

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

SUZANA MARTINS GUEDES

“COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROPOSTA DE SOLUÇÃO”

Brasília – DF
Novembro 2008

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

SUZANA MARTINS GUEDES

“COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROPOSTA DE SOLUÇÃO”

Dissertação apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Público, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, sob a orientação do professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

BRASÍLIA – DF
Novembro 2008

DEDICATÓRIA

*Em especial, ao meu querido pai Fernando
Vaz Guedes, a quem tenho um imenso carinho
e orgulho pela sua inteligência e poesia!*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, presença constante em minha vida, o qual iluminou meus pensamentos, erguendo-me nos momentos de fraqueza, amparando-me nos momentos de dificuldades, sendo sempre Fiel e Companheiro nos maiores momentos de solidão e saudade!

À minha mãe, pelos exemplos de coragem, perseverança e determinação que me ajudaram a não desistir e pelo apoio infalível dado em todos os instantes de minha vida em especial na elaboração deste trabalho, iniciado longe de minha família, da minha filha...

Ao meu pai, que mesmo distante, me apoiou com carinho, paciência, palavras de entusiasmo, o que me fez cada vez mais amá-lo e admirá-lo.

A minha amada e adorada filha que suportou a distância (mesmo nos seus momentos de silêncio) a qual tivemos que passar para a conclusão do curso.

À minha eterna amiga-irmã Ieda Maria, que sempre esteve presente nos momentos mais difíceis da minha vida e acolhendo-me carinhosamente em seu coração. A ela rendo esta homenagem, expressando profunda gratidão pela amizade, companhia... Minha eterna amiga!

Por fim, agradeço as poucas e especiais pessoas que me acompanharam nesta trajetória, que demandou um grande esforço, mas que, ao final, se revela tão prazerosa.

GUEDES, Suzana Martins. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROPOSTA DE SOLUÇÃO. 2008. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF 2008

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de limitar a atuação do Estado, mas atualmente é indiscutível o fato de que assumiram um caráter axiológico, mais amplo, assegurando a dignidade da pessoa humana. Muito se lutou pelo reconhecimento dos direitos humanos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, mas se constatou que apenas o reconhecimento desses direitos mediante declarações era insuficiente, pois estas não tinham força normativa, fazendo-se, então, necessária a sua positivação ou constitucionalização. A Carta Política de 1824 foi a primeira a positivizar esses direitos, antes mesmo da Constituição da Bélgica, de 1831. A Carta Magna de 1988 trouxe um título sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e direitos políticos. Os direitos fundamentais caracterizam-se como princípios, considerando que, na hipótese de conflito entre eles, deve-se tomar a decisão que não retire a validade de nenhum deles, apenas deverá prevalecer um deles. Os princípios são *mandados de otimização*, caracterizando-se pelo fato de serem cumpridos proporcionalmente às condições fáticas e jurídicas. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colidir com o exercício de outro direito fundamental ou quando o exercício de um direito fundamental embater com a necessidade de preservação de um bem coletivo, está-se diante de uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. Nesse caso, o intérprete deve aplicar um dos princípios de interpretação constitucional, especialmente, os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da força normativa da Constituição. Não sendo suficiente a aplicação desses princípios, dever-se-á empregar o método de ponderação de bens, mediante o princípio da proporcionalidade, que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito, determinando qual direito deverá prevalecer.

Palavras-chave: Constituição; direitos fundamentais; colisão; solução.

GUEDES, Suzana Martins. THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: POSSIBLE SOLUTION. 2008. Thesis – Pos graduation in Public Law. Institute of Public Law, Brasilia – IDP, Brasilia/DF 2008

The fundamental rights arose of the need of limit the State action, but at present is indisputable the fact of that assumed a axiomatic character, broader, assuring the human person dignity. It fights by the recognition of the human rights was arduous, since the Statement of the Man and Citizen Rights, in 1948, but itself established that barely the recognition of those rights by means of statements was insufficient, therefore these did not they have forces normative, doing itself, then, necessary to their make positive or constitutional. The Political Letter of 1824 was the first to make positive those rights, before even of the Belgium Constitution, of 1831. The charter of 1988 brought a title about the Rights and Fundamental Guarantees, under a modern perspective, including the collective and individual rights, social rights, of the nationality and political rights. The fundamental rights characterize itself as principles, considering that, in the hypothesis of conflict between them, must be taken the decision that withdraws the validity of none of them, barely should prevail one of them. The principles are orders of optimization, characterizing itself by the fact of will be fulfilled proportionally to the phatic and legal conditions. When the exercise of a fundamental right on the part of a captain collide with the exercise of another right fundamental or when the exercise of a fundamental right collide with the need of preservation of a well collective one, is itself faced with a fundamental rights collision hypothesis. In that case, the interpreter should apply one of the principles of constitutional interpretation, specially, the principles of the Constitution unit, of the practical agreement and of the Constitution normative force. Not being sufficient the application of those principles, will must the property thought approach be employed, by means of the proportionality principle, that consists of adopt a decision of preference between the rights and property in conflict, determining which rig

Key Words: Constituion; fundamental rights; collision; solucion.

SUMARIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	09
2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 Conceito e terminologia	12
2.2 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais	15
2.3 Evolução dos direitos fundamentais	17
2.4 Classificação dos direitos fundamentais	20
2.5 Funções dos direitos fundamentais.....	27
2.6 Aplicabilidade dos direitos fundamentais	31
2.7 O catálogo de direitos fundamentais	34
3. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
3.1 Noções gerais.....	37
3.2 Interpretação das normas constitucionais.....	39
3.3 Método hermenêutico tradicional.....	41
3.4 A nova hermenêutica.....	41
3.4.1 Método tópico.....	44
3.4.2 Método científico-espiritual.....	46
3.4.3 Método concretista.....	47
3.4.3.1 Método concretista de Konrad Hess.....	48
3.4.3.2 Método concretista de Friedrich Müller.....	49
3.4.3.3 Método concretista de Peter Häberle.....	51
3.5. Princípios norteadores da interpretação constitucional.....	55
3.5.1 Princípio da unidade da constituição.....	56
3.5.2 Princípio da concordância prática.....	57
3.5.3 Princípio do efeito integral ou da eficácia integradora.....	58
3.5.4 Princípio da força normativa da constituição.....	59
3.5.5 Princípio da conformidade funcional ou exatidão funcional.....	60
3.5.6 Princípio da efetividade.....	61
4. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
4.1 Considerações preliminares.....	64
4.2 Concorrência dos direitos fundamentais.....	65
4.3 Conflito entre um direito fundamental e outros bens jurídicos constitucionais.....	70
5. MECANISMOS SOLUCIONADORES DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	72
5.1 Considerações iniciais.....	72
5.2 Mecanismos de solução de conflitos e a técnica da ponderação.....	73
5.2.1 leis restritivas de direito.....	75
5.2.2 Princípio da proporcionalidade.....	78
5.2.2.1 Elementos ou subprincípios da proporcionalidade.....	82
5.2.2.2.1 Adequação.....	83
5.2.2.2.2 Necessidade e exigibilidade.....	83

5.2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	85
5.2.3 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.....	87
5.2.4 Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.....	89
6. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO - A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	93
6.1 Noções gerais.....	93
6.2 Ponderação de interesses: direito do feto X direito da gestante.....	99
6.3 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.....	102
7. CONCLUSÃO.....	107
8. BIBLIOGRAFIA.....	110

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho, tem como objetivo trazer ao debate o tema colisão de direitos fundamentais bem como as respectivas formas de solução desses conflitos, analisando, em especial, um caso concreto de tensão entre o direito à vida do feto anencefálico e o direito a dignidade da pessoa humana da gestante, seguida de sua respectiva forma de solução, e a repercussão do Pacto de São José da Costa Rica na evolução do conceito aborto.

O tema direitos fundamentais é extremamente relevante para a teoria constitucional, isto porque, foram concebidos inicialmente como limites ao poder soberano, sendo direitos que se exercem contra o Estado. Posteriormente, surgiram outros que exigiam uma prestação positiva deste, que são os direitos sociais e com estes, surgiram também outros, que, no decorrer da nossa pesquisa, serão devidamente analisados.

Apesar de na doutrina constitucional termos muitas obras que tratam dos direitos fundamentais, tal constatação não deve ser analisada como um tema exaurido em todas as suas perspectivas, porque, em relação específica ao objeto deste estudo, não podemos afirmar o mesmo. O fato é que, há uma necessidade imperiosa de se discutir o conflito desses direitos, considerando que na prática é uma hipótese bastante provável.

Com o presente trabalho, pretendemos contribuir para o fortalecimento dos direitos fundamentais, demonstrando que, no exercício desses direitos, poderá ocorrer uma tensão entre eles, hipótese esta que se chama colisão de direitos fundamentais. Há, porém, diversos mecanismos de solução desses conflitos, não sendo de forma alguma desnaturado nenhum dos direitos em jogo.

Esse trabalho encontra-se dividido em seis capítulos. O primeiro traz considerações iniciais sobre o ponto de partida para a realização da pesquisa, como também, uma visão geral das seções que o constituem.

No segundo capítulo, a teoria geral dos direitos fundamentais, apresenta uma visão ampla desses direitos, sendo ressaltadas as seguintes questões: delimitação conceitual,

distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, evolução histórica, classificação, aplicabilidade e o catálogo dos direitos fundamentais.

Entendemos ainda que, referente às funções dos direitos fundamentais, deveríamos fazer referência a teoria dos quatro *status* de Jellinek (*status negativus*, *status positivus*, *status passivus*, *status activus*). A obra de Jellinek, ensina que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado, ou seja, as diversas posições que o indivíduo pode colocar-se perante o Estado. Nesse sentido, esta teoria nos fará compreender as espécies de direitos fundamentais mais freqüentemente assinaladas: direitos de defesa, de prestações e de participações.

O terceiro capítulo, perscruta a teoria dos princípios, considerados pela moderna doutrina constitucional, especialmente os princípios constitucionais que serão aplicados na solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Para tanto, estudaremos em especial, os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

No quarto capítulo, serão observadas as hipóteses de ocorrência da colisão entre direitos fundamentais. Veremos, que as situações de conflitos podem suceder com a concorrência entre dois ou mais direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucionalmente protegido. Para tanto, investigaremos dois casos que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstrando a tensão existente na primeira situação, o recente caso do extraditando David Peter, exemplificando o conflito existente entre liberdade de expressão e a intimidade, a honra e a imagem. Na segunda situação, o julgamento do RE nº 153.531 impetrado pela Associação de Defesa dos Animais em face do Estado de Santa Catarina caracterizando um conflito sociológico entre uma norma jurídica de proteção da fauna e a moralidade ética de um povo.

A análise acerca dos mecanismos de solução dos conflitos, matéria do quinto capítulo, será realizada a partir de uma perspectiva de se saber se algum dos direitos em conflito está sujeito à reserva de lei, haja vista, como assinalamos há pouco, o fato de que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Se um dos direitos fundamentais em tensão não possuir limitação expressa ao seu exercício, caberá então ao Poder Judiciário a solução desses conflitos, devendo ser aplicados, inicialmente, os princípios de interpretação

constitucional que se acham correlacionados. Não sendo suficientes esses mecanismos, o julgador deverá se valer da máxima da proporcionalidade, com os seus três subprincípios.

Como caso prático de conflitos entre os direitos fundamentais, trouxemos à análise a questão do abortamento de feto anencefálico, precipuamente ante o fato de estar na iminência de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva suscitar discussões acerca das hipóteses de colisão desses direitos, bem como dos mecanismos de solução. Para tanto, propomos ampla aplicação dos princípios de interpretação constitucional, sem deixarmos de lado, portanto, o método de ponderação de bens, consistente em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e bens em jogo, determinando qual o direito que deverá prevalecer no caso concreto. Vale destacar a idéia de que essa ponderação concreta de bens será realizada pelo princípio da proporcionalidade.

2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, nos reportaremos à teoria dos direitos fundamentais, iniciando pelo seu conceito indo até a sua evolução histórica, passando por todas as constituições brasileiras, finalizando com a abordagem do catálogo de direitos fundamentais.

2.1. Conceito e terminologia

Por ser o presente trabalho voltado ao estudo das Colisões dos Direitos Fundamentais e as formas de solução destes conflitos, imprescindível determinar o seu conceito e terminologia.

Comporta grandes dificuldades a tarefa de se estabelecer *um* conceito de direitos fundamentais, já que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo, várias são as expressões adotadas para caracterizá-los, tais como, *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades fundamentais*, dentre outros. Há de reconhecer que a própria Constituição Federal de 1988 confere variadas expressões ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo encontramos na nossa Carta Magna terminologias como: *direitos humanos; direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais*.

A doutrina conceitua os Direitos Fundamentais de forma variada. Tradicionalmente e sob uma perspectiva histórica estes são encarados como resultado de diversos eventos e ideologias inspirados pelas idéias de liberdade e de dignidade humana¹. De fato, analisando os movimentos políticos-ideológicos, revela-se que a inserção de certos direitos nos textos constitucionais ocorreu de forma vinculada a essas transações que, em termos amplos, voltaram-se à reforma do conceito de Estado e formação da idéia de Estado de Direito. Ressalta desta definição a finalidade precípua dessa gama de direitos, além de ser notável o alargamento de seu âmbito de abrangência, o que por certo, desfavorece a sua precisa identificação.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p.562

Além dessa óptica, é possível buscar a construção do conceito de direitos fundamentais sob uma perspectiva dogmática. Assim, é possível falar em conceito formal e material de direito fundamental.

Uma conceituação do tipo formal leva em consideração a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e, em especial, no próprio texto constitucional. Em outras palavras, entende-se por regras constitucionais em acepção formal, aquelas que são incluídas na Carta Magna, integrando ou não a estrutura fundamental do Estado. Ao contrário, a conceituação do tipo material, faz alusão a valores ou conteúdos que, considerados como básicos (fundamentais), qualificam um certo direito como de caráter fundamental ou não. Preceitos constitucionais em aspecto material são os providos de conteúdo fundamental, inseridos ou não na Lei Essencial.²

Conceituando direitos fundamentais sob o ponto de vista formal, buscamos a lição de Alexy³, para quem, direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inserido no texto constitucional vigente.

Por outro lado, Schmitt⁴, conceitua os direitos fundamentais a partir de dois critérios formais. Pelo primeiro critério, direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia e segurança (são imutáveis ou mudança dificultada).

O pensamento de Schmitt colocado no segundo critério é passível de crítica, se aplicado pela ordem jurídica brasileira, pois não podemos conceber que os direitos fundamentais sejam restritos aos imutáveis ou de mudança dificultada, isto porque os direitos sociais, por exemplo, são direitos fundamentais e não são incluídos como cláusulas

² MORAES, Guilherme Braga Pena. *Dos Direitos Fundamentais - Contribuição para uma teoria*. Ed. LTr. 1997, pág. 24.

³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, pág. 28.

⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, pág. 182-211.

pétreas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, não fazem parte do rol de direitos “imutáveis” (art. 60, §4 da CF/88).

Miranda⁵, ensina que os direitos fundamentais são direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material. Ele, observa, sob um enfoque material, que diversas são as teorias que buscam vincular o conteúdo dos direitos fundamentais a certas ideologias ou valores básicos. Tais teorias, ao mesmo tempo em que são conflitantes, tomadas isoladamente não podem ser reputadas completas, nem poderão ser invocadas ou aplicadas sem a consideração do direito positivo (especialmente do direito constitucional positivo) vigente. Percemos que segue essa linha de raciocínio Sarlet (2004, p. 88):

“Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa, e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente consideradas”.

Assim, a conceituação material de direitos fundamentais no Brasil deve levar em consideração a própria Constituição Federal de 1988 e os parâmetros que são por ela estabelecidos como identificadores dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que a adoção do critério material não afasta o critério formal. É que estes devem estar sempre presentes na constituição ou em documentos normativos equivalentes. No caso dos direitos fundamentais, se, por um lado, o artigo 5º, § 2º da CRFB/88 traz a previsão de que poderão ser reconhecidos direitos fundamentais por meio de tratados ou convenções internacionais, o § 3º do mesmo artigo 5º da CRFB/88 atribui eficácia de emenda constitucional a tais documentos normativos, se aprovados pela forma ali prevista.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, pág.7.

Fixada a dificuldade de precisar conceitos nesta matéria, tem-se uma definição que agrega elementos que bem se amoldam aos objetivos deste estudo. Para Ingo Wolfgang Sarlet⁶, “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Com esta idéia trabalharemos alguns capítulos do presente estudo, ao demonstrar a importância da dignidade da pessoa humana como norte para a solução de colisão de direitos.

2.2 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais

A despeito de haver divergência na doutrina quanto à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendemos existir nota diferenciadora que caracteriza cada uma das expressões. Frisa-se que, a expressão “direitos humanos” é mais usada no plano internacional. Já, a dicção “direitos fundamentais” é usada no contexto interno de determinado país, dentro de sua opção política.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷ assim as distingue:

“Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”

Em apertada síntese, os direitos humanos são aquelas garantias inerentes à existência da pessoa, albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 35 e 36.

diversos instrumentos de Direito Internacional Público, mas que, por fatores instrumentais, não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas⁸.

