesamento, enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento (SILVA, 2005, p. 139).

Silva (2005) diz que no Brasil, contudo, ambas as teorias são defendidas como se fossem compatíveis entre si e como se fossem compatíveis com todos os outros métodos e princípios mencionados. Para ele, esse apego a uma lista de métodos e princípios de interpretação constitucional, de caráter meramente formal, é impossível de ser colocada em prática conjuntamente, mas apenas serve para emperrar qualquer possibilidade de discussão real sobre o assunto e a elaboração de métodos ou critérios que sejam adequados e realmente aplicáveis à interpretação constitucional em geral, e à Constituição Brasileira em particular.

5 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Estado, desde sua formação, subtraiu de cada cidadão uma parcela de sua individualidade para ser o fiel gestor dos interesses coletivos, na melhor ortodoxia da teoria contratualista. Nas concepções de Hobbes (2004), o indivíduo que tem direito aos fins deve, por lógica, ter direito aos meios. Partindo desse princípio é que o Estado não pode se furtar de dar uma resposta aos litígios, com a consequente paz social.

Nesse sentido é que Hans Kelsen (2002) trabalha a teoria das normas em forma de hierarquia, mas não admitia os “princípios” no ordenamento jurídico, e usava a teoria da hierarquia de normas para preencher as lacunas. No entanto, no caso concreto em que não se pode invocar hierarquia de lei, v.g. princípios constitucionais, por vezes, vê-se uma colisão de normas da mesma espécie, eis o nó górdio do nosso estudo, qual seja: a colisão de princípios, que em última análise é a *mens legis* (alma da lei), que deve ser analisada à luz da teoria da proporcionalidade, que, em sentido estrito, é chamada de ponderação de bens.

Conforme elucida Bonfim (2008, p. 34):

[...] alguns entendem que o Princípio da Proporcionalidade está insito ao Estado Democrático de Direito, no Art. 1º. Outros no Art. 1º, Inc. III, quando se fala da dignidade humana. O fato é que o Estado na restrição dos direitos fundamentais, toda vez que o Estado suprime a liberdade de alguém, aplicando o processo penal, toda vez que o Estado arresta ou sequestra o bem de um acusado, toda vez que o Estado decreta uma prisão preventiva, ele está restringindo direitos fundamentais entra o Princípio da Proporcionalidade naquilo que foi estudado classicamente como princípio da proibição de excesso [...].

Pode-se entender o princípio da proporcionalidade como um instrumento utilizado para a aplicação dos princípios e obtenção da essência de possibilidade de raciocínio dos princípios. Humberto Ávila (2005) o conceitua como um postulado de grande importância no direito brasileiro e atribui seu surgimento como proveniente da palavra proporção. Assim, sem previsão constitucional, é entendido como um princípio implícito. Já Alexy (2011) adotou o termo “máxima” para se referir à proporcionalidade com o mesmo sentido de meta-normas que são empregues com intuito de formar um raciocínio, ou gerar argumentação de outras normas. Quanto à sua aplicabilidade, Ávila (2005) demonstra que o princípio não se confunde com a ideia de proporção e que:

Ele se aplica a apenas as situações em que há uma relação de um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito (ÁVILA, 2005, p. 112-113).

Algumas críticas são levantadas sobre a elevada aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação:

[...] para melhor explicação, onde o referido autor diz que uso desenfreado destas técnicas levaria a insegurança jurídica, valorizar o paradigma da ponderação em detrimento da subsunção não só conduziria ao anti escalonamento da ordem jurídica e aniquilaria com as regras e com o exercício regular do princípio democrático [...] levaria a um subjetivismo e com isso a eliminação do caráter hetero legitimador do direito (NEVES, 2014, p. 177. apud ÁVILA, 2009).

Entende-se que a falta de critérios práticos e objetivos para aplicação de tais técnicas levaria à condução de resultados que acarretarão incerteza e arbitrariedades, e, conseqüentemente, a um subjetivismo por privilegiar a justiça particular em detrimento da justiça geral.