Por outro lado, os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado aos dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia assegurada pelos tribunais internos.

Na precisa lição de Lopes⁹: “*Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente*”.

Valendo-nos mais uma vez das lições Ingo Wolfgang Sarlt¹⁰, finalizamos a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressaltando:

“Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”.

⁸ “O termo *direitos humanos* tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos *direitos do homem* reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positivação, ou seja, como um ‘conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional’.” [grifos no original] (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid : Tecnos, 1999, pág. 48 apud PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais : uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 76)

⁹ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001, pág. 41.

¹⁰

Cumpre-nos ainda lembrar que o Poder Constituinte Originário brasileiro, ao usar a expressão “direitos fundamentais”, inspirou-se principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.

2.2 Evolução dos Direitos Fundamentais

O estudo da origem e evolução dos direitos fundamentais é de suma importância, não só pelo fato de servir como meio de interpretação, mas porque é a história dos direitos fundamentais um roteiro que desemboca no surgimento do Estado Moderno Constitucional, cuja essência radica no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, não foram reconhecidos de uma só vez nem de uma vez por todas. Seu nascimento passa pela história da Inglaterra, Estados Unidos e França, apresentando antecedentes históricos como, por exemplo, o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola, proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações, até culminar com um antecedente remoto do *Habeas corpus*, que é o *Interdicto de Homine Libera Exhibendo*.

Há quem diga que a Teoria do Direito Natural dos séculos XVI, XVII e XVIII foi quem originou os direitos fundamentais, denominando essa fase de “pré-história”¹¹ dos Direitos Fundamentais.

Na Inglaterra, em 1215 com a *Magna Carta Libertatum*, foram elaborados cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, tendo como finalidade garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais.

A Magna Carta, apesar de ser considerada a mais importante, não foi à única, destacando-se também a *Petition of Rights*, em 1628 - documento elaborado pelo

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. 2005, pág.44.

Parlamento Inglês, por meio do qual se pleiteou o efetivo cumprimento pelo Rei dos direitos previsto na Magna Carta de 1215; o *Habeas Corpus Amendment Act em 1679*; o *Bill of Rights*, em 1689, declaração dos direitos formada após a Revolução Gloriosa, rompeu com as bases políticas da época - monarquia onipotente - consolidando a monarquia constitucional, que se caracterizou pela supremacia do parlamento;

Todavia, as declarações inglesas, apesar do seu relevante valor histórico, não podem ser consideradas como a “certidão de nascimento” dos direitos fundamentais, pois só se destinava a parcela de seu povo.

Nos séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento do jusnaturalismo e a laicização do Direito Natural, atingindo seu apogeu no Iluminismo, a obra de John Locke foi a primeira a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos detentores de poder.

Mesmo sendo considerada a Teoria do Direito Natural como a origem dos direitos fundamentais, somente após a positivação desses direitos é que passaram a ter força normativa. Em outras palavras, os direitos fundamentais foram em primeiro lugar reconhecidos em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização. Nesse sentido, Bobbio¹² leciona que “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.”

A *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*, em 1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais, no qual, se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes.

Em seguida veio *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789, aprovada pela Assembléia Constituinte francesa, no qual, proclama *Os Princípios da*

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, pág. 51.

liberdade, igualdade, propriedade e legalidade e as garantias individuais liberais que se encontram nas constituições contemporâneas.

Seguindo a esteia de evolução, em 1948, foi elaborada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, no qual reconheceu a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz.

Importante frisar a evolução dos direitos do homem nas constituições brasileiras. Assim vejamos. A primeira constituição no mundo a positivizar os direitos fundamentais foi o Texto Maior de 1824 no qual trazia a expressão “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos brasileiros”, mas não fazia menção especificamente a uma declaração de direitos.

A expressão “Direitos e Garantias Individuais”, foi tratada pela primeira vez na Constituição Republicana de 1934, na qual também inseriu os direitos de nacionalidade e políticos, a ordem econômica e social e tratou da família, educação e cultura.

Seguindo o modelo evolutivo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1937, preocupou-se com o reconhecimento e proteção dos direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo.

Já a Constituição de 1946, o título referente às Declarações de Direitos, ficou dividido em dois capítulos: da Nacionalidade e da Cidadania e os Direitos e Garantias Individuais. Ressalte-se que houve a inclusão do direito à vida. Os direitos econômicos e sociais nesta ficaram mais bem estruturadas do que na Constituição de 1934, divididos em dois títulos: um tratando da ordem econômica e outro acerca da família, educação e cultura.

A Constituição de 1967, manteve a Declaração de Direitos e dotou a União de maiores poderes. Ocorrendo, assim, a redução da autonomia individual com a suspensão de alguns direitos e garantias constitucionais.

A Carta de 1967 foi alvo de diversas Emendas diante de vários atos institucionais, até ser promulgada a Constituição Federal de 1988. A primeira destas Emendas foi a EC nº 01/1969, que continuou tratando dos direitos sociais, econômicos e culturais. O Título II tratava da Declaração de Direitos, com cinco capítulos que faziam referência à Nacionalidade; aos Direitos Políticos; dos Partidos Políticos; aos Direitos e Garantia Individuais; às Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. O Título III tratava da Ordem Econômica e Social e seguidamente tratava da Família, da Educação e da Cultura.

Foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou os direitos e garantias fundamentais, trazendo inovações relevantes para o constitucionalismo brasileiro. Esta inovou com um título acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e dos direitos políticos. Cumpre-nos ressaltar que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente, não exclui outros direitos ali não constantes, que sejam decorrentes dos regimes e dos princípios por eles adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nesse diapasão, entendamos que caberá à Hermenêutica constitucional a busca de outros direitos fundamentais que não estejam incluídos no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Com a análise das constituições brasileiras, constata-se que os direitos fundamentais, passaram por diversas transformações no que se refere ao seu conteúdo e sua titularidade.

2.3 Classificação dos direitos fundamentais

Encontramos nas doutrinas as mais variadas classificações que mais confundem do que esclarecem¹³ os leitores.

¹³ SILVA, Jose Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros. 26º ed. 2003. Pág. 182.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu Título II, *os direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos, ou seja, cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: 1) Dos direitos e deveres individuais e coletivos; 2) Dos direitos sociais; 3) Da nacionalidade; 4) Dos direitos políticos; 5) Dos partidos políticos.

De acordo com José Afonso da Silva¹⁴, a classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que agrupa os direitos fundamentais com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e ao objeto de tutela. Assim, de acordo com este critério, teremos: (a) direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles concebidos como direitos fundamentais titularizados e exercidos pela pessoa individualmente considerada, garantindo iniciativa e independência aos particulares diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. (b) direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que apresentam a definição da nacionalidade e suas faculdades. (c) direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os direitos políticos. (d) direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais. (e) direitos fundamentais do *homem-membro de uma coletividade*, adotado pela constituição como direito coletivo. (f) direitos fundamentais do *homem-solidário* que é uma nova classe que se forma.

Assim, a classificação dos direitos fundamentais em nossa constituição, apresenta-se da seguinte forma:

- 1) *direitos individuais* – art. 5º (*homem-indivíduo*)
- 2) *direitos à nacionalidades* – art. 12 (*homem-nacional*)
- 3) *direitos políticos* – art. 14 a 17 (*homem-cidadão*)
- 4) *direitos sociais* – art. 6º e 193 e ss (*homem-social*)
- 5) *direitos coletivos* – art. 5º (*homem-membro da coletividade*)
- 6) *direitos solidários* – art. 3º a 225 (*homem-solidário*)

¹⁴ SILVA, Jose Afonso. op. cit. Pág. 182

Todavia, baseando-se na ordem cronológica de reconhecimento dos direitos fundamentais, a doutrina mais moderna apresenta a classificação de direitos fundamentais como os de *primeira, segunda e terceira gerações* (e, para alguns, os de *quarta geração*).

Ressalta-se que, há autores utilizando a expressão “dimensão” em vez de “geração” por entenderem que esta última poderia significar mera sucessão cronológica, importando, assim, na extinção dos direitos das anteriores gerações.

Nesse sentido, Guerra Filho¹⁵ leciona que:

“Mais importante que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornando-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”.

Seguiremos utilizando a expressão “dimensão”!

Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* (direitos civis e políticos) foram os primeiros a serem reconhecidos, surgindo no século XVIII¹⁶, ao lado do pensamento liberal-burguês, realçando o princípio da Liberdade consagrado na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. O indivíduo é o sujeito ativo destes direitos e seu principal objetivo é proteger as pessoas – individualmente falando - contra o abuso do Estado. Caracterizam-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder¹⁷. São, de tal sorte, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, pág. 40.

¹⁶ Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. pág 48.

não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁸. Enquadram-se nessa categoria os direitos à vida, à liberdade, incluindo as liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc) e os direitos de participação política (direito ao voto, capacidade eleitoral passiva), à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal e algumas garantias processuais tais como devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição).

Se os direitos de primeira grandeza surgiram com o ideal da liberdade, os de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e políticos) nasceram abraçados ao princípio da igualdade, isto porque a visão liberalista foi superada pelo processo histórico das condições econômicas, uma vez que, com a Revolução Industrial e o aparecimento do proletariado, subordinado à burguesia, surgiram outras relações, e assim também outros direitos fundamentais¹⁹.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que só exigiam, para sua realização, uma abstenção estatal (*status negativus*), os direitos de segunda apresentam dimensão positiva (*status positivus*), uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se apresenta, portanto, como de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado²⁰. No rol dos chamados direitos sociais, incluem-se aqueles relacionados com a seguridade, a subsistência, o amparo à doença e à velhice, incluindo-se também as denominadas “liberdades sociais”, tais como, as liberdades de sindicalização, direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, do que dão contas os exemplos: direitos a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho.

¹⁸ Ibidem. pág 28

¹⁹ LOPES, Ana Maria D’Avila. op. cit., pág. 64.

²⁰ SARLT, Ingo Wolfgang. op. cit, pág. 49

Bonavides²¹ leciona que, os direitos sociais passaram por uma fase em que sua eficácia era duvidosa, haja vista o fato de que tais direitos, pela sua própria natureza, exigem do Estado determinadas prestações nem sempre resgatáveis por carência e limitação de meios e recursos. Nesse sentido, lembramos que, atualmente os direitos sociais não possuem mais o caráter de normas programáticas, pois, sendo direitos fundamentais, terão sua aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais de *terceira dimensão*, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, surgiram ao lado do Estado Democrático de Direito, no século XX, consagrando o princípio da solidariedade ao lado da liberdade e igualdade, sendo dotados de alto teor de humanismo e universalidade²². A nota distintiva destes direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva ou difusa, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e não mais ao homem-indivíduo particularmente considerado. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação²³.

Assim, podemos depreender que as dimensões dos direitos fundamentais seguem a tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade²⁴), estando diretamente relacionadas às formas de Estado de Direito, na medida em que o grupo de direitos que implementa cada dimensão é fruto do momento histórico vivido pela sociedade.

Leciona Alexandre de Moraes²⁵:

“Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta. Referindo-se aos hoje chamados

²¹ BONAVIDES, Paulo. op cit pág. 522

²² BONAVIDES, Paulo. op. cit., pág. 522.

²³ CF, dentre outros, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*.

²⁴ “A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

²⁵ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. Editora Jurídica Atlas. pág. 26.

direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século. [...] Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso”.

Não obstante, importante se referir a uma quarta categoria das dimensões dos direitos fundamentais, lançada as bases pelo professor Paulo Bonavides, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais. Segundo ele, os direitos da quarta dimensão é composta pelo direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Direito a biotecnologia, a bioengenharia, ao exercício da plena cidadania.

Ainda conforme a brilhante comparação com a proposta de Bonavides, Sarlet²⁶ preconiza: “*A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais*”.

Partindo do pressuposto que os direitos fundamentais estão na sua essência ligados intimamente, direta ou indiretamente, a valores concernentes a vida, liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade, resguardando sempre a dignidade do ser humano, é possível esta esfera dos direitos fundamentais da quarta geração (direito à democracia, à informação e ao pluralismo). Assim globalizar os direitos fundamentais configura a universalização dos mesmos para que os direitos da quarta geração atinjam a sua objetividade como nas duas gerações de direitos anteriores sem destituir a subjetividade da primeira geração para a consecução de um futuro melhor, sem deixar de ser uma utopia o seu reconhecimento no direito positivo interno e internacional.

²⁶ SARLT, Ingo Wolfgang, op. Cit. Pg. 53

Terminado o estudo das dimensões dos direitos fundamentais, cumpre-nos fazer a distinção entre os direitos individuais, coletivos e sociais. Os primeiros, também denominados de direitos fundamentais de primeira dimensão²⁷, própria do Estado Liberal Democrático de Direito, são aqueles concebidos como direitos fundamentais titularizados e exercidos pela pessoa individualmente considerada, livre e isolada²⁸. Em outras palavras, são direitos fundamentais de natureza pessoal, reconhecendo e assegurando a autonomia aos indivíduos diante do Estado, estando ligados a um *status negativo* ou *status libertatis*. É o Estado satisfazendo os interesses pessoais por um “abster-se” ou “não atuar”. Constituem exemplos de direitos individuais, entre outros: direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral, liberdade e consciência de crença e liberdade de culto, liberdade de locomoção.

Já os segundos são espécies de direitos fundamentais titularizados e exercidos por uma coletividade, como, por exemplo, o direito à liberdade de reunião; liberdade de associação e outros. Os direitos sociais são aqueles definidos como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou correspondentes à gama de relações sociais, econômicas e culturais²⁹.

Os direitos difusos são muito semelhantes aos direitos coletivos, porquanto são “transindividuais de natureza indivisível”, porém se diferenciam pelo fato de os primeiros serem titularizados por uma pluralidade de pessoas sem individualização destas, vinculadas entre si por uma circunstância de fato, enquanto os direitos coletivos são titularizados por um grupo de pessoas individualizadas ou determinadas³⁰.

Os direitos sociais, por fim, também denominados de direitos fundamentais de segunda dimensão, própria do Estado Social Democrático de Direito, são conceituadas como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou direitos correspondentes à gama

²⁷ Como também denominados de “direitos de liberdade”, liberdades públicas, liberdades-autonomia, liberdades-resistencia, liberdades individuais, liberdades civis, direitos-resistência ou direitos, liberdades e garantias. Designações complexas ancoradas na moderna doutrina constitucionalista. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*.

²⁸ *Carl Schmitt* denominava os direitos individuais de “direitos de liberdade do indivíduo isolado”.

²⁹ MORAES, Guilherme Peña de. op. cit., pág. 180-185.

³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.078, art. 81, § único, inc. II.

de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para a realização da vida em todas as suas potencialidades, sem os quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens sociais, econômicos ou culturais de que necessita³¹. Estão ligados ao *status positivus*, ou seja, determinam um *facere* ou prestação positiva por parte do Estado

Constituem exemplos de direitos sociais previstos na Carta Magna, entre outros, direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância.

2.5. Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica. Gomes Canotilho menciona as seguintes: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação.

A função de defesa ou de liberdade impõe ao Estado um dever de abstenção. Esta abstenção, segundo José Carlos Vieira de Andrade, significa dever de não-interferência ou de não-intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana³². Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (ele não pode editar leis retroativas), mas também atribui dever ao Estado (impõe-se-lhe, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade).

E segue Gomes Canotilho ensinando que a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais apresenta dupla dimensão: "(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo

³¹ MORAES, Guilherme Peña de. op. cit. Pág. 189.

³² ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, pág. 192

fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)"³³.

Atente-se que esta função está, em um dos seus vetores, intimamente relacionada com os direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos. Assim vejamos, no direito fundamental de não ser torturado exerce dupla função: de um lado, a função de defesa ou de liberdade, exigindo abstenção do Estado, que não pode praticar tortura; de outro, exige a atuação do Estado, visto que este precisa agir para evitar que a tortura seja praticada.

A função prestacional, por sua vez, atribui à pessoa o direito social de obter um benefício do Estado, impondo-se a este o dever de agir, para satisfazê-lo diretamente, ou criar as condições de satisfação de tais direitos. Em regra, está relacionada aos direitos fundamentais à saúde, à educação, à moradia, ao transporte coletivo etc.

A função de prestação social dos direitos fundamentais tem grande relevância em sociedades, como é o caso do Brasil, onde o Estado do bem-estar social tem dificuldades para ser efetivado. Essa realidade impõe que milhões de pessoas fiquem à margem dos benefícios econômicos, sociais e culturais produzidos pela economia capitalista. Essa carência não permite a fruição do mínimo existencial.