Neves (2014) atribui ao aplicador do direito a identificação e o exame da ponderação (se possui efeitos negativos para os princípios constitucionais). E adianta que é através de procedimentos que se deve buscar mecanismos adequados para resolução do caso concreto, sendo que tal resultado deve ser adequado e justificado com racionalidade, a fim de se legitimar a decisão.

Para se entender a teoria dos princípios, Alexy (2011) diferencia regras e princípios: enquanto os últimos têm caráter de otimização, os primeiros se configuram em mandamentos definitivos. Isso quer dizer que enquanto nos princípios existe uma elasticidade em sua aplicação com vistas à otimização, as regras são rígidas (ou são cumpridas ou descumpridas).

Em que pese a solução para a colisão de princípios e o conflito de regras serem diversos, o valor da distinção teórico-estrutural entre regras e princípios está na aplicabilidade, de sorte que na colisão de princípios e nos conflitos de regras, torna-se clara qual norma deve prevalecer, cuja aplicação de cada norma isoladamente resulta em uma antinomia, razão pela qual devem ser analisadas em conjunto. (BEZERRA, 2007)

Há um comando normativo oriundo de uma regra, seu caráter definitivo- que é explicitado por uma forma característica de subsunção- implica uma questão de tudo ou nada. Os princípios, por serem mandatos de otimização, não seguiriam esse raciocínio: deveriam ser ponderados e preferidos uns perante outros, não se tratando de obrigações definitivas, pois não haveria uma determinação do campo jurídico. Aqui as subsunções não funcionariam: deixam lugar para a pesagem dos princípios mediante sua preferência e aplicação perante o caso concreto. São mandatos que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível perante a situação fática presente e em consideração a possíveis outras normas que com o princípio colidam. Assim, são passíveis diferentes graus de aplicação. (ALEXY, 2011, apud CHAMON JUNIOR, 2004, p. 105)

Contudo, nos ensinamentos do citado doutrinador Alexy (2011), os princípios, mormente os constitucionais, não são regidos por hierarquia, o que significa dizer que em determinadas situações eles poderão sobrepor-se a outros princípios, em razão do caso concreto, inobstante a mesma paridade posta pela Constituição. Para solução de colisão principiológica, Alexy (2011) elabora uma fórmula lógica para a resolução da colisão, chamada de lei de colisão. É *mister* destacar a importância dessa lei, visto que demonstra que é o resultado da ponderação que justifica a decisão. Assim, é verificado que em determinadas condições há um suporte fático que estabelece uma precedência de um princípio em detrimento de outro. Então, quando se está presente em uma colisão de princípios, deve-se analisar qual possui maior peso, de forma que um princípio torna-se preponderante sobre o outro, implicando em uma consequência certa advinda de dentro do suporte fático específico.

Assim sendo, esse exercício de lógica onde um determinado princípio deve prevalecer sobre outro em determinada circunstância é o que se chama de método de ponderação de bens. Por consequência, resta, claro, as duas vertentes da teoria dos princípios do multifacetado mestre Robert Alexy, que consistem na lei de colisão e na ponderação de bens.

De outro giro, necessário se faz a observância dos critérios para se aplicar a relação de precedência dentre os princípios, que devem levar em conta a relevância do bem a ser tutelado, dependendo, como já dito alhures, do caso concreto, observadas “[...] as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 2011), sob os cuidados da estrutura de ponderação.

A estrutura de ponderação deve obedecer a três regras, cuja relação entre o meio e o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequado,

necessário e proporcional. Pela regra de adequação tem-se que o meio deve ser idôneo para se atingir o objetivo perseguido pela norma. Se o meio é útil e também apropriado, caso a resposta para essas indagações sejam positivas, passa-se para o segundo critério, ou seja, o princípio da necessidade. Pelo princípio da necessidade, ou da exigibilidade, ou indispensabilidade, deve-se observar se este é o meio menos invasivo em detrimento dos direitos fundamentais colimados. O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, determina que “os meios elegidos devam manter-se em uma relação razoável com o resultado perseguido” (STEINMETZ, 2004, p. 213), ou seja, “quanto maior é o grau da não-satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do outro” (ALEXY, 2011, p. 167).

Para Chamon Júnior (2004), esse é o raciocínio da chamada lei de ponderação, segundo a qual, quanto maior for o grau da não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do princípio oposto.