Uma outra função dos direitos fundamentais adotado na classificação de Canotilho é a função de proteção perante terceiros. São portadores dessa função os direitos que impõem ao Estado o dever de proteger os titulares de direitos fundamentais da ação de terceiros. É o que ocorre por exemplo, com os direitos fundamentais à vida, à privacidade, à liberdade de locomoção e à propriedade intelectual. Nessa perspectiva o Estado teria, então, o dever de

³³ CANOTILHO. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999, pág. 407

adotar medidas positivas a fim de proteger o exercício dos direitos fundamentais de ações lesivas praticadas por terceiros. Note-se que a relação jurídica aqui não se dá diretamente entre o titular do direito fundamental e o Estado, mas entre o indivíduo e outros indivíduos, atuando o Estado apenas indiretamente.

A função de não discriminação diz respeito a todos os direitos fundamentais. Refere-se, por exemplo, aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nenhuma pessoa poderá ser privada de um direito fundamental em razão de discriminação. Está-se, portanto, diante do princípio da igualdade. É o que expressa a lição de Gomes Canotilho, ao afirmar que "A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais"³⁴.

Indo mais além e servindo de ponto de partida para outras classificações doutrinárias quanto à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é a Teoria dos Quatro *status* de Jellinek, do final do século passado³⁵. Essa Teoria, ensina que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado, posições estas denominadas *status*, que caracterizam o sujeito³⁶.

O *status negativus* refere-se à esfera de liberdade, na qual os interesses individuais são a sua satisfação. Neste âmbito de liberdade individual, as ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas. Já o *status positivus* confere ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, uma conduta em favor do indivíduo, ressaltando, apenas, que tal conduta poderá ser negativa, isto é, uma abstenção.

O *status passivus* é aquele em que o indivíduo se encontra em estado de sujeição relativamente ao Estado, ou seja, na posição de cumprir com determinadas obrigações. Já

³⁴ CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999, pág. 409. O autor refere-se à Constituição portuguesa, porém o raciocínio se aplica em face da Constituição brasileira

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. 1998, pág. 154.

³⁶ ALEXY, Robert. op. cit., 2001 pág.251.

sob o *status activus*, o indivíduo recebe competências para influir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos políticos, manifestados principalmente através do voto.

A partir da teoria de Jellinek pode-se retirar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas: direitos de defesa, de prestações e de participações³⁷. Imperioso ressaltar que traremos a importância destas espécies quando da análise da aplicabilidade - direta e imediata - dos direitos fundamentais.

Em apertada síntese, já que não é este o objetivo do presente trabalho, segue-se a conceituação de cada uma das espécies. Os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio de omissões de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses ou sobre certas condições³⁸. No âmbito destes direitos encontram-se, dentre outros, os seguintes direitos fundamentais consagrados no Art. 5º da CRFB: o direito de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos poderes públicos se não em virtude de lei (inc. II), o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (inc. III), a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), a liberdade de locomoção (inc. XV), dentre outros.

Ao lado da concepção de que incube ao Estado a não-intervenção no âmbito de liberdade dos indivíduos, garantido pelo direito de defesa, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício dessas liberdades. Enquanto àqueles se dirigem a uma posição de respeito e abstenção por parte do Estado (*status negativus*), os direitos a prestação implicam uma postura ativa por parte deste (*status positivus*), devendo colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material³⁹.

³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO. Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. 2002 pág. 140

³⁸ SCARLET, Ingo W. op. cit., 1998, pág.168.

³⁹ *Ibidem*. pág. 185

O objeto do direito a prestação jurídica é a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, podendo consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento⁴⁰. Por sua vez, o direito a prestação material, rotulado por alguns doutrinadores como direitos de prestação em sentido estrito, resultam da concepção social do Estado.

Nas palavras de Sarlet⁴¹: “(...) *Os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo poder estatal na condição de Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes*”. Como exemplo de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados na Constituição Federal podemos citar o seu Art. 6º - direito à educação, à saúde, à proteção, à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.

Por fim, os direitos fundamentais de participação, correspondem a garantia de participação dos cidadãos na vontade do país, estando consagrados no capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos, no Título dos Direitos Fundamentais.

Registra-se que os doutrinadores não apresentam unanimidade na localização dos direitos políticos, situando-os alguns ora como direitos a prestação, ora como direitos de defesa. Com isso, não cogitam o direito de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Ademais, “mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e direitos de prestação”⁴².

2.6. Aplicabilidade dos direitos fundamentais

Conforme referido anteriormente, não basta que os direitos fundamentais sejam reconhecidos mediante documentos escritos, necessários se fazendo a sua efetivação, ou

⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pág. 143

⁴¹ Scarlet, op. cit., pág. 202.

⁴² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pág. 151.

seja, a presença de instrumentos hábeis para fazer valer tais direitos. Dessa forma, analisaremos algumas considerações sobre a distinção dos vocábulos “vigência, “validade” e “eficácia”.

Silva⁴³ expressa que a vigência no seu sentido técnico-formal é aquela norma regularmente promulgada e publicada, tornando-a de observância obrigatória. A validade significa mostrar se a norma está de acordo com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A vigência, por sua vez, é um pressuposto da eficácia, uma vez que, para a norma se tornar eficaz, é necessário que seja vigente.

Continuando seus ensinamentos, Silva⁴⁴ faz a distinção entre eficácia social e eficácia jurídica:

“A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano dos fatos, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”.

Quanto à eficácia, as normas constitucionais podem ser divididas em: de eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada. As primeiras são dotadas de aplicabilidade direta, imediata, como, por exemplo, os arts. 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. As outras são aquelas que contêm aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, pois necessitam de regulamentação, como o parágrafo 5º, art. 40, da Carta Magna de 1988. As últimas são aquelas providas de aplicabilidade indireta, mediata, pois carecem de regulamentação para se tornarem aplicáveis⁴⁵.

⁴³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 52.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 65-66.

⁴⁵ SILVA, José Afonso. *op. cit.* pág. 91 e ss..

Segundo Kelsen⁴⁶, a eficácia da norma é o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma que se verifica na ordem dos fatos.

Podemos perceber a íntima relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, constituindo fenômenos conexos, encarados por prismas diferentes. A eficácia é havida como potencialidade. Já a aplicabilidade como realizabilidade e praticidade⁴⁷

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, pois a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade⁴⁸.

No parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna de 1988, preceituam-se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuidoras de aplicabilidade imediata. Nesse sentido, é importante, mais uma vez nos reportamos aos direitos de defesa e direitos à prestação, aqueles criados e ordenados através da Teoria dos Quatro *status* de Jellinck. Os primeiros, conforme analisados, são aqueles que impõem uma abstenção por parte do Estado. Nesse caso, não há dificuldades em considerarmos tais direitos como de aplicabilidade direta e imediata.

Já os direitos à prestação impõem uma atividade positiva por parte do Estado, tornando mais difícil a sua aplicabilidade imediata, considerando a necessidade de recursos para implementá-los - é o caso típico dos direitos sociais. Sarlet⁴⁹, defende a idéia de que a norma do parágrafo 1º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem caráter principiológico, ou seja, é um princípio e não uma regra e, como tal, funciona como mandado de otimização, determinando que os órgãos estatais atribuam ao direito fundamental a maior eficácia possível.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, pág. 29-30.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit., (1999), pág. 65-66.

⁴⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, pág. 14.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., (2005) pág. 270.

Um aspecto que não se pode deixar de considerar diz respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Há divergência na doutrina quanto aos critérios utilizados para determinar esse conteúdo, ou seja, há quem entenda que deve ser estabelecido por uma norma objetiva ou um direito subjetivo. Nesse sentido, o primeiro critério para determinar o conteúdo essencial exige a consideração global do problema, haja visto que os artigos que contêm os direitos fundamentais são parte de todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, podemos admitir que um direito fundamental pode não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas. Em sentido contrário, quando é considerada a teoria subjetiva, é necessário examinar a gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele o sujeito desse direito fundamental. Vale destacar que a garantia do núcleo essencial é que vai limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais.

2.7.O catálogo dos direitos fundamentais

No âmbito desta abordagem faremos breves referências aos aspectos inovadores e positivos trazidos aos direitos fundamentais com a Constituição de 1988, sem, com isso, esgotarmos e aprofundarmos em questões que poderiam ser aqui suscitadas.

A elaboração da Carta Política de 1988 e a conseqüente formatação do catálogo de direitos fundamentais na nova ordem constitucional resultaram de ampla discussão com a chamada redemocratização do País, após longo período de ditadura militar.

Traçando um paralelo entre a atual Constituição Federal de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, nos deparamos com grandes inovações de significativa importância para a seara dos preceitos fundamentais.

Dentre as inovações, assume especial relevância a situação topográfica destes direitos, sendo positivadas logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, assumindo importante destaque na nossa Carta Constitucional, *“além de traduzir maior rigor lógico,*

*na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica”*⁵⁰. Traduz uma outra novidade a própria utilização da terminologia adotada, qual seja “direitos e garantias fundamentais”, já que outrora se costumava utilizar a denominação “direitos e garantias individuais”. Além do mais, a retirada dos direitos fundamentais sociais do capítulo da ordem econômica e social para capítulo próprio (Título II, capítulo II) ressaltando, de forma incontestável sua condição de autêntico direito fundamental, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada⁵¹.

Para Sarlt⁵², a inovação mais significativa foi a do art. 5º, §1º da Constituição Federal, no qual reconheceu às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, excluindo o cunho programático destes preceitos, dedicando *status* jurídico diferenciado e reforçado aos direitos fundamentais na constituição vigente. A inclusão dos preceitos fundamentais no rol das Cláusulas Pétreas do art. 60, § 4º, Constituição Federal, veio para reforçar em derradeiro esta proteção “*impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do Poder Constituinte Derivado*”.

Outra característica merecedora de referência é a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, assim, o elenco dos direitos protegidos. Atualmente o art. 5º da Constituição Federal apresenta 78 incisos e o art. 7º consagra 34 incisos.

Na análise do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, verificamos que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo, diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º ao 4º) da Carta Política brasileira.

⁵⁰ Idem

⁵¹ Idem

⁵² SARLT, Ingo Wolfgang. op. Cit. Pág. 69

Nesse diapasão, e conforme já analisado em linhas pretéritas, os direitos fundamentais não constituem apenas os que se encontram no texto da Carta Política, mas também os que não foram expressamente previstos, que implicitamente podem ser deduzidos.

A doutrina ainda não se encontra pacificada quanto aos direitos materialmente fundamentais, especialmente aqueles que não encontram assento na Constituição formal, e também quanto à dificuldade de se apontar dentro, ou fora do Texto Maior, quais direitos podem ser considerados materialmente fundamentais.

3. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O estudo da interpretação dos direitos fundamentais torna-se imprescindível para chegarmos ao ponto principal do nosso trabalho - a colisão de direitos fundamentais – isto porque, mediante a interpretação, solucionaremos possíveis conflitos.

3.1 Noções gerais

Segundo Saldanha⁵³ a hermenêutica constitui a “teoria dos fundamentos de interpretar”, ou seja, corresponde a um processo coordenador que fornece os caminhos da interpretação técnica, que, por sua vez, consiste na busca da verdadeira essência de cada texto, de modo que seja possível retirar o correto entendimento da norma analisada. Cada agente interpretador irá adequar e moldar, aos verdadeiros ditames das respectivas normas jurídicas interpretadas, os fatos concretos a ele subjugados.

Prima na doutrina brasileira à divisão didática que relacionada separadamente a hermenêutica da interpretação e da aplicação. Assevera Vicente Ráo⁵⁴: *“A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.”*

Entretanto, vale ressaltar que, a diferenciação entre hermenêutica e interpretação só se apresenta louvável para a retórica (sentido da lógica), pois, embora se tenha consciência

⁵³ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pág. 246

⁵⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pág. 456.

que o conceito de hermenêutica seja mais abrangente que o conceito de interpretação, esta diferenciação apresenta-se numa linha tênue para que se exija um rigorismo terminológico.

O professor Inocêncio Coelho ⁵⁵ conceitua interpretação jurídica como o ato de aplicar a norma ao caso concreto: *“sem necessidade de enfrentar as tormentosas discussões que se travam no terreno da lingüística, diremos, com a generalidade dos autores, que a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – fixando o seu sentido -, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situação da vida, naturalmente particulares concretos”*.

Assim sendo, pode-se afirmar que a interpretação é o momento em que se apreende o conhecimento e também o ato de aplicar a norma ao caso concreto, logo a interpretação jurídica é a apreensão do significado da norma jurídica para o mundo dos fatos.

Carlos Maximiliano⁵⁶, já acentuava que a hermenêutica jurídica seria o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não a sua aplicação ou a busca efetiva do significado do caso concreto. De fato, a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Habermas lembra que a hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação ⁵⁷.

⁵⁵ COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, pág.55

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Ed. 18. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pág. 13

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pág.247

Todas essas referências ganham maior relevância quando o texto a ser interpretado é uma norma constitucional, já que a interpretação constitucional se tornou um dos mais relevantes problemas no campo da teoria e da Dogmática Constitucional, como veremos adiante.

3.2 Interpretações das normas constitucionais

Por ocupar o topo da pirâmide normativa – as normas constitucionais –, todo o ordenamento jurídico deverá nela buscar sua validade, ensejando, inclusive, o controle de constitucionalidade das leis, cujo objetivo é impedir a permanência dentro do ordenamento jurídico de leis e atos normativos que não estejam em harmonia com os seus dispositivos.

Em face desta peculiar condição das normas Constitucionais dentro do ordenamento jurídico conclui-se sobre a relevância de sua interpretação, posto se tratar de criar as diretrizes para a compreensão de toda a ordem jurídica, podendo, até mesmo, conforme seja interpretada, concluir-se pela inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo.

Quanto à interpretação das normas constitucionais, podemos afirmar que não é tarefa das mais fáceis, pois apresenta certas dimensões e peculiaridades que as diferenciam da interpretação das demais leis.

Importante lembrar que a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos, e não apenas aqueles que participam formal e diretamente no processo constitucional. A respeito do tema, Härbele⁵⁸ ensina que:

“Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados as corporações” (zunftmassige Interpreten) e aqueles participantes formais do

⁵⁸ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pág. 13-14.

processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.”

Essa sociedade aberta a que Härbele se refere é o fato de que a interpretação deve ser realizada não só pela doutrina ou pelo juiz, mas também pelos destinatários da norma, sendo impensável a interpretação sem o cidadão ativo e as potências públicas⁵⁹.

Diante das premissas traçadas, todas as normas jurídicas estão sujeitas a interpretação, inclusive aquelas de clareza reconhecida, mesmo porque a própria característica de ser “clara” carrega relatividade diante dos fins pretendidos pela norma, pois dúvidas podem ser descobertas ou suscitadas pela evolução das relações sociais envolvidas. Não obstante, muitas das vezes o trabalho do intérprete enfrentará textos imprecisos, contraditórios e obscuros, e a interpretação será o meio adequado para sanear esses percalços e, assim, chegar ao bom entendimento do preceito e, conseqüentemente, à boa solução do caso enfrentado.

Na própria definição de interpretação apresentada por Paulo Bonavides, vem à indicação de ser a interpretação o remédio para as enfermidades dos textos das normas jurídicas: *“Interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.”*

Vê-se, assim, ser tarefa precípua em qualquer processo hermenêutico a realização da análise dos dispositivos das normas jurídicas que versarem acerca de dado caso concreto, de maneira que será necessário o auxílio de vários métodos de interpretação para que se atinja o verdadeiro ideal normativo. Veremos, mais adiante que esses métodos não são excludentes, isto é, a utilização de um, não implicará a desconsideração dos demais; muito pelo contrário. Têm o intuito de se complementarem e produzirem uma única interpretação (conclusão única), proporcionando uma aplicação coerente e justa dos preceitos.

⁵⁹ HÄRBELE, Peter. op. cit.2002, pág.13-14

3.3. Método hermenêutico tradicional

Entendemos ser de fundamental importância tratar aqui, mesmo que de forma superficial, os métodos tradicionais de hermenêutica, visto que, atualmente estes métodos interpretativos vêm se mostrando insuficientes no atendimento das necessidades impostas pelas mudanças ocorridas com o desenvolvimento da Sociedade e do Direito Constitucional.

Conforme a teoria tradicional, citamos como métodos de interpretação os seguintes: *teleológico, sistemático, histórico, doutrinário e jurisprudencial*. O método gramatical ou literal, também conhecido como semântico ou filológico, funda-se na lingüística, a partir de uma concepção sintática de norma jurídica. A interpretação constitucional segundo este método, consiste no exame literal de cada termo utilizado na norma, que são examinadas isoladamente ou no contexto da oração, a partir de uma função sintática.

O método sistemático realiza a interpretação, analisando a norma a partir do ordenamento jurídico de que faz parte, relacionando-se com todas as outras normas direta ou indiretamente. Consiste em comparar o texto normativo sujeito à interpretação com outros textos normativos do mesmo diploma ou de outros, referente ao mesmo objeto. Dentre os métodos interpretativos, este é o que mais oferece possibilidades interpretativas, tendo em vista que busca associar, na sua investigação, a idéia de que o Direito é um sistema com a idéia de que o sistema jurídico não é fechado.⁶⁰

Pelo método histórico, o intérprete vai buscar os antecedentes históricos, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecedem, bem como o próprio processo legislativo correspondente; a interpretação doutrinária é aquela realizada pelos doutos, estudiosos por intermédio de suas obras científicas; e, por fim, o método jurisprudencial é aquela interpretação realizada pelos juízes e tribunais.

⁶⁰ PASQUALINE, Alexandre. *Hermenêutica e sistemas jurídicos: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1999, pág.123 e SS.

Podemos perceber que, com a evolução da sociedade, acrescida de uma realidade social menos mecânica e formalista, tornou-se cada vez mais clara a deficiência do emprego isolado dos métodos hermenêuticos tradicionais. Desenvolveu-se, assim, uma idéia de nova interpretação constitucional, não importando total desprezo dos métodos tradicionais, apenas considerando que estes são insuficientes para a efetiva interpretação constitucional. A nova interpretação assenta-se na concepção que as normas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao conteúdo unívoco e objetivo que a tradição exegética lhes pretende dar.

Nota-se que a hermenêutica tradicional foi concebida para interpretação das regras, o que se fazia perfeitamente mediante a aplicação da regra ao caso concreto (subsunção). Quando se trata de princípios, isto é, normas que identificam valores a preservar – como o da sociedade em geral -, o modelo tradicional mostra-se totalmente insuficiente, necessitando, assim, de métodos específicos de interpretação.

Barroso⁶¹ lembra que, ao se falar de nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções substantivas, pois, embora a história das ciências se faça em movimentos revolucionários de ruptura, não se trata disso na nova interpretação constitucional. Barroso lembra, ainda, que essa interpretação é fruto de evolução seletiva, pois conserva muitos conceitos tradicionais, aos quais ajunta idéias que anunciam novos tempos e novas demandas.

A propósito, Inocêncio Coelho⁶² adverte que existe, na doutrina, grande discussão sobre a existência de uma *Interpretação especificamente constitucional*. Escreve o ilustre autor:

“A propósito, qualquer levantamento realizado entre os doutrinadores contemporâneos mais conceituados evidenciará que é grande esse entusiasmo,

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 346.

⁶² COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, pág.

muito embora, a rigor, a especificidade da interpretação constitucional se restrinja à parte dogmática das constituições, isto é, àquela parte onde estão compendiados os direitos fundamentais, interpretando-se os preceitos restantes de acordo com os “métodos” tradicionais”.

Ernest-Wofgang Bockenforde⁶³, reforçando esse entendimento, coloca os direitos fundamentais como pano de fundo para embasar sua teoria de interpretação especificamente constitucional.

Repisa-se que, por apresentar a constituição peculiaridades na sua interpretação contribuindo para uma visão própria, um estudo direcionado para suas particularidades e um método mais adequado de interpretação, seguida do desenvolvimento da sociedade e do Direito Constitucional, resultou-se, assim, numa nova hermenêutica direcionada a dar respostas a aspectos da realidade social que não foram devidamente contemplados pela ótica clássica.

Advirta-se que a interpretação constitucional destinada à parte dogmática das constituições – e, portanto, aos direitos fundamentais – serve-se de princípios próprios, aplicáveis apenas às normas constitucionais de índole principiológica, deixando-se às regras constitucionais os métodos hermenêuticos do direito em geral.

3.4. A nova hermenêutica.

Cumpre-nos, nesse momento, após o estudo da hermenêutica clássica – e sua deficiência em interpretar as normas constitucionais - e dos princípios de interpretação constitucional, fazer referência à nova Hermenêutica. Para tanto, seguindo a doutrina do professor Inocêncio Coelho, preferimos a classificação mais ampla de enumeração de tais métodos, a qual é proposta pelo professor português J. J. Gomes Canotilho.

Antes de mais nada, urge esclarecer que muitos autores - dentre eles, Bonavides, Ana Cândido Ferraz e Uadi Bulos - assinalam apenas dois como métodos modernos de

interpretação constitucional: o método científico-espiritual (ou integrativo) e o método interpretativo de concretização.

Os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se especialmente pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição, pois a nova interpretação constitucional “já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do interprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social...”⁶⁴

3.4.1 Método tópico

O método tópico, valorizando o caráter prático da interpretação constitucional, leva em consideração a estrutura normativa aberta, fragmentária e indeterminada das normas constitucionais, impondo que seja dada preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o próprio sistema.⁶⁵

Este método foi desenvolvido pelos juristas alemães, Theodor Viehweg e Josef Esser. A primeira obra sobre o assunto – “Tópica e Jurisprudência” -, de autoria de Viehweg, foi publicada em 1953, no qual conceituou o método como processo especial de tratamento de problemas, caracterizado pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes.

O método tópico caracteriza-se como uma “arte de invenção” e, como tal, uma “técnica aberta de pensar o problema”, estabelecendo uma forma de raciocínio, que procede por questionamentos sucessivos, em torno de uma relação pergunta-resposta. Assim, quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas se revelem insuficientes, o intérprete poderá valer-se de pontos de vista que facilitam e orientam a sua

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit, pág. 435.

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit. pág. 89-90

argumentação – *topoi* – elegendo o critério ou os critérios recomendáveis para uma solução adequada.

Referindo-se ao método tópico, Paulo Bonavides⁶⁶ faz a seguinte ponderação:

“Da tópica clássica, concebida como uma simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, encabeçada por aquele jurista de Mogúncia, compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente”.

Alex, extrai da tópica a idéia de que, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, deve-se determinar quem é que tem os melhores argumentos e qual o meio mais adequado para determinar se um discurso está ou não estruturado de acordo com as regras racionais formais.

A principal crítica feita ao *método tópico* é a de que “além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas”. Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado: são rebaixados à condição de meros pontos de vista ou “topói”, cedendo lugar à hegemonia do problema.

O Professor Inocência Coelho⁶⁷ critica o método, afirmando que por meio dele a discussão e a argumentação acabariam por transformar a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação.

Entretanto, no que pese tais argumentações, Christine Oliveira Peter da Silva⁶⁸, em sua obra *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*, reconhece a tópica como um excelente método para a interpretação das normas constitucionais, entendendo que a textura aberta de tais normas exige que a argumentação implementada em torno delas seja guiada pelo caso concreto posto à consideração. E conclui seu entendimento com um brilhantismo louvável:

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit. Pág. 449.

⁶⁷ COELHO, Inocência Mártires. op. cit. 1997, pág.90

⁶⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 2005, pág. 216.

“acredito que se a argumentação tópica for direcionada a partir de *topoi* controlável, porque conhecidos e aprovados pela comunidade, a tópica apresenta-se, por excelência, como método mais apropriado para a interpretação-concretização das normas constitucionais”.

3.4.2. Método científico-espiritual.

O método integrativo ou científico-espiritual, leva em conta na interpretação constitucional a ordem ou sistema de valores subjacentes à Constituição, bem como o sentido e a realidade que a Carta Magna possui como elemento do processo de integração da sociedade.⁶⁹

Este método foi desenvolvido por juristas alemães capitaneado por Rudolf Smend, tendo como pressuposto básico a idéia de que o interprete deve sempre prender-se à realidade da vida, ou seja, à concretude da existência, compreendida esta, sobretudo, pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.

Neste contexto, importante a lição de Paulo Bonavides:

“Nenhuma forma ou instituto de direito constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional. A Constituição se tona por consequência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se “politiza” consideravelmente, do mesmo passo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época e as circunstâncias”.

E continua o ilustre professor cearense:

⁶⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., pág. 90.

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

Na doutrina de Rudolf Smend, a base de valoração, vale dizer, os valores expressos e tutelados pela Constituição (econômicos, políticos, sociais e culturais) operam como valores de interpretação coletivos dos cidadãos e, destarte, devem ser compreendidos e aplicados.

3.4.3. Método concretista

O método hermenêutico-concretizador, também chamado de interpretativo-concretizador, foi desenvolvido por três juristas alemães Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Cada um deles ofereceu valiosos contributos para o desenvolvimento desse método.

O método concretizante não se fixa apenas nos parâmetros oferecidos pelos métodos tradicionais de interpretação, vai mais além, inserindo outros elementos tais como a compreensão prévia do intérprete, o âmbito normativo e o problema concreto a solucionar.

Ao expor sobre a concepção adotada pelos interpretes do método hermenêutico-concretizador, Paulo Bonavides⁷⁰ afirma que os interpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, com os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-sistemático, como os positivistas mais modernos.

O método concretizador impõe uma relação íntima entre a operação interpretativa e a compreensão prévia do interprete em relação ao problema que se deseja resolver. Um dos

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., pág. 440

defensores desse método é o professor alemão Konrad Hesse, o qual passaremos agora a nos reportar, explicando em linhas sumárias o método concretista por ele adotado.

3.4.3.1 Método concretista de Konrad Hesse

O método concretista de Konrad Hesse parte da hermenêutica filosófica de Gadamer que com a sua obra “*Verdade e Método*”, contribuiu expressivamente para o desenvolvimento da nova Hermenêutica, abandonando também a Hermenêutica tradicional.

Para Hesse, o teor da norma só se completa no ato interpretativo. A compreensão da norma pelo interprete pressupõe uma compreensão desta; essa compreensão pressupõe uma pré-compreensão. Assim, a concretização pressupõe antecipadamente um entendimento do conteúdo da norma concretizada e não deve ser desvinculada nem do problema concreto que se pretende resolver nem da pré-compreensão do interprete a qual deve ser sempre posta à prova e retificada em cada operação interpretativa.⁷¹

Como bem lembra Lenio Luiz Streck⁷² acerca do pensamento de Hesse:

“Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do interprete nem do problema concreto a solucionar. O interprete não pode captar o conteúdo da norma desde o t de vista quase arquiédico situado fora da existência histórica, senão9 unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos”.

Konrad Hesse afirma que a concretização e a compreensão só são possíveis em face de um problema concreto a resolver, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de

⁷¹ SILVA, Christine Oliveira Peter, op. cit., pág 218

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pág. 244.

outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos.

Diante disso, o método concretizador é uma compreensão de sentido, desempenhando o intérprete um papel criador e efetuando uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e à partir do problema (movimento de ir e vir = círculo hermenêutico). Há, aqui, o primado do texto constitucional em face do problema, ao contrário do que ocorre com o método tópico-problemático, em que há primazia do problema em relação a norma.

Destarte, a concepção concretizadora de Hesse acerca da interpretação do Direito se orienta através de um pensamento problematicamente orientado, de uma atividade de construção, não de descoberta. O operador não extrai a norma do texto, como se este previamente a contivesse. A norma, portanto, é edificada a partir da conexão da normatividade com a realidade.

3.4.3.2 Método concretista de Friedrich Müller

O método concretista de Friedrich Müller, segundo Paulo Bonavides, “tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta”.⁷³

Para Friedrich Müller, o "texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo"⁷⁴, que, após interpretado, transforma-se no *programa normativo*. O processo de concretização vai além da interpretação, que seria somente um dos elementos do método. Esta metódica se baseia na idéia de que o processo de concretização da norma é estruturado, ou seja, existem vários elementos de concretização a serem considerados e há uma vinculação entre eles, pois estariam sobrepostos. Neste sentido:

⁷³ BONAVIDES, Paulo. op. cit., pág. 456.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. pág. 215

“A norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados lingüísticos (programa de norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa de norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instancia ordenadora e a instancia a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [sachlich zusammengehören]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente”.⁷⁵

Além do texto, a norma constitucional compreende também um *domínio normativo*, isto é, pedaço da realidade concreta, que o programa normativo só parcialmente contempla.

Segundo Friedrich Müller, a norma constitucional não se confunde com o texto da norma. Ela é mais que isso: é formada pelo programa normativo e pelo domínio normativo. "De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário, portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico."⁷⁶

Assim, a idéia de concretização⁷⁷ visa evidenciar que a *normatividade* se dá na decisão do caso concreto, bem como evidencia que a norma e seu texto são distintos e que esta *normatividade* não reflete necessariamente o que esteja positivado, mas vai além. Segundo Müller:⁷⁸

“Essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Muito pelo contrário, ela é conexas a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do Estado Constitucional burguês da modernidade. Mesmo onde o direito positivo dessa espécie predominar, existe praeter constitutionem um direito constitucional consuetudinário com plena qualidade de norma. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada lingüisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material de Direito Comparado, que dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma”.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 7.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit., pág. 456

⁷⁷ LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, pág. 183.

⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. op.cit., pág. 55-56

É importante ressaltar ainda que a "análise dos dados lingüísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (domínio normativo) são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização." ⁷⁹ Cabe ao intérprete da norma articular tais processos.

Para Friedrich Müller, portanto, a normatividade constitucional consiste no efeito global da norma com seus dois componentes (*programa normativo e domínio normativo*), no processo de concretização, que só se completa quando se chega à norma de decisão, isto é, à norma aplicável ao caso concreto.

3.4.3.3. Método concretista de Peter Häberle

O método concretista de Peter Häberle foi influenciado pela tópica de Theodor Viehweg. Sua metodologia implica na radicalização da orientação tópico-problemática no campo da teoria da Constituição. Partindo da perspectiva conceitual de Karl Popper, defende a adequação da hermenêutica constitucional à *sociedade aberta*, através da democratização da interpretação da Constituição.

Segundo Häberle, a teoria da interpretação constitucional apresenta dois pontos principais: a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação, e a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras. Todavia, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos participantes da interpretação. Isto se dá em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de *sociedade fechada*, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação constitucional dos juízes, ela não é a única possível.

De registrar, com Paulo Bonavides, ⁸⁰ que:

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. pág. 216

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., pág. 228

"A construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérprete da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e "publicização" ("verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit")"

Härbele, ao trabalhar numa metodologia centrada no modelo aberto e pluralista dos participantes do processo de interpretação, abandonando a metodologia jurídica tradicional – vinculada ao conceito de sociedade fechada-, propõe a tese de que não é possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes da Constituição, na medida em que todos os órgãos estatais e potências públicas, assim como todos os grupos e cidadãos, encontram-se envolvidos neste processo de interpretação, que deverá ser tão mais aberto quanto mais pluralista for uma sociedade. ⁸¹

Com efeito, o próprio Peter Häberle ⁸² expõe magistralmente sua tese:

"Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição."

E, adiante, aduz o eminente professor alemão: ⁸³

"Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" ("Zünftamässige Interpreten") e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade ("weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird"). Os critérios de

⁸¹ Häberle oferece a seguinte sistematização do quadro dos intérpretes da Constituição: (1) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo; (2) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, testemunha, parecerista, associações; partidos políticos, dentre outros; (3) os grandes estimuladores do espaço público democrático e pluralista: mídia (imprensa, rádio e televisão), jornalistas, leitores, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, etc; (4) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de todos os demais intérpretes. HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pág. 13.

⁸² HÄBERLE, Peter, op. cit., pág.19-23

⁸³ HÄBERLE, Peter, op. cit., pág.13

interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade."

O *método concretista* da Constituição aberta de Peter Häberle, como se pode perceber, é a própria ideologia democrática e demanda, na sociedade em que for aplicado, alguns requisitos fundamentais: sólido consenso democrático, instituições fortes, cultura política desenvolvida, pressupostos não encontrados em sistemas sociais e políticos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.⁸⁴

Surgiram críticas com relação ao trabalho proposto pelo autor. Os defensores dessa crítica, alegam que a legitimação para a interpretação deveria ocorrer de modo restrito, tão somente ao nível dos entes nomeados pela Constituição para realizar sua interpretação. Entretanto, Häberle entende que esse argumento perde sua força a partir do momento em que consideramos um novo fator a orientar, a hermenêutica constitucional: o reconhecimento de que a interpretação é um processo aberto, onde a ampliação do círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade no processo interpretativo.

A abordagem proposta por Häberle traz conseqüências para o próprio processo constitucional: "Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)".⁸⁵ Acrescente o fato de que, diversos problemas em torno da Constituição material não chegam à Corte Constitucional e será possível perceber que mesmo sem a interpretação judicial a Constituição subsiste. Em uma sociedade aberta existem outras vias que levam à interpretação da Lei Maior, o processo constitucional formal não é a única. Em última instância, significa a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes, principalmente quanto ao alargamento da possibilidade de participação no processo constitucional, permitindo assim uma comunicação efetiva entre os diversos participantes deste amplo processo de

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., pág. 472.

⁸⁵ HABERLE, Peter. op. cit., pág.42.

interpretação. Conseqüentemente, “O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”.⁸⁶

A Hermenêutica tradicional foi concebida para interpretação das regras, mais precisamente das regras de Direito privado, o que se fazia perfeitamente mediante a subsunção, ou seja, a aplicação da regra ao caso concreto. Quando se trata de princípios, isto é, normas que identificam valores a preservar, o modelo tradicional mostra-se totalmente insuficiente, necessitando, assim, de métodos específicos de interpretação, o que foi criado com o advento da nova hermenêutica constitucional.