Alexy (2011) busca uma fundamentação racional para alcançar essas noções de preferibilidade, e as razões para justificar essa hierarquização de princípios perante o caso concreto. Segundo o autor, é fundamental a demonstração de todas as razões que levaram para a tomada da decisão, de modo que se preserve a segurança e a estabilidade jurídica institucional. Bastante pertinente mencionar o posicionamento de Heck (2016, p. 121):

O meio oferecido pelo modelo dos princípios, utilizado para a solução de colisão de princípios é, ao contrário, adequado para resolução de colisões de direitos fundamentais. Este meio consiste na ponderação. Primeiro, porque a validade é conferida como qualidade a todos os direitos fundamentais; segundo, porque no caso concreto não é esta qualidade o critério de solução, mas sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e, terceiro, o modelo dos princípios permite, ainda, a produção da concordância prática. A tarefa dela é coordenar proporcionalmente direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais. Trata-se, com ela, de deixar chegar tanto o direito fundamental como o bem jurídico limitador à eficácia ótima, ou seja, uma determinação proporcional que não deve ser realizada em uma forma que prive uma garantia de direito fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade.

Resta, por derradeiro, a demonstração da última das vertentes dos métodos de resolução de conflitos através dos princípios, que, apesar de não seguirem uma hierarquia, devem seguir uma pseudo-ordem, qual seja: precedência *prima facie*,

que precisa observar à primeira vista qual dos direitos em colisão deve ser primeiramente resguardado, ainda que ao fim da ponderação seja invertida a lógica da superioridade da regra ou princípio, no caso concreto. (HOLTHE, 2007)

6 ESTUDO DE CASO: APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE VALORES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A fim de verificar como a técnica ponderação de valores vem sendo aplicada no Brasil, escolheu-se o caso da cantora mexicana Glória Treviño Ruiz (Recl 2040):

Recl 2040 Glória Trévi - Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. Este caso tomou contornos excepcionais pela divulgação na mídia de um suposto “estupro carcerário” sofrido pela autora da ação, o que propiciou sua gravidez. Os meios de comunicação de todo o país denunciaram o fato como algo gravíssimo, “demonizando” as instituições brasileiras, condenando a Polícia Federal de ter como funcionários públicos pessoas que são capazes de cometer um crime hediondo como o estupro. No entanto, a vítima não representou o crime, não podendo o Estado promover ação penal contra eventuais agressores da extraditanda. Ainda assim, caberia ao Estado aplicar sanções disciplinares ao agressor por ter mantido relações sexuais com uma presidiária. Porém, a autora da ação se nega a realizar o exame, alegando ferir sua intimidade. A extraditanda utiliza os precedentes citados a seu favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2002)

No ano de 2002, o Supremo Tribunal Federal (STF) avaliou uma reclamação em face de uma sentença proferida pelo magistrado da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A placenta coletada seria submetida a um exame de DNA (Ácido Desoxirribonucléico) por meio do qual seriam alcançadas informações que consubstanciariam um inquérito policial que buscava evidências referentes à gestação da artista, uma vez que essa foi iniciada no mencionado cárcere. Glória Treviño alegou que os servidores do citado órgão público tinham-na violentado e como consequência desse ato, a gravidez ocorreu.

No mérito da decisão, o STF concedeu permissão para que o exame de DNA fosse realizado ao asseverar, de forma expressa, que o Tribunal havia realizado uma ponderação de valores constitucionais em conflito, a saber: o direito à intimidade e à vida da cantora, contra o direito à honra e à imagem dos policiais e da própria Polícia Federal.

Assim, nota-se que diante de um embate envolvendo princípios constitucionais é imprescindível que uma ampla discussão e análise acerca dos valores intrínsecos desses mesmos princípios sejam realizadas mediante a

hermenêutica constitucional e dos próprios procedimentos técnicos interpretativos. Por meio dessa avaliação na qual ressalta-se que as forças desses princípios não são reduzidas pelo intérprete, avalia-se as inúmeras adaptáveis circunstâncias no caso *sub judice*, a fim de encontrar a melhor e mais justa possibilidade de flexibilização principiológica. Dessa forma, depois de tomada a decisão, a força normativa de ambos os princípios permanece intocável.

O caso eleito para análise é interessante não somente por causa do dilema entre direitos, mas também pelo fato da mídia e da sociedade exigirem esclarecimentos dos fatos denunciados pela cantora, uma vez que foram questionadas a integridade e a honra da Polícia Federal e da Justiça brasileira.

Lane (2006), ao desenvolver um estudo acerca do entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais, menciona os argumentos utilizados em prol e em face da cantora Glória Treviño Ruiz. Assim, os argumentos utilizados em prol da extraditanda apontados por Lane (2006) foram:

- a) a artista desfruta, enquanto pessoa humana e mãe, do direito exclusivo de permitir ou não a realização do exame do seu material genético;
- b) a coleta do seu próprio material genético, sem seu consentimento, seria uma forte intromissão na sua intimidade e vida privada, direitos tutelados pela Constituição;
- c) os precedentes jurisprudenciais (HC 76060 E HC 71373) sagram que em casos de exame de DNA, sem a anuência da pessoa, deve prevalecer o direito à intimidade.

Já os argumentos utilizados em face da extraditanda, segundo Lane (2006), foram:

- a) o exame de DNA é a única forma de esclarecer as circunstâncias da gravidez de Glória Trévi e com isso verificar as possíveis responsabilidades administrativas e penais dos servidores públicos;
- b) os policiais federais que estavam de plantão e na custódia da cantora comprometeram-se, de forma espontânea, a dispor dos seus respectivos materiais genéticos para o exame;

- c) a mídia difundiu o caso em âmbito nacional ao questionar instituições como a Polícia Federal, a Justiça e o Governo Brasileiro para os esclarecimentos do ocorrido;
- d) existe o interesse de outro país, México, uma vez que relações internacionais entre os países foram ativadas para a resolução deste problema;
- e) cinquenta policiais e onze detentos estão envolvidos no caso tendo interesse na busca da verdade real em favor da defesa da honra e dignidade;
- f) apenas por meio da descoberta da real paternidade da criança, os demais envolvidos (e acusados) poderão se libertar do grave encargo moral que de forma injusta recaiu sobre seus nomes, já que existiriam consequências funestas nas perspectivas pessoal, familiar, profissional e social. Além disso, o direito à intimidade da extraditanda é numérico e substancialmente inferior ao dos 61 injustiçados e da criança, acerca de sua paternidade;
- g) existe convergência entre os direitos do nascituro (a sua determinação genética) com os sessenta e um homens; b) não existe qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, uma vez que ela é considerada lixo biológico.

A partir do exposto, cabe ressaltar que diante do maior número de argumentos contra a extraditanda, a concessão para a realização do exame de DNA foi quase unânime, uma vez que os ministros do STF, exceto o ministro Marco Aurélio, cujo voto foi vencido, deferiram o pedido para a realização da análise genética em face da preservação da intimidade da cantora mexicana e em benefício da honra da Polícia Federal, vista como instituição.

Embora Néri da Silveira entenda que não obstante o Tribunal reconheça que o direito ao conhecimento da paternidade é um direito fundamental, ressalva-se que existem precedentes do STF nos quais foram constatados que quando este direito estiver em conflito com outro também constitucional não se deve prestigiar àquele.

Néri da Silveira, na decisão em análise, afirmou que:

É importante enfatizar que, se o Juízo decidir pela realização do exame no molde requerido pela Polícia Federal e aqui representado, não estará abrindo mão da Jurisprudência do Supremo, já precocemente consagradas pela consistência dos precedentes (HC 71373 e HC 76060). (BRASIL, 2002)

Posteriormente, o relator apresentou o que foi decidido nesses precedentes ao frisar que o caso em análise não se referia à investigação de paternidade nem à submissão do pai ao exame de DNA sem o seu consentimento. Afirmou também que a intimidade da mãe não será invadida em decorrência da realização do exame de DNA, visto que a placenta é lixo biológico e contém material genético satisfatório para a efetivação da análise genética cuja coleta ocorreu sem qualquer violação corporal, já que sequer existiu a inserção de instrumento médico.