Sendo a hermenêutica constitucional uma hermenêutica de princípios, é inegável que o ponto de partida do intérprete há de ser os princípios constitucionais, que "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo

⁸⁶ Idem, pág.48. Em texto mais recente, Häberle situa a teoria da Constituição enquanto parte de uma realidade cultural, vendo na cultura – entendida a partir de seus três aspectos essenciais: tradição, inovação e pluralismo – o contexto orientador de todo o Direito, assim como de sua práxis. Direito e Cultura estariam, pois, intimamente relacionados, o que é perceptível não apenas no âmbito material de determinadas normas constitucionais (como, por exemplo, as relativas à educação, à arte, à ciência, etc.) mas também nas formas técnico-jurídicas pelas quais se manifestam (englobando aspectos jurídicos individuais, institucionais e também corporativos). Nota-se aqui que o direito constitucional cultural proposto por Häberle assenta-se nos mesmos princípios de sua obra anterior, pressupondo o entendimento da cultura enquanto uma realidade *aberta*, capaz de dar conta do *pluralismo* hoje existente. A Constituição não se limita para Häberle a uma mera reunião de normas, tampouco é determinada unicamente por fatores materiais, sejam estes entendidos como a estrutura econômica de Marx, ou os fatores reais do poder de Lassalle. Ela constitui fundamentalmente a expressão do legado cultural de determinado povo, de sua tradição e de sua experiência histórica, assim como o reflexo de suas esperanças, de suas expectativas e possibilidades reais de configuração futura, de modo que a Constituição sempre se encontra em uma relação de dependência cultural em relação a todo o povo, constituindo ao mesmo tempo um *ser* e um *dever-ser*. Seu resultado é, pois, obra de todos os intérpretes de uma sociedade que é aberta e pluralista. Desse modo, a tarefa da exegese constitucional não está restringida ao momento da interpretação dos textos normativos, ganhando relevância o papel condicionador que os requisitos culturais exercem sobre a pré-compreensão do intérprete, a ponto de até mera explicitação do teor literal de uma norma ser determinada pelo respectivo contexto cultural. Conseqüentemente, toda modificação cultural termina por implicar em uma transformação da própria exegese, configurando a cultura o pano de fundo material no qual se move a hermenêutica constitucional. Häberle promove, assim, uma *relativização* do conteúdo dos textos normativos: “*El aserto de R. Smend, de 1951, de que ‘cuando dos leyes fundamentales dicen lo mismo, ello no significa que sea lo mismo’ nos lleva a cuestionar cómo es posible justificar el hecho de que los mismos textos jurídicos que aparecen tanto en los llamados ‘pactos sobre derechos humanos’ entre el Este y el Oeste, como en las respectivas Constituciones occidentales, puedan y de hecho deban ser interpretados en el tiempo y en el espacio de formas diferentes. El telón de fondo material que vincula a cada uno de los diferentes criterios hermenéuticos no es otro que las propias culturas nacionales que subyacen a cada una de tales Constituciones; dicho con otras palabras: que el mismo texto encierra diferente contenido en cada una de las culturas en las que aparece, y todo ello además en función tanto del tiempo como del espacio*” (*Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000, pág.45).

constituente como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui."⁸⁷

Passaremos nesse momento a tratar especificamente de cada princípio de interpretação constitucional, como instrumentos principais a condição de possibilidade de uma hermenêutica constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.

3.5. Princípios norteadores da interpretação constitucional.

Os princípios norteadores da interpretação constitucional, também chamados de postulados⁸⁸, constituem tópicos que devem ser observados pelo intérprete, no momento da interpretação-concretização da norma constitucional.

Neste sentido, o professor Canotilho⁸⁹ faz a seguinte ponderação: “O catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante. Este catálogo que os autores recortam de forma diversa, tornou-se um ponto de referência obrigatória da teoria da interpretação constitucional”.

Luís Roberto Barroso⁹⁰, tratando dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, assinala que:

"são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que os institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. pág. 147.

⁸⁸ O professor Celso Ribeiro Bastos chama os princípios norteadores da interpretação constitucional de postulados. De acordo com o ensinamento do professor “*postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida a todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa*”. Afirma que o postulado precede à interpretação, constituindo fórmula interpretativa fornecida pela teoria do Direito, sem cuja observância o intérprete não pode interpretar o texto constitucional. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p.95-107

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. 1999, p. 1148-1151.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. 1998, p.141.

Imperioso esclarecer que esses princípios são desprovidos de caráter normativo, o que significa dizer que não encerram interpretações obrigatórias, valendo apenas como simples pontos de partida ou fórmulas de busca para a solução dos problemas de interpretação.

As obras doutrinárias que tratam do tema ainda não chegaram a um consenso acerca de quais seriam os princípios universalmente relevantes para guiar a tarefa interpretativa-concretizadora das normas constitucionais.

No presente trabalho seguiremos a doutrina de Hess e Canotilho, optando pela apresentação de seis princípios: Princípio da unidade da constituição; Princípio da concordância prática ou da harmonização; Princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora; Princípio da força normativa da Constituição; Princípio da conformidade funcional ou exatidão funcional; Princípio da (máxima) efetividade.

Afora esses princípios, apontaremos, ainda, no capítulo cinco, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, os *princípios da proporcionalidade ou razoabilidade*, e o *princípio da dignidade da pessoa humana*, caracterizados como princípios de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral.

3.5.1. Princípio da unidade da constituição

Todas as normas da Constituição, quaisquer que sejam elas, possuem a mesma importância uma diante das outras. Assim, na conformidade desse princípio, as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas e dispersas, mas sim integradas num sistema unitário de princípios e regras. Resume Eros Grau o referido princípio: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços⁹¹”.

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : RT, 1991.

Este postulado, segundo Canotilho⁹², 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.

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação.

A respeito do tema, elucidativo as lições de Luís Roberto Barroso⁹³:

“A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre estes elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”.

A principal consequência desse princípio assenta no fato de que as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como parte de um todo, coesas e mutuamente imbricadas, evitando ou equilibrando discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais. Exatamente por existir pluralidade de concepções no texto constitucional, revela-se imprescindível estabelecer uma unidade interpretativa.

Assim, a interpretação constitucional, ao ser balizada pelo princípio da unidade da Constituição, tem por fundamento a consideração de que todas as antinomias eventualmente determinadas serão sempre aparentes e solucionáveis, tendo em vista a busca do equilíbrio entre as diversas normas constitucionais.

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1149.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* 1998, p.181.

3.5.2. Princípio da concordância prática.

O princípio da concordância prática, também denominado de princípio da harmonização, é de fundamental importância para interpretação dos direitos fundamentais. Veremos, nos capítulos seguintes que, este princípio se relaciona intrinsecamente com o da proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional.

Formulado por Konrad Hess⁹⁴, esse princípio impõe ao intérprete que "os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto."

O princípio da concordância prática ou da harmonização parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados. Neste contexto revela Inocêncio Coelho ⁹⁵: "*os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concordância, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique de outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto.*"

Assim, pelas explicações acima, pode-se afirmar que, diante da não hierarquização dos bens constitucionalmente protegidos, não deverá haver sacrifícios de uns em relação aos outros, devendo existir uma certa limitação recíproca entre eles, de forma que haja a harmonização ou concordância prática entre estes bens.

3.5.3. Princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora

De acordo com esse princípio, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração

⁹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 32.

⁹⁵ COELHO, op. cit., pág. 91.

política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípua da Constituição.

Assim, partindo de conflitos entre normas constitucionais, a interpretação deve levar a soluções pluralisticamente integradoras.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, não julgou nenhum caso, aplicando o princípio do efeito integrador, o que se justifica pelo fato de que esse princípio é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, no qual existem vários julgados.

3.5.4. Princípio da força normativa da Constituição

O Princípio da força normativa, também idealizado por Konrad Hesse, caracteriza-se pelo fato de que, na solução de conflitos entre normas constitucionais, deve-se dar primazia às soluções ou pontos de vista que possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência, e, logicamente, acompanhada da evolução social.

Hesse⁹⁶ assevera que é necessário “(...) *dar preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais aqueles pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a obter a máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso*”.

Para Conrad Hesse⁹⁷, em sua obra *A força normativa da Constituição*, as normas jurídicas e a realidade devem ser consideradas em seu condicionamento recíproco. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, pois a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Assim, a Constituição para ser aplicável deve ser conexa à realidade jurídica, social, política, não podendo ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de

⁹⁶ HESSE, Konrad. op. cit., 1992, pág. 47-48.

⁹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14-15.

formas diferentes, em uma relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

É importante destacar que o princípio da força normativa tem especial relevância no contexto dos princípios interpretativos, haja visto que não podemos imaginar perda tal força normativa, sob pena de voltarmos à época das meras declarações de direitos, sem qualquer força vinculante.

O professor Inocêncio Coelho, tratando do referido princípio, diz que, esse cânone interpretativo consubstancia um apelo aos aplicadores da Constituição para que procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, densifiquem a sua imperatividade, um apelo que se faz tanto mais necessário quanto sabemos que, ainda hoje, muitos juristas consideram as normas constitucionais como textos meramente programáticos, cuja implementação depende exclusivamente do legislador.

Assim, em última análise, o princípio da força normativa da Constituição diz que uma interpretação adequada da Constituição é aquela que consegue concretizar, de forma, excelente, o sentido a proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁹⁸

3.5.5. Princípio da conformidade funcional ou exatidão funcional

O princípio da conformidade funcional não é exatamente um princípio de interpretação, mas poderá servir também de interpretação dos direitos fundamentais, especialmente quando o Tribunal Constitucional realiza o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Canotilho entende que esse princípio é mais um princípio autônomo de competência do que de interpretação constitucional.

⁹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, pág. 22-23.

Também chamado de princípio da justeza, o princípio da exatidão funcional, diz que, quando a Constituição regula de uma determinada maneira as tarefas dos titulares de funções estatais, o órgão interpretador deve ater-se ao âmbito das funções que lhe são destinadas. Assim sendo, esse órgão não deve modificar a repartição das funções, por meio da maneira e do resultado de sua interpretação.⁹⁹

O professor Inocêncio Coelho, afirma que o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a resultados que subvertam ou perturbem o esquema organizatório-funcional estabelecido no texto constitucional, devendo sempre atentar para os princípios da separação de poderes e funções do Estado.¹⁰⁰

Assim, o princípio da conformidade funcional alerta o órgão interpretador em manter-se nos limites das funções estatais traçadas de uma forma específica pela Constituição, não podendo o intérprete remover a distribuição das funções através do modo e do resultado da sua interpretação.

Neste sentido ensina Canotilho que “O princípio da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.”¹⁰¹

O princípio da conformidade funcional não encontra assento até a presente data nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que talvez se justifique pelo fato de não ser considerado um “verdadeiro” princípio de interpretação constitucional!(?)

3.5.6. Princípio da efetividade

⁹⁹ DINIZ, Márcio. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, pág. 263.

¹⁰⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit. 1997, pág. 91.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina: Coimbra. 3 ed., 1998, pág., 1149.

O Princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da eficiência, preconiza que a Constituição, e suas normas constitucionais, devem gozar da máxima efetividade possível, ou seja, o intérprete tem que dar preferência, sempre que possível, à interpretação e significado do dispositivo constitucional, num sentido de lhe atribuir maior eficácia.

Assim, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, pois, entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador ¹⁰².

O princípio da efetividade constitui um princípio de fundamental importância no âmbito dos direitos fundamentais. Sobre o tema, aduz o professor Inocência Coelho: “(...) *Esse princípio veicula um conselho aos realizadores da Constituição para que, em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar tais direitos, cujas normas, naturalmente abertas, são predispostas a interpretações expansivas*”. E continua: “*Tendo em vista, por outro lado, que, em situações concretas, a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, impõe-se harmonizar a máxima efetividade com as demais regras de interpretação, no âmbito do citado jogo concertado de restrições e complementações recíprocas que singulariza a hermenêutica especificamente constitucional.*”

Na precisa lição de Canotilho, o princípio da efetividade deve ser analisado por um entendimento de otimização ou maximização dos direitos fundamentais:

“A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva, captar o seu vigor “irradiante” e “atuante”. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma “marcha em direção ao vazio”, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais”. (tradução nossa)

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. op., cit., pág. 374

Em derradeiro, o princípio da eficiência, significa o abandono da hermenêutica tradicional, ao reconhecer a normatividade dos princípios e valores constitucionais, principalmente em sede de direitos fundamentais.

4. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Considerações preliminares

Os direitos fundamentais possuem um caráter heterogêneo, bem como um conteúdo aberto, móvel e, por isso, por vezes se encontram em situações de colisão. O conflito entre direitos fundamentais que será examinado é *in concreto*, pois sabemos que as situações de conflito só se apresentam nesse sentido, não sendo possível se cogitar o conflito *in abstracto*.

Robert Alexy dimensionou acertadamente a questão, ao afirmar que "não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais".

Canotilho¹⁰³, ao abordar o tema, conceitua a *Colisão de Direitos Fundamentais* de modo bipartido: “*Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular...A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.*” (grifo nosso)

Os exemplos demonstrados pelo professor para compreensão destas duas dimensões da colisão tratam em primeiro lugar da colisão autêntica, daquela em que os direitos propriamente ditos colidem entre si, assim, por exemplo, a liberdade de imprensa dos Órgãos da Comunicação Social, implica a liberdade de informação e expressão por parte destes profissionais, o que, no entanto, é suscetível de colisão com direitos personalíssimos tais como honra, imagem, privacidade e intimidade. No que diz respeito à colisão em sentido impróprio, que trata do confronto entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade, Canotilho¹⁰⁴ destaca ainda que: “*Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de bens da*

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. pág. 1253

¹⁰⁴ ibidem. pág. 1524

comunidade”. Como exemplos, o professor português cita o direito de propriedade privada restringido pela necessidade de defesa do patrimônio cultural.

Finalizando seu ensinamento, o Professor Canotilho¹⁰⁵ conclui em nota de rodapé: *“Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos”*.

Assim, as situações de conflito apresentam-se das seguintes formas, quais sejam: a concorrência entre dois ou mais direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.

4.2. Concorrência de direitos fundamentais

A concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.¹⁰⁶

Na verdade, a concorrência de direitos fundamentais ocorre quando uma determinada situação ou conduta pode ser subsumida ao âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais, colocando para o interprete da norma o problema de saber qual das normas de direitos fundamentais deve ser aplicada naquele caso, e, por conseguinte, qual a restrição a que estaria o titular daquele direito submetido.¹⁰⁷

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

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. Pág. 1257

¹⁰⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter Da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais – Uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pág. 109.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 110.

Alexy¹⁰⁸ denomina a concorrência de direitos fundamentais como colisão em sentido estrito, que ocorre quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Vale evocar que, a colisão em sentido estrito comporta duas espécies: de direitos fundamentais idênticos e de direitos fundamentais diversos.

Dentre os primeiros podemos pinçar: a) colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade (reunião na mesma praça pública, p.ex); b) colisão de direito fundamental de defesa de caráter liberal com direito de proteção (p.ex. a decisão de atirar no seqüestrador para proteger a vida do refém ou da vítima); c) colisão dos caracteres negativos e positivos de um mesmo direito (liberdade religiosa, p.ex. que tanto pressupõe a prática de uma religião, como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa); d) colisão entre o aspecto jurídico e o fático de um determinado direito (tem-se aqui um debate comum ao direito de igualdade, como por exemplo, se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade).¹⁰⁹

Como típico exemplo de colisão dos direitos fundamentais podemos citar, aquele entre liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (art. 5º, IX, CRFB/88) com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X CRFB/88).

No que tange à tensão entre liberdade de expressão e a intimidade, a honra e a imagem, existe no Supremo Tribunal Federal precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, consideradas as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos ¹¹⁰. Nesse sentido, o Supremo vem estabelecendo critérios para a aferição da eventual ofensa à honra e à imagem, haja visto a exposição pública das pessoas.

¹⁰⁸ ALEX, Robert. op. cit. 1999, pág. 69.

¹⁰⁹ Ibidem. pág. 69-70

¹¹⁰ É o que se pode depreender da ementa de acórdão proferido no Habeas corpus n. 78.426 in Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva. 2ª Ed, 2008, p. 354.

EMENTA: Crimes contra a honra e a vida política. È certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma

Assim, trouxemos recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede da Petição nº 8700/2008 requerida pelo o extraditando David Peter, reitera seu posicionamento no qual se estabelece critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou menor exposição pública das pessoas. Ademais, a decisão colacionada, juntamente com o parecer do órgão ministerial, nos acrescenta ainda mais o trabalho e o pensamento que até o presente momento se estende, qual seja, a idéia de que o conflito ou colisão de direitos fundamentais comporta temperamentos, pois, nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção.