É de meridiana e solar relevância demonstrar a preocupação do ministro relator Nery da Silveira em desenvolver um procedimento racional e sistêmico no que cerne à aplicação da técnica de ponderação de valores no caso analisado. Assim, ele mencionou que diante da inviabilidade no caso em análise da contemporização do direito fundamental da intimidade com os valores jurídicos constitucionais em contraste, por meio da aplicação do princípio da concordância prática responsável pela proibição do sacrifício de um direito em detrimento do outro, é imprescindível que se realize, como método de resolução de conflitos, a ponderação de bens, através de um juízo de razoabilidade entre os valores constitucionais que se encontram neste dilema ao desenvolver um balanceamento a fim de verificar qual dos princípios terá o maior peso para que uma decisão justa seja proferida. Deve-se, portanto, de forma imperativa, restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos mencionados direitos de modo a assegurar a efetivação da justiça. (BRASIL, 2002)

Iniciada a aplicação da ponderação entre o direito fundamental de intimidade da cantora extraditanda e o interesse do Estado em dar continuidade às averiguações fáticas e ao proteger os valores constitucionais da moralidade administrativa e da segurança pública, o Tribunal inicialmente se pronunciou em consonância com o supramencionado acórdão anterior, ao reconhecer a violação da intimidade de Glória Treviño pelo uso de sua placenta para a realização do exame.

Porém, em seguida, ao ponderar o direito à intimidade de cantora que, de forma caprichosa, recusou submeter sua placenta para análise genética da paternidade da criança, com os bens jurídicos constitucionais envolvidos no problema (a moralidade administrativa e da segurança pública), prevaleceu-se estes valores em detrimento do direito à intimidade de Glória Treviño.

Viu-se, assim, que a ponderação, nesse caso, obedeceu aos procedimentos técnicos, uma vez que a relação entre o meio e o fim que se pretendeu alcançar e o meio utilizado foi adequado, necessário e proporcional.

Analisou-se, portanto, teoricamente, em um caso específico, a técnica de “ponderação de valores” através dos instrumentos da análise da necessidade, adequação e proporcionalidade, ao determinar a prevalência casuística entre princípios de mesma natureza axiológica, em busca da aplicação da justiça ao caso concreto, sendo cada dia mais essencial para que o Estado Democrático de Direito seja atingido.

CONCLUSÃO

A aplicação imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas é um tema atual e instigante, que não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, ensejando inúmeras controvérsias. Como tratado neste estudo, no atual momento histórico, a constitucionalização de todo o Direito é um fenômeno que torna imprescindível que as relações jurídicas privadas mostrem-se coerentes com os valores constitucionais. Assim, essencial se demonstra a adequada compreensão e o domínio da técnica da ponderação de interesses, como mecanismo de solução dos cada vez mais numerosos casos de conflito entre princípios constitucionais, que decorrem exatamente da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Assim, tendo sido sucintamente exposta a definição da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, classificação e caracterização e, em especial, da vinculação dos particulares a essas normas, pode-se trazer à tona, a título de conclusão que, apesar de toda polêmica doutrinária, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a incidência das normas fundamentais nas relações privadas. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser aplicada de forma tanto mais intensa quanto maior for a situação de desigualdade entre o indivíduo que tem seu direito fundamental violado e o ente privado agente desta violação.

Portanto, cabe ao Estado não só respeitar, mas, ainda, assegurar a observância do regular cumprimento das normas de direitos fundamentais por todos aqueles potencialmente capazes de violar tais direitos, uma vez que, nos dias atuais, não só o Estado, mas também tais entidades podem igualmente, como detentores do poder social, violar a esfera de liberdade dos indivíduos.

Os princípios constitucionais correspondem aos elementos axiológicos fundamentais ou até mesmo construtores de todo ordenamento jurídico constitucional. Nota-se que comumente, diante da complexidade vivenciada pela sociedade, surgem conflitos entre os princípios, em especial sobre os constitucionais. Daí a importância da hermenêutica constitucional - fulcrada em inúmeros princípios específicos explanados no bojo da presente pesquisa - conceituada como a ciência que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis no sentido de aflorar os espíritos das leis, "*mens legis*", ao

nortear não apenas o labor exegético, mas também os critérios idôneos para dirimir as antinomias jurídicas e principiológicas.