“O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se nos seguintes termos quanto à Petição no 8700/2008: [...] 7. A pretensão posta pelo Requerente diz com a tutela dos direitos da personalidade em confronto com o direito à informação. É permanente a tensão dialética entre esses dois direitos, ambos protegidos constitucionalmente. Nesse caso, a solução da demanda depende da eleição do interesse preponderante no caso concreto, bem como da constatação acerca de eventual abuso no exercício da liberdade de informação. 8. Cumpre ressaltar a princípio que, na petição sob análise, em momento algum, faz-se qualquer alusão ao suposto noticiamento de informações falsas ou incompletas. Sustenta-se unicamente que a divulgação de informações verídicas relacionadas ao processo de extradição a que foi submetido DAVID PETER REUMER estaria causando-lhe prejuízos de ordem material e moral e, por isso, tais informações deveriam ser retiradas das páginas eletrônicas. 9. Cabe ressaltar, ainda, que não houve pedido de decretação de 'Segredo de Justiça' na Extradicação no 896, que tramitou de modo público e irrestrito. 10. Impende, portanto, aplicar a proporcionalidade entre as regras constitucionais e a hierarquização do bem a merecer a tutela da jurisdição. 11. Bem se sabe que o direito à informação é de natureza coletiva, titularizado pela sociedade, que o exerce primordialmente por intermédio da informação jornalística, que há de ser livre, essencial que é aos direitos fundamentais e à democracia. 12. Na espécie, o objetivo colimado pelo requerente não tem o condão de prevalecer sobre o interesse público, inclusive de seus eventuais empregadores, em ter acesso a informação acerca de fatos públicos e verídicos. 13. Sem dúvida, é com sustento na imperativa publicidade das decisões judiciais que se atende a esse desiderato. Somente em situações excepcionais, a exemplo de comprometimento da segurança nacional e de outros procedimentos que, pela sua própria natureza, devam guardar sigilo, é que tal publicidade pode ser mitigada. 14. Na hipótese dos autos, não se vislumbra a ocorrência de quaisquer dessas situações, senão a hipótese que indica a regularidade das informações constantes nos links eletrônicos. 15. Do mesmo modo, o requerente não logrou demonstrar o caráter supostamente violador ou ilegal das notícias veiculadas. 16. Assim, encontrando-se as matérias jornalísticas condizentes com o intuito de informar

maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade de crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízes desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-prefeito, deixado o Município com dívidas causadas por suas falcatruas.

assunto público, não existe razão jurídica para a retirada dos links ou para limitar-se o acesso a estes. 17. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo indeferimento dos pedidos de exclusão ou de limitação de links da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal ou de outros sites da internet que noticiem acerca do processo de extradição a que foi submetido DAVID PETER REUMER” - (fls. 386-388). Muito se tem discutido entre nós sobre os limites de liberdade de imprensa e da liberdade artística em relação aos direitos de personalidade, especialmente em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Percebe-se a existência de uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision). Fala-se em colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade [CANOTILHO, Direito constitucional, cit., p. 643 e s.; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte: Staatsrecht II, cit., p. 72 e s]. Assinale-se que a idéia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção. Dessarte, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram conflitos aparentes, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo [RÜFNER, Wolfgang, Grundrechteskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, v. II, p. 452 (455-456)]. Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual[RÜFNER, Grundrechteskonflikte, cit., p. 461]. Um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais é assinalado por Edison Farias: a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); ou a liberdade interna de imprensa (art. 38º, 2º, da Constituição portuguesa), que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação pode entrar em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas [Cf., sobre o assunto, FARIAS, Edison Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996, p. 94 e s.] Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). No que se refere à tensão entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, existe, no Supremo Tribunal Federal, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, consideradas as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas. É o que pode depreender da ementa de acórdão proferido no Habeas Corpus no 78.426, verbis: Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha

dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município 'com dívidas causadas por suas falcatruas' [HC 78.426-6-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 7.5.1999]. No caso dos autos, a Extradicação no 896 tramitou publicamente, sem qualquer solicitação, por parte do extraditando, de decretação de “segredo de justiça”. Os fatos ocorridos durante o processo extradicional foram veiculados de forma pública e fidedigna. Ademais, no endereço eletrônico deste Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), consta do relatório de andamentos da Extradicação no 896/Confederação Helvética o motivo pelo qual o feito extradicional perdeu o objeto: “o Governo da Suíça renuncia à execução da extradicação (Petição no 119.127/2004 - andamento de 10.11.2004)”. Portanto, ao aplicar a proporcionalidade entre as regras constitucionais ora em questão, a saber, o direito de informação e o direito de personalidade, não vislumbro, no presente caso, qualquer violação aos interesses do extraditando, sequer a existência de colisão entre seus direitos individuais e o direito de informação da comunidade, aptos a mitigar a publicidade dos atos do processo extradicional. Nestes termos, indefiro os pedidos das Petições no 8700/2008 e no 74.454/2008. Intime-se. Junte-se aos autos a Petição no 74.454/2008. Brasília, 15 de julho de 2008. Ministro GILMAR MENDES Presidente”. (grifo nosso)

Da análise do caso, podemos depreender que o Supremo Tribunal Federal mantém entendimento definindo critérios que irão justificar o exame da ponderação, fixando-se a noção de que os homens públicos estão submetidos à exposição de suas vidas e suas personalidades e, conseqüentemente, terão que tolerar críticas que, para um homem comum poderiam significar uma violação à sua imagem, honra e intimidade. Convém evidenciar que esta “diferença” entre o homem público e homem comum não outorga um ilimitado direito ao crítico, especialmente quando imputa a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade.

Canotilho propõe duas formas de orientação para a problemática da concorrência dos direitos fundamentais: a) a solução da concorrência quando existem normas constitucionais especiais: afirma o professor que, nesse caso, trata-se de concorrência apenas aparente, pois a norma mais específica prevalece sobre a mais genérica, inevitavelmente; b) a prevalência dos direitos fundamentais menos limitados ou que reúnam em maior grau elementos estruturantes de um dos direitos: nessa segunda hipótese, o professor Canotilho ensina que não se trata de estabelecer uma escala de valor de um em relação ao outro, mas, sim, de verificar se há reserva de lei para um dos direitos; e qual a pretensão que o indivíduo pretende realizar de forma mais direta e imediata.

O trabalho do intérprete ao confrontar-se com uma situação de concorrência, deve buscar a solução interpretativa que compatibilize o âmbito de proteção das duas normas concorrentes. Registre-se, assim, que a concorrência não apresenta maiores complicações, pois, de uma forma ou de outra, impõe-se a proteção dos direitos individuais concorrentes, sem que o intérprete tenha que optar por uma das normas.

4.3. Conflitos entre um direito fundamental e outros bens jurídicos constitucionais.

A colisão entre um direito fundamental e outro valor jurídico constitucional ocorre quando interesses individuais se contrapõem aos interesses da comunidade, reconhecidos pela Constituição Federal, tais como: educação, saúde, patrimônio cultural. A doutrina costuma classificar esse tipo de colisão como em sentido amplo, citando como exemplo a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g., à utilização da água ou à defesa do meio ambiente.

Canotilho e Moreira¹¹¹ asseveram que os interesses da comunidade não são todos e quaisquer bens jurídicos, são apenas aqueles bens coletivos protegidos pela Constituição. Podemos citar como exemplos: a saúde pública (art. 6º da Constituição Federal/88) pode colidir com o direito de livre locomoção (art. 5º, XV da Carta Magna/88); o bem jurídico patrimônio cultural (art. 216, §1 da CF/88) pode colidir com o direito de propriedade (art. 5º, XXII da CF/88).

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário nº 153.531, tendo como impetrante a Associação de Defesa dos Animais em face do Estado de Santa Catarina, julgou o caso referente ao chamado “proibição da farrá do boi”. Pelo voto do Ministro Marco Aurélio, retrata-se o conflito entre a proteção e o incentivo de práticas culturais e a defesa dos animais contra práticas cruéis:

“Se, de um lado, como ressaltou o eminente Min. Mauricio Correia, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, pág. 136.

exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais - e a Constituição Federal é um grande todo -, de outro lado, no capítulo VI do art. 225, temos um proibição, um dever atribuído ao Estado: (...)

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas a prática é cruel. Admitida a chamada “farra do boi”, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O jornal da globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior.

(...) Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal”.

Na verdade, o que ocorre no caso ora citado, é um conflito sociológico entre uma norma jurídica de proteção da fauna e a moralidade ética de um povo. O Supremo Tribunal Federal, realizando a ponderação dos bens em jogo, afirma que o caso ultrapassa os limites de uma típica manifestação cultural, dando prevalência para a proteção dos animais, considerando ser a prática eivada da mais alta crueldade. Nesse sentido, foi dado prevalência ao direito fundamental à proteção do meio ambiente. E não podia ser diferente!

5. MECANISMOS SOLUCIONADORES DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. Considerações preliminares

Durante muito tempo, a subsunção foi à única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes¹¹².

Por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, conforme estabelecido, a solução subsuntiva não é constitucionalmente adequada, pois o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra, como se houvesse hierarquia entre as normas de direito fundamental.

Sobre a hierarquia como forma de solução dos conflitos, o professor Gilmar Mendes¹¹³ ensina que, o estabelecimento de uma ordem hierárquica entre as normas de direitos fundamentais pode desnaturá-las por completo, e, conseqüentemente desfigurar também a Constituição, enquanto complexo normativo unitário e harmônico.

José Carlos Vieira de Andrade ¹¹⁴, apresentando-se também contra esta solução, afirma que o conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido com o recurso à idéia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais, tendo em vista que não se pode estabelecer uma hierarquia entre os bens, para, assim, sacrificar os menos importantes.

Todavia, a melhor doutrina tem admitido excepcionalmente, como parâmetro para uma valoração hierárquica das normas consagradoras de direitos fundamentais, os casos de aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que integra os postulados

¹¹² BARROSO, Paulo Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história - a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Texto publicado em Pág.

¹¹³

¹¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pág. 221.

fundamentais da ordem constitucional brasileira. O professor Gilmar Mendes, citando Dürig consagra a seguinte fórmula: “valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material”.¹¹⁵ Por ser o princípio da dignidade da pessoa humana um tema de inegável importância no presente trabalho, voltaremos a nos reportar mais adiante.

Como a colisão de direitos fundamentais, em tudo se assemelha à colisão de princípios, exige, assim, a observância de outros processos para a solução dos conflitos. Este novo caminho é esclarecido por Paulo Gonet Branco¹¹⁶: “*No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro*”.

Isto ocorre porque os princípios são “mandados de otimização”, devendo haver um sopesamento dos interesses envolvidos no caso controvertido, a fim de que seja fixado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que se põe em oposição aos seus preceitos. Trata-se, da aplicação de critérios de justiça prática.

É nesta perspectiva que surgem os elementos solucionadores de conflitos, a fornecer critérios mais claros e seguros de solução de casos de intrincadas colisões de direitos fundamentais, enfraquecendo a possibilidade de interpretações puramente subjetivas e atentatórias ao princípio da segurança jurídica.

5.2. Mecanismos de solução de conflitos e a técnica da ponderação.

A solução do conflito entre direitos fundamentais pode ser confiada ao legislador, quando a própria norma constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou ao intérprete, quando a ele incube a tarefa de resolver o conflito, por meio da resolução de um caso concreto que lhe é levado à apreciação.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. op. cit., pág. 283

¹¹⁶ BRANCO, Paulo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. op. cit. pág. 182

Portanto, faz-se necessário, em primeiro lugar, verificarmos se pelo menos um dos direitos fundamentais está sujeito a reserva de lei restritiva, ou seja, se um deles possui limitação expressa ao seu exercício, porque, se assim não estiver, caberá ao Poder Judiciário, no julgamento do caso concreto, estabelecê-lo, o qual deverá atuar com fundamento em um juízo de ponderação entre bens e valores.

A ponderação consiste, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. Isto porque, as situações de direitos fundamentais envolvem confronto de interesses ou valores albergados por normas constitucionais de mesma hierarquia e grau de generalidade.

A colisão entre direitos fundamentais é uma hipótese típica de casos difíceis, posto que essa tensão ocorre entre direitos fundamentais expressos por normas constitucionais de igual hierarquia e força vinculante. Vale frisar que não se trata de invalidar um dos direitos ou bens em tensão, solução esta que se daria para o conflito de regras e que não poderia ser aplicada ao conflito de princípios.

A ponderação, portanto, é técnica indeclinável, mercê da complexidade de nossa sociedade e da própria Constituição. Logicamente que não pode este instrumento ser desvirtuado a ponto de tornar-se ferramenta para uma interpretação totalmente dependente da subjetividade do intérprete.

É nesta perspectiva que surge a necessidade de fixação de parâmetros dentro dos quais deve funcionar a ponderação. Com efeito, a ponderação, desde que observados os parâmetros citados, aparece como técnica destinada a garantir certa uniformidade das decisões, bem como alguma previsibilidade das conseqüências advindas de conflitos de direitos, visto que devem ser os mesmos critérios utilizados, como tática para fugir da subjetividade.

São três as fases da ponderação. Primeiramente, o aplicador identifica as normas veiculadoras de direitos fundamentais que estão em conflito. Depois, passa a examinar a situação fática e sua repercussão sobre as normas conflitantes. Na última fase, que é a da decisão, deve haver uma apreciação conjunta dos diferentes grupos de normas e a

repercussão dos fatos sobre eles, com o desiderato de atribuir “pesos” aos diferentes elementos em colisão, determinando quais devem prevalecer e em que intensidade. É o que se chama de sopesamento.

Atente-se para o fato de que os parâmetros que serão apresentados não são rígidos e imutáveis, mas apenas balizas, elementos norteadores de uma interpretação.

5.2.1. Leis restritivas de direito

Embora o objeto do presente estudo seja a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no que respeita ao conflito entre direitos fundamentais, entendemos ser de imperiosa relevância fazer referência à reserva de lei restritiva. Os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, por isso surge a necessidade de normas restritivas, que são regras que imitam o exercício de direito fundamental. Vale destacar que os direitos individuais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional. São as chamadas restrições mediatas, ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na Constituição Federal.

A Carta Política de 1988, assim como as Constituições anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica de restrição legal a direitos individuais. Para compreendermos qual tipo de limite é imposto pelo legislador, é imperioso analisar a tradicional distinção entre limites internos e limites externos aos direitos fundamentais.

Gavara de Cara¹¹⁷ entende que, limites internos são aqueles que servem para determinar o conteúdo direto, resultando intrínseco a este.

A doutrina constitucional alemã sustenta que limites internos não são restrições propriamente ditas, pois não constituem supostos de limitação de direitos fundamentais em sentido estrito, porque os casos em que se aplicam são aqueles em que o exercício não

¹¹⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bom. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 1994. pág. 159.

pertence ao âmbito jurídico específico do direito fundamental¹¹⁸. Em outras palavras, é uma hipótese de não-direito. Conforme essa concepção, limites internos aos direitos fundamentais não são autênticos limites.

Nesse sentido, Alexy leciona não serem limites internos, mas cláusulas restritivas constitucionais expressas com status de norma-regra convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. A cláusula restritiva expressa pode aparecer como parte do enunciado normativo que confere um direito fundamental ou em parágrafo separado do enunciado normativo, ressaltando, apenas, que tal fato não altera sua natureza de restrição.

Já os limites externos ou indiretamente constitucionais, assim denominados por Alexy, são restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional. Essa restrição se manifesta por meio de cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei.

Alexy¹¹⁹ entende, contudo, que as reservas de lei não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restrição. São normas dirigidas ao legislador. Daí, então, o referido autor afirmar que as restrições propriamente ditas, introduzidas no ordenamento jurídico mediante lei, são normas de mandato ou proibição dirigidas ao cidadão.

Imperioso destacar que a reserva de lei, em matéria de direitos fundamentais, autoriza falarmos em um sistema geral de reservas, de acordo com a Lei Fundamental de Bonn, na qual classifica a reserva de lei em: reserva de lei ordinária, de lei qualificada e de lei geral¹²⁰.

A reserva de lei ordinária, também denominada de simples reserva legal ou simples restrição legal, é aquela que autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, por ele indicado, sem fixar pressuposto ou objetivos a ser observado pelo legislador.

¹¹⁸ Ibidem. pág. 159

¹¹⁹ ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, pág. 272-273.

¹²⁰ MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental Alemã. *Revista Jurídica Virtual, Brasília, n° 2, jun. 99* – disponível em: //WWW.planlato.goc.br, capturado em 29/06/99.

Podemos encontrar, no artigo 5º da Constituição brasileira vigente, inúmeros dispositivos que tratam da reserva legal simples.

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Os incisos ora referidos demonstram que, o constituinte se valeu de várias expressões para caracterizar a reserva legal simples (na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei).

Já a reserva de lei qualificada, também denominada reserva legal ou restrição legal qualificada, é aquela em que a autorização de restrição exige o atendimento de determinados pressupostos ou objetivos a serem perseguidos. Assim, nesse tipo de reserva, tem-se, além da autorização para restrição do direito fundamental, os pressupostos e/ou objetivos a serem alcançados pelo legislador.

A Carta Política de 1988, artigo 5º, inciso LX preceitua que *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”*. Nessa hipótese, fica demonstrado que, além da autorização de restrição, temos a persecução de pressupostos.

Das espécies de reserva de lei, a mais difícil de ser definida é a reserva de lei geral. Na Lei Fundamental alemã, o artigo 5º, parágrafo 2º, é o único caso de reserva de lei geral.

Citado dispositivo dispõe que os direitos de liberdade de expressão e de informação têm seus limites nas disposições das leis gerais¹²¹.

Nesse sentido, Gavara de Cara¹²² leciona que:

“O pressuposto para que sejam consideradas constitucionais estas leis gerais limitadoras da liberdade de expressão é uma neutralidade valorativa desde o ponto de vista formal em relação ao direito limitado. A finalidade da lei geral deve ser proteger um interesse de caráter geral. Até onde pode chegar esta limitação de direito à liberdade de expressão, desde um ponto de vista material, deve ser examinado com prioridade a sua realização com base no caso particular. A diferença desta reserva de lei geral deve observar lei geral em relação à reserva de lei ordinária é que a lei geral deve observar uma neutralidade valorativa em relação ao direito fundamental limitado e não estar destinada ao desenvolvimento direto do direito a liberdade de expressão”.

Podemos concluir assim, que, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, em que pelo menos em um desses direitos haja previsão constitucional de restrição legal, a solução será dada pelo legislador, ou seja, o próprio legislador constitucional ou infraconstitucional solucionará o conflito, mediante dispositivos que restrinjam o exercício de um dos direitos conflitantes. Entretanto, não havendo essa previsão, o conflito será solucionado pelo Poder Judiciário, aplicando os princípios de interpretação constitucional e princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios.

5.2.2. Princípio da Proporcionalidade

Após a análise das colisões dos direitos fundamentais, passaremos a estudar o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, e sua importância destacada na solução de conflitos.

O seu nascedouro está intimamente ligado ao Direito Administrativo com o advento da nova modalidade de Estado, o Estado Constitucionalista, tendo sido empregado para

¹²¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. op. cit. pág. 114

¹²² Ibidem. Pág. 145

limitar o poder de polícia. Conforme Suzana de Toledo Barros¹²³: *“o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”*.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se e foi incorporado ao direito constitucional, onde ganhou força e se irradiou por vários outros ramos do direito. A sua vinculação ao direito constitucional dá-se pelos direitos fundamentais, pois, conforme já assinalado, tem a função primária de preservá-los, bem como protegê-los, estabelecendo seus limites. Entende-se, assim, ser um princípio aplicável a todo e qualquer ordenamento, de qualquer Estado. É princípio geral de direito constitucional, assim como o princípio do Estado de Direito.

No Brasil, embora não exista disposição expressa sobre a matéria, verifica-se crescente aplicação de seus postulados, aparecendo o princípio da proporcionalidade como uma norma esparsa do texto da constituição. Barroso¹²⁴ leciona que:

“O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.

Conquanto haja concordância a respeito da presença da idéia de proporcionalidade em nossa Constituição, divergem vários autores quanto à identificação do seu lugar no Texto Constitucional, havendo quem o identifique com a cláusula do devido processo legal, como por exemplo, Luiz Roberto Barroso; outros como, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, o identifica com o princípio do Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade; e, ainda há aqueles como Paulo Bonavides que entendem ser desnecessário buscar filiações da proporcionalidade com outro qualquer princípio explícito da Constituição.

¹²³ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. 2000, pág. 35.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. 2002, pág. 213.

Interessante opinião é aquela que diz: “*que a existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais*”¹²⁵.

Entretanto, por ter o Brasil feito à escolha política pelo Estado Democrático de Direito, onde, por isso, a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro da gravidade da ordem jurídica e com status constitucional, resta claro que o princípio da proporcionalidade decorre basicamente do Estado de Direito.

Conceituar o princípio da proporcionalidade não é tarefa das mais simples, conforme menciona Bonavides¹²⁶, citando Xavier Philippe, pois há princípios que se oferecem mais à compreensão do que à definição e o princípio da proporcionalidade se encontra neste rol.

De qualquer sorte, apresentamos algumas definições que a doutrina tenta elaborar. Barroso¹²⁷ exprime que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Na lição de Stumm¹²⁸, “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição de excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito, a exigência da análise da relação meio e fim”.

Nesse sentido, Canotilho¹²⁹ leciona que “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, a adequação e proporcionalidade dos atos dos Poderes Públicos em relação aos fins que eles perseguem”.

A título de curiosidade, ao analisarmos a palavra “proporcional” no dicionário (HOUSSAIS, 2001, p. 2313) encontramos a seguinte definição: *em que há proporção*

¹²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. 2000. pág. 91.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., pág. 224

¹²⁸ STUMM, Denise Raquel, *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995, pág. 78-79.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., pág. 177

correta, equilíbrio, harmonia. E é neste sentido que utilizamos o princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, como uma ponderação correta e harmoniosa entre dois interesses que esteja em conflito perante um caso concreto, em uma hipótese real e fática.

O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessiva. Assim, para que os direitos fundamentais possam ter efetivação, isto é, aplicabilidade, devem ser ponderados quando estiverem em choque, colisão.

Mas como e quando ponderar estes direitos? Somente diante de um caso concreto, quando haja um aparente conflito entre normas, ou melhor, entre direitos é que poderemos utilizar a tática da ponderação. Afinal, a ponderação de interesses só se torna necessária quando de fato estiver caracterizada a colisão de princípios constitucionais em um caso concreto.

Mas, isto não torna um direito mais importante ou mais fundamental que outro como estudado em linhas pretéritas. O que acontecerá é que diante de uma situação específica e bem determinada um direito será preterido em relação ao outro, pela sua importância naquele caso em questão.

Assim, tem-se que é o princípio da proporcionalidade que se permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, quando se tem direitos fundamentais em conflito perante um caso concreto, é necessário que ocorra uma ponderação, como o princípio da justa-medida, buscando uma harmonia entre os direitos, para que, conforme já fora dito, não se tornem os mesmos sem efetivação e aplicabilidade.

Afinal, poderá em certos casos ter maior peso a honra e a vida privada e, em outros a liberdade de expressão. Como saber? Não há! Porque somente diante de um caso concreto, de uma hipótese fática e real é que se poderá dizer qual prevalecerá.

Para que se possa ter um entendimento mais completo sobre o princípio da proporcionalidade é necessário à identificação e compreensão do que a doutrina pátria,

seguidora da doutrina alemã, chama de subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade.

De acordo com a lição de Paulo Bonavides ¹³⁰, o princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento, princípio da adequação e princípio da exigibilidade ou mandamento do meio mais suave.

5.2.2.1. Elementos ou subprincípios da proporcionalidade

O Tribunal Constitucional alemão utiliza as expressões citadas abaixo associadas à proporcionalidade, como regra condutora de toda atividade estatal decorrente do princípio do Estado de Direito: “excessivo” (*Übermässig*); “inadequado” (*Unangemessen*); “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*)¹³¹.

Braga¹³² ensina que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo possui o significado de proibição de excesso; já *stricto sensu*, representa um “equilíbrio” no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus.

Guerra Filho¹³³ cita a jurisprudência alemã que aplica os elementos da proporcionalidade, em decisão célebre do *Bundesverfassungsgericht* acerca da armazenagem de petróleo, em 16.03.71:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional - O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios*. São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 318 e segs.

¹³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: _____ (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 26

¹³² BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 84.

¹³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., pág. 27

Nesse sentido, os subprincípios da proporcionalidade são: adequação (*Geeignetheit*) ou conformidade, ou seja, correspondência entre meio e fim; exigibilidade (*Erförderlichkeit*) ou necessidade, isto é, escolha do meio mais suave; e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), na qual as vantagens da medida devem superar os sacrifícios.

5.2.2.1.1 Adequação.

A adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, traduz a idéia de que o meio adequado é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir, para tanto, uma congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma.

Pela adequação (aptidão ou pertinência), teremos que analisar a idoneidade da medida, para saber se, pelo menos em tese, atinge o fim colimado, sendo passível de anulação o ato que for considerado inapto para atingir determinado fim. Vale ressaltar que, para anulação do ato inadequado, não precisa ser demonstrado que existia outro meio para o alcance do fim e muito menos que esse meio é menos gravoso, como ocorreria no subprincípio da necessidade.

Assim, sob o prisma da adequação, numa colisão de direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que se demonstre mais pertinente para atingir o fim, tendo como baliza a realização do interesse público, segundo ensina Ulrich Zimmerli, citado por Daniela Lacerda¹³⁴.

5.2.2.1.2 Necessidade e exigibilidade

¹³⁴ SANTOS, Daniela Lacerda Saraiwa. *O Princípio da Proporcionalidade*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 363.

“A idéia de proibição do excesso está diretamente ligada a este aspecto da proporcionalidade, já que é ele que impede a opção pelo meio menos gravoso”¹³⁵.

O subprincípio da necessidade significa, assim, a escolha menos gravosa aos interesses constitucionalmente tutelados, isto porque, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais, ou seja, existente uma pluralidade de opções, o agente estatal deve lançar mão do menor esforço possível ou buscar o resultado menos gravoso dentre os pronunciados. Por esta razão, Xavier Philippe define este subprincípio com a máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

Na perspectiva do presente estudo, temos que este subprincípio é fundamental para o intérprete quando se coloca diante de uma colisão, devendo escolher, dentre as várias formas de concretização de determinado direito fundamental, aquela que for menos gravosa ao direito colidente, isto porque não poderá de forma alguma considerar inválido o princípio que ora se encontra em estado de colisão. Neste sentido, Bonavides: “considera-se necessário o meio se não exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se almeja”.

O professor Gilmar Mendes¹³⁶, citando Pieroth e Schlink, assevera que, para uma medida ser necessária, deverá ser adequada, pois o pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da inexigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Esclarecendo a forma de aplicação do princípio, Alexy¹³⁷ caracteriza a necessidade com o seguinte exemplo: para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D1, podem ser aptas duas medidas M1 e M2, no entanto, se M2 é menos nociva ao Direito, por não atingir outro direito do titular ou de outrem D2, ela

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., pág. 208

¹³⁶ MANDES, Gilmar Ferreira. op. cit. pág. 50.

¹³⁷ ALEXY, Robert. op. cit., pág. 78.

deverá ser a empregada. Assim, embora M1 e M2 possam atingir o fim F, somente M2 é exigível.

É importante destacar a noção de que, para não ser questionada a interferência do Poder Judiciário nos atos estatais, com uma possível ofensa à separação dos poderes, o juiz poderá avaliar se a medida escolhida é apta e necessária à obtenção do fim, afastando-a em caso contrário, e deixar ao legislador/administrador a escolha acerca de qual, entre os meios subjacentes, é o mais adequado ou exigível¹³⁸.

5.2.2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado razoabilidade, exigibilidade ou justa medida, complementando os princípios da adequação e necessidade, quando estes se mostrarem insuficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, tornando-se, assim, bastante relevante para indicar se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim colimado.

Barros¹³⁹ ensina que:

“Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro”.

Gilmar Mendes define a sua função: “A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um ‘controle de sintonia fina’, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”¹⁴⁰.

¹³⁸ BRAGA, Valeschaka e Silva. op. cit. pág. 89

¹³⁹ BARROS, Suzana de Toledo Barros. op. cit., pág. 85

A distinção que podemos apontar entre os princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito está no fato de que o primeiro cuida de uma otimização relativamente às possibilidades fáticas, enquanto o segundo envolve a otimização de possibilidades jurídicas¹⁴¹.

Alexy¹⁴², assim como o fez para o subprincípio da adequação, cita como exemplo da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito o seguinte caso: imaginemos a situação em que M1 e M2 são meios igualmente adequados para a realização de um fim F, reclamado pelo direito D1, M2 afeta a realização de D2 menos que M1, mas, em contrapartida, M1 é menos restritivo a D3 que M2. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger M1, realizar D1 e, com isto, estabelecer preferência de D3 frente a D2; b) eleger M2, realizar D1, dando-se prevalência a D2 em relação a D3, ou c) não eleger nem M1 nem M2, elegendo preferência de D2 conjuntamente com D3 frente a D1.

Podemos depreender assim que, qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa de precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, esse terceiro elemento ou subprincípio implica o máximo benefício possível com o mínimo de sacrifício, avaliando-se o custo-benefício da medida restritiva e ponderando os direitos em jogo. Assim: “de um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”¹⁴³.

O mandamento da ponderação de interesses corresponde à proporcionalidade em sentido estrito, podendo ser assim formulada: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”, ou seja,

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves reflexões*. op. cit., pág. 251.

¹⁴¹ ALEX, Robert. op. cit. pág. 112-113.

¹⁴² ALEX, Robert. op. cit., pág. 112-113

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris. 2001. pág. 89.

“quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”¹⁴⁴.

Destarte, na análise da colisão de direitos, é imprescindível o recurso à proporcionalidade como forma de suavizar a aplicação pura e direta das normas constitucionais, sempre tendo em mente os valores envolvidos e a melhor maneira de otimizar sua aplicação, balizando a interpretação pela efetivação do interesse público, no mesmo momento em que se impede sacrifício aos direitos do indivíduo.

5.2.3 Princípio da Interpretação conforme à Constituição.

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação, conforme enfatizou em decisão exemplar o STF, o princípio da interpretação conforme a Constituição tem como finalidade fazer que nenhuma lei seja declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição.

A interpretação das leis “conforme a Constituição” passou a ser método autônomo na Hermenêutica contemporânea, pois decorre da natureza rígida das Constituições e da hierarquia das normas constitucionais, ou seja, de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional. Bonavides explica o procedimento da interpretação conforme a Constituição:

“Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição”.

¹⁴⁴ ALEX, Robert. op. cit., pág. 78

Em outro sentido, o professor Canotilho¹⁴⁵ entende que tal interpretação só é possível quando existe um “espaço de decisão”, ou seja, uma margem de manobra interpretativa e também que o fato de proferir o agente aquela interpretação da lei conforme a Constituição não possa jamais desbordar para uma interpretação *contra legem*. Assim, se a atividade de interpretação chegar a um resultado segundo o qual a norma jurídica encontra-se em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, desse norma, proibindo-se a sua correção pelos tribunais.

“A interpretação das leis em conformidade com a Constituição deve ser afastada quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta oposição com os objetivos pretendidos pelo legislador”.¹⁴⁶

Neste sentido, a interpretação conforme à constituição “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”.¹⁴⁷

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes¹⁴⁸, "oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição".

A interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, é um princípio imanente da Carta Política, isto porque não existe nada mais imanente a uma Lei Maior do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Nesse sentido, sendo um princípio imanente, os juízes e tribunais não podem sonegar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.¹⁴⁹

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. pág. 236.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. pág. 1152

¹⁴⁷¹⁴⁷ STF, Pleno, Adim 1344-1/ES, medida liminar, rel. Moreira Alves

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saravia, 1996, pág. 222.

¹⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 1999, pág. 77

Podemos concluir, após a análise dos princípios de interpretação constitucional, que todos os princípios não existem por si, sempre estão se relacionando uns com os outros, não podem ser considerados como compartimentos estanques, pois se complementam. Esta relação conectiva entre os princípios se mostra bastante clara, pelo fato de o princípio da concordância prática decorrer da unidade da Constituição. Outra peculiaridade que não podemos deixar de mencionar é a importância desses princípios para a interpretação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente para solucionar a colisão, no caso concreto, pois a colisão de direitos é também um problema de interpretação constitucional.

5.2.4 Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana

“A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais ¹⁵⁰”.

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana se mostra imprescindível, considerando que se apresenta como a base dos direitos fundamentais. Este princípio assegura um *minimum* de respeito ao ser humano, pois todos os homens são dotados de igual dignidade, e, portanto, tendo direito a levar uma vida digna de seres humanos¹⁵¹. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho, cultura, que devem ser propiciados pelo Estado.

Em razão de seu caráter semântico e estruturalmente aberto, é de difícil conceituação. Por esta razão, Canotilho¹⁵² acha inadequado conceituá-lo de forma “fixista”, haja visto fazer parte de uma categoria axiologicamente aberta. Porém, na doutrina

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001. pág. 231.

¹⁵¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. op. cit., pág. 60

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., pág. 367

nacional, o conceito que melhor sintetiza todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio, é o elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵³, ao afirmar que:

“Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

A afirmação de que o princípio ora estudado é um direito fundamental, pode traduzir certa perplexidade, ante o papel central que tal princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque foi consagrado na Carta Política de 1988, no art. 1º, inciso III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, podendo este ser considerado como critério material para identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional. Nesse sentido, Sarlet¹⁵⁴ leciona que:

(...) sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa humana, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

Em outro sentido, é comum se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma espécie de matriz à qual estão referidos os direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são concretizações do citado princípio, isto é, desdobramentos dele.

Pode parecer estranho que o princípio da dignidade da pessoa humana seja, ao mesmo tempo, fundamento de direito fundamental e direito fundamental. Não obstante,

¹⁵³ Apud BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo código civil: breves reflexões.*

Disponível em: < <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>>.

Acesso em: 10 jan. 2007.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pág. 101

verifica-se que é possível se deduzir, diretamente do princípio ora estudado, sem referência a qualquer outro direito fundamental, posições jurídico-subjetivas fundamentais¹⁵⁵. Nesse sentido, este princípio pode ser concebido por uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Objetivamente, apresenta-se como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico e, especialmente, de base para os direitos fundamentais; em sua dimensão subjetiva, poderia ser invocado autonomamente como fundamento de uma pretensão do indivíduo contra o Estado ou outro particular. Sarlet¹⁵⁶ nos traz alguns exemplos nos quais do princípio da dignidade da pessoa humana, podem se deduzidas posições jurídico-subjetivas:

“(...) proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulações genéticas e até mesmo a fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal no nosso direito constitucional positivo”.

Conforme exposto, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional explícito, ou seja, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CF/88). É importante lembrar que este princípio foi consagrado pela primeira vez na Constituição de Weimar. Já a Constituição brasileira vigente é a primeira a reconhecer expressamente tal princípio¹⁵⁷.

O princípio ora em estudo não pode ser considerado absoluto no sentido de que deva prevalecer em relação aos princípios opostos. Em determinadas ocasiões poderá não prevalecer sobre princípios colidentes¹⁵⁸. São as condições do caso concreto que indicarão a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁹.

Alexy¹⁶⁰, assevera que muitas vezes o princípio da dignidade da pessoa humana é entendido como um princípio absoluto pelo fato de já se conhecer um extenso contingente de condições de precedência em que existe alto grau de segurança acerca de que sob elas o

¹⁵⁵ Ibidem, pág. 102

¹⁵⁶ Ibidem, pág. 104.

¹⁵⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., pág.63.

¹⁵⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit., pág. 64.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. op. cit., 2001. pág. 92

¹⁶⁰ Ibidem, pág. 92.

princípio da dignidade da pessoa humana precede os princípios opostos. O fato de este princípio possuir prioridade sobre outros princípios não significa que seja absoluto, apenas é difícil encontrar razões jurídico-constitucionais que poderiam alterar a relação de precedência em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é incontestável a relevância atribuída à dignidade da pessoa humana, bem como o é a possibilidade de, deste princípio, se poder deduzir posições jurídicas em favor de alguém, justificando sua inclusão na categoria dos direitos fundamentais fora do catálogo. Vale destacar o posicionamento de Sarlet¹⁶¹, para quem, embora se possam deduzir diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana posições jurídico-subjetivas fundamentais, não há que se falar em um direito fundamental à dignidade, pois, como verbera:

“[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que se constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade”.

Por outro lado, cumpre-nos destacar haver quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem, ou seja, no sentido de qualidade inata, isto porque a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de gerações diversas e da humanidade como um todo e, por isso, a dimensão cultural e natural da dignidade se complementam¹⁶².

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2005, pág. 116.

¹⁶² Ibidem, pág. 117.

6. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6.1. Noções gerais

A colisão dos direitos fundamentais, conforme dito anteriormente, se mostra como uma hipótese típica de casos “difíceis”, visto que essa tensão ocorre entre direitos fundamentais expressos por normas constitucionais de igual hierarquia e força vinculante. Assim, sua decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas, mas sim, situações que exigem complexas técnicas de decisão.

Para retratarmos os casos difíceis, trouxemos a lume um caso de conflito entre dois direitos fundamentais, quais sejam: direito à vida do feto e o direito à integridade física e psicológica da mãe.

Assim, surge à seguinte indagação, **a interrupção da gravidez viola o direito fundamental à vida do nascituro? Ou garante a gestante o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, ao evitar que tenha que se submeter ao evidente abalo psíquico e físico?**

Neste ponto não pretendemos levantar os argumentos dos que defendem ou condenam a interrupção da gravidez de forma geral ou discutirmos acerca da questão moral, religiosa e política¹⁶³, mas analisarmos a colisão de ambos os direitos e tecermos nossas considerações sobre a possibilidade do aborto quando se trata de feto anencéfalo¹⁶⁴ à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

¹⁶³ Cabe ressaltar que o tema em exame é bastante controverso, envolvendo sentimentos diretamente vinculados a convicções éticas, morais, políticas, religiosas e filosóficas.

¹⁶⁴ FETO ANENCEFALO.CONCEITO: De acordo com a Resolução n.º 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina no Brasil(1), os anencéfalos são natimortos cerebrais, por não possuírem os hemisférios cerebrais, condenados a uma parada cardiorrespiratória fatal ainda durante as primeiras horas pós-parto. A má-formação do feto anencefálico geralmente é reconhecida durante o pré-natal após o terceiro mês e não tem cura. Com o avanço da medicina, a deformidade pode ser detectada com praticamente 100% (cem por cento) de segurança, sem qualquer possibilidade de cura ou sobrevivência do nascituro

Podemos assinalar que a análise desta questão, autorização ou não da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, apresenta, de um lado, o direito à vida, assegurado a todos, e, de outro lado, os direitos à dignidade humana, à liberdade e à saúde, expressamente consagrados na Constituição Federal. Neste sentido, torna-se claro que a solução para este caso passa pela técnica da ponderação entre os interesses do feto anencefálico e os interesses da gestante, pois nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida do nascituro, quando do outro lado da balança, encontra-se a dignidade humana da gestante.

Sabemos que a questão do abortamento de feto com anencefalia vem gerando controvérsia em diversos setores da sociedade, precipuamente ante o fato de estar na iminência de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal uma das ações mais polêmicas em âmbito nacional no tocante aos direitos fundamentais. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proposta em junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. A ADPF pleiteia a autorização para que serviços de saúde possam realizar a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto, desde que pedida pela mulher e sem necessidade de autorização judicial.

Conforme assinalado, estamos diante de dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e os direitos assegurados constitucionalmente a gestante, quais sejam, respeito à dignidade da pessoa humana, direito à saúde e direito à liberdade.

A Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 5.º, *caput*, assim dispõe: *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*. Atente-se ao fato que dentre as garantias fundamentais, o direito à vida é considerado de maior valor no contexto interno das normas constitucionais, constituindo-se pré-requisito à existência de todos os demais direitos, o qual resguarda a vida de forma geral, inclusive a intra-uterina¹⁶⁵.

¹⁶⁵ MORAES. *Alexandre de. Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas: 2002, pág. 63

Ao tratar do tema direito à vida, Ives Gandra Martins¹⁶⁶ leciona:

“O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da ‘teoria do suprimento’. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes”.

O direito a vida humana encontra sua principal proteção nas leis penais, mas não de forma absoluta, pois, consoante se desprende o artigo 128 do Código Penal, o Direito Penal brasileiro visa resguardar a garantia constitucional à vida criminalizando o aborto, exceto em duas hipóteses em que lhe possível a prática: 1º) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico); e 2º) quando a gravidez resulta de estupro, devendo ser precedido do consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal (o aborto humanitário, ético ou sentimental).

Os fundamentos jurídicos a favor do aborto do feto anencefálico levantados na ADPF N° 54 consistiam na afronta aos direitos assegurados constitucionalmente a gestante, quais sejam: respeito à *dignidade da pessoa humana*, da *legalidade*, da *liberdade* e da *autonomia da vontade*, além do desrespeito ao *direito à saúde*, em virtude da estrita subsunção da tipificação criminal do aborto, previsto nos arts. 124 e seguintes do Código Penal, mesmo nos casos em que verifica a ausência do cérebro no feto.

Nos casos em que a mulher está grávida de um feto portador de anencefalia, a violação à dignidade da pessoa humana consiste no fato de se impor que ela leve adiante a gestação de um feto destinado a morrer instantes após o parto, causando-lhe dor, angústia e frustração. Há doutrinadores que comparam a experiência da obrigatoriedade da gravidez de um feto portador de anencefalia à tortura.

¹⁶⁶ APUD NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 59

Neste sentido, observa-se um excerto do voto¹⁶⁷ proferido pelo Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, nos autos da ADPF n.º 54:

“Embora como um desvio ou mais precisamente um desvario, não há como recusar à natureza esse episódico *destrambelhar*. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante. Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este *mundo de Deus*¹⁶⁸”.

Vejamos alguns trechos da entrevista concedida por Gabriela de Oliveira Cordeiro¹⁶⁹, relatando sua dor e angústia:

“Uma mulher chegou ao nosso lado e me perguntou: “Por que está chorando? É o primeiro filho? Qual o nome? Tem berço?”. Eu chorei tanto, que assustei o hospital todo, todo mundo veio falar comigo. Isso já acontecia antes. Eu saía na rua, as pessoas viam minha barriga e me perguntavam: ‘já fez o chá-de-bebê?’”.

(...)

“Um dia eu não agüentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na Internet. Se você vai

¹⁶⁷ Voto proferido aos 27 dias do mês de abril do ano de 2005, admitindo a ADPF como instrumento processual cabível para as controvérsias em torno do aborto dos anencéfalos.

¹⁶⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Coisa da natureza: como votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34426,1>>. Acesso em: 08 jan. 2007

¹⁶⁹ Caso *Habeas Corpus* n.º 84.025/RJ em que a paciente, Gabriela de Oliveira Cordeiro, pedia autorização judicial para realização do aborto, tendo em vista a constatação de que o feto era portador de anencefalia. Malgrado o relato de votado favoravelmente ao deferimento do *writ*, infelizmente quando o processo foi para o Pleno do Supremo Tribunal Federal pra julgamento, o feto já havia nascido ou, melhor dizendo, nasceu e morrei sete minutos após o parto, ficando, então, o julgamento do *habeas corpus* prejudicado, tendo em vista a ocorrência de fato superveniente que o tornou sem efeito.

buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram”.

(...)

“Eu não tive esperanças na hora do parto. Ela não chorou. O médico falou que ela poderia durar três dias. O corpo estava todo perfeito. O pior momento foi quando ela morreu. O desespero foi enorme”.

Uma mulher que recebe o diagnóstico de uma gravidez cujo feto é anencéfalo vê cair por terra todos os seus planos de realização e felicidade. É uma dor inimaginável. Assim, pode-se concluir que obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser que deixará de existir se dela desconectado, constitui uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.

Com relação ao direito à saúde, nos casos em que a mulher grávida é obrigada a dar continuidade a gestação de um feto anencefálico, este direito é violado também pelos mesmos motivos pelos quais se argumentou, que haveria violação à sua dignidade pessoal, ou seja, lesão à sua integridade física e moral.

Consoante à integridade física da gestante, verifica-se que a anencefalia aumenta significativamente o risco da gravidez e do parto. Por outro lado, é inquestionável, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar.

O princípio da legalidade vem estampado no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Trata-se da base fundamental do Estado Democrático de Direito, a submissão de todos, Poder Público e cidadãos, ao império da lei. Nesse sentido, José Afonso da Silva¹⁷⁰:

“O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. É

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pág. 212.

boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: "a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*. Nessa concepção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente”.

Todavia, o direito à liberdade não é absoluto, pois a ninguém é dada a faculdade de fazer tudo o que bem entende. No que tange a conduta de interrupção da gestação, será configurada como crime de aborto, descrito nos arts. 124 e seguintes do Código Penal, quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto. Todavia, o legislador, no campo da exclusão de antijuridicidade, apresentou duas exceções a essas regras dos arts. 124 e seguintes: 1ª) o aborto necessário ou terapêutico; e 2ª) o aborto humanitário ou sentimental, conforme já demonstrado.

Assim surge a questão: **a eventual opção da mulher pela interrupção da gestação pode ser considerada crime?**

Joaquim Barbosa¹⁷¹, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em suas palavras – merecedores de aplausos –, é quem responde a este questionamento:

“Em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está **obrigada a manter a gestação**. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável”.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84.025-6/RJ. Impetrante(s): Fabiana Paranhos e outro (a/s). Coator (a/s) (es): Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2006

Configuraria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto humanitário, permitindo nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vetar o direito à essa liberdade nos casos de malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, em que inexistente um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

Cumpra-se destacar que dois anteprojetos foram elaborados sob o mesmo fundamento, apontando uma terceira hipótese de aborto quando houver fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. O primeiro em 1983. Ambos foram arquivados deixando a controversa discussão sem solução¹⁷².

6.2. Ponderação de interesses: direitos do feto anencéfalo x direitos da gestante

Ao analisar a questão atinente à possibilidade ou não de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos, percebe-se, claramente, a existência de um conflito de interesses. De um lado, o feto que tem assegurado, desde a concepção, o direito à vida, ainda que esta seja breve. E, de outro, uma mulher abalada psicologicamente ao se ver obrigada a manter uma gestação, cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, tendo, assim, sua dignidade de pessoa humana, sua liberdade e seu direito à saúde violados.

Direitos que naturalmente se completam, vida e dignidade humana, agora entram em conflito. Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade que deve pautar a atividade de interpretação do direito.

¹⁷² DOTTEI, René. Aborto de uma tragédia. * artigo publicado no jornal “Gazeta do Povo”. Disponível no site: <http://dottieadvogados.com.br/Gazeta8.htm>, data do acesso 1/11/2005.

Assim, deve prevalecer o direito do feto anencéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina? Ou, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada a salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará?

Nota-se que o direito à vida assegurado ao anencéfalo entra em tensão com os direitos da gestante, sendo impossível harmonizá-los, uma vez que a opção pelos interesses de um deles implicará, necessariamente, no suprimento dos interesses do outro. Portanto, resta ao operador do Direito aplicar a técnica de ponderação entre os interesses em disputa.

Neste momento, cumpre ressaltar que o princípio da dignidade humana desempenha múltiplas funções, entre as quais a de servir de critério material para a ponderação de interesses. Entretanto, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio para o ordenamento constitucional, não se sujeita a ponderações.

Perante esta afirmação, poder-se-ia alegar que o conflito já estaria solucionado, prevalecendo a dignidade da mãe em face da vida do filho. Acontece que um dos direitos é o direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos. Por isso, tendo em mente que a ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso, dever-se-á proceder a ponderação, mesmo sendo a dignidade da pessoa humana um dos interesses envolvidos.

Dentre todo o contexto, entendemos não parecer justo sacrificar a saúde física e mental da mãe, expondo-a ao risco de morrer antes, durante ou logo após o parto, em favor de um embrião que, se nascer, terá pouco tempo de vida e não tomará conhecimento do que acontece ao seu redor. Assim, entre uma vida que já está em pleno desenvolvimento e outra que não irá prosperar, deve prevalecer aquela.

No mesmo sentido, se manifestou o Procurador Federal Kleber Tagliaferro:

“Neste conflito entre o direito a vida de um ser que inevitavelmente morrerá em pouquíssimo tempo - muitas vezes até no próprio ventre materno - sem, pois, qualquer potencialidade de vida extra-uterina, e o direito a dignidade de uma

peessoa humana, psíquica, física e espiritualmente formada, cuja dor da lembrança dos acontecimentos ela carregará consigo por toda sua existência, parece razoável que a falta de perspectiva de vida do feto imponha que se mitigue a reivindicação deste direito, de sorte que ceda espaço à preservação daquele relativo à dignidade, como forma de se minimizar o sofrimento que o prolongamento do contato materno com o feto certamente lhe proporcionará”.

Podemos constatar que, inúmeros são os fatos reais divulgados pela mídia relatando situações e emoções vividas por mulheres grávidas de fetos anencefálicos que tem seu pedido de interrupção de gravidez negado pela justiça, ou adiados até o nascimento da criança e sua subsequente e inevitável morte¹⁷³.

Diante dos casos narrados, o direito não pode ignorar o fato de que apesar de a lei penal prever a possibilidade de aborto em apenas dois casos, a terceira hipótese, qual seja, aborto no caso de feto anencefálico, se faz necessário.

Na prática, essa omissão legislativa viola o direito de inúmeras gestantes de fetos anencefálicos, que não conseguem obter êxito ou conseguir em tempo uma autorização judicial para antecipação terapêutica do parto.

Todavia, a omissão se verifica também no Poder Judiciário que apesar de existir no Supremo Tribunal Federal a ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a matéria ainda não foi decidida.

A omissão legislativa e judiciária em resolver a questão traz reflexos sociais, que envolvem não só a gestante, mas também sua família, os amigos, os médicos relacionados ao caso. Além de incentivar a busca por uma solução desesperada à margem do direito, por meio de abortos ilegais, muitas vezes em condições precárias, que expõem à vida da gestante e a torna, à luz da legislação penal, uma criminosa.

¹⁷³ (colocar os casos)

6.3. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Em linhas sumárias, traçaremos as argumentações trazidas no bojo da ADPF Nº 54, que até o momento continua tramitando sem previsão de data para julgamento.

A ADPF pleiteia a autorização para que serviços de saúde possam realizar a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto, desde que, pedida pela mulher e sem necessidade de autorização judicial.

São invocados os preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica para esclarecer que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. Ressalta, ainda, que a permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.

Sustenta que impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Por outro lado, os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II. Com relação inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, cita o caso do Habeas Corpus n.º 84.025-6/RJ (caso Gabriela), declarado prejudicado pelo Plenário, em razão do parto e da morte do feto anencefálico sete minutos após.

Requer a liminar para suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como objeto a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, com fundamento

no direito constitucional da gestante de se submeter o procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia.

O pedido final pretende à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei n.º 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado

Em julho de 2004, foi deferida a liminar pleiteada, pelo ministro Marco Aurélio de Mello, com base no caso que deu ensejo à propositura da ADPF