Nesse contexto, analisou-se teoricamente em um caso específico a técnica de ponderação de valores através dos instrumentos da análise da necessidade, adequação e proporcionalidade, ao determinar a prevalência casuística entre princípios de mesma natureza axiológica, em busca da aplicação da justiça ao caso concreto, sendo cada dia mais essencial para que o Estado Democrático de Direito seja atingido.

Viu-se, assim, que a aplicação ponderação no caso estudado obedeceu aos procedimentos técnicos uma vez que a relação entre o meio e o fim que se pretendeu alcançar e o meio utilizado foi adequado, necessário e proporcional.

Diante de todo o exposto, pôde-se corroborar a hipótese levantada na parte introdutória do presente estudo científico: concluindo uma decisão como justa, é imprescindível que o juiz faça uma argumentação na decisão com critérios lógicos e racionais, demonstrando o peso atribuído aos elementos conflitantes. Isso se faz necessário porque frente a um conflito envolvendo princípios constitucionais, é essencial conhecer qual vai se sobrepor ao outro. E ao utilizar a ponderação de valores mediante a verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade, é imprescindível o conhecimento da hermenêutica constitucional através da qual se cria uma base cognitiva sobre a qual decisões justas são proferidas.

Dessa forma, não se buscou com o desenvolvimento desse trabalho científico esgotar as discussões acerca do tema que, diante da sua contemporaneidade e complexidade, merece uma relevante atenção e estudos posteriores. Mas espera-se que este estudo sirva como fonte de inspiração e ponto de partida para a produção acadêmica de novas pesquisas que também tenham como objetivo contribuir com a ciência jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, A. P. de. **Ponderação Racionalidade e Atividade Judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BEZERRA, P. C. S. **Lições de teoria constitucional e de direito constitucional**. Edição 1, 2007.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 28. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONFIM, E. M. **O moderno processo penal constitucional**. [S.l.: s.n.] 2008. Disponível em: <[http://videos.tvjustica.jus.br/Aula Magna/Prof. Mougenot STF/aulamagna_BE3744_EDILSON_BONFIM_P2.wmv](http://videos.tvjustica.jus.br/Aula%20Magna/Prof.%20Mougenot%20STF/aulamagna_BE3744_EDILSON_BONFIM_P2.wmv)>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recl 2040**. Glória Trévi- Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso: 04 mai. 2016.

BREGA FILHO, V. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. **Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 12 reimp. Ed Almedina, Coimbra, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Interpretação como o ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseana da interpretação autêntica, In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

CHAMON JUNIOR, L. A. Tertium no datur: pretensões de uma coercibilidade e validade em face de uma nova teoria da argumentação jurídica no marco do estado

democrático de direito In: CATTONI DE OLIVEIRA M. A, **Jurisdição e hermenêutica constitucional do estado democrático. Coordenação**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivim, 2009.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins. Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, B. G.; PEDRON, F. B. Q. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, T. **Do Cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LANE, R. **O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais**. TCC. Virgílio Afonso da Silva (Orientador). Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2004.

LIMA, J. N. Eficácia os direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Argumenta Rev. Jurídica**, número 8, 2008, p. 295.

MACHADO, J. E. M; COSTA, P. N. da. **Direito Constitucional Angolano**. Ed Coimbra. Coimbra, 2011.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. B. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, A. B.. FERREIRA, O. A. V. A. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, M. N (coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: JusPodivim. 2007.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

NERY, L. L. **A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais.

NEVES, M. **Entre Hidras e Hercules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, A. **Curso de direito consitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, V. A. da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, V. A. da. (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A evolução dos direitos fundamentais. In: **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 541-558.

STEINMETZ, W. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2004.

VALE, A. R. de. **A estrutura das normas de diretos fundamentais: Repensando a distinção entre regras princípios e valores**. 2006. Dissertação (Mestrado) Universidade de Brasília, Programa de Pós Graduação em Direito, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3616>>. Acesso em 14 fev. 2017.

VAN HOLTHE, L. **Direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007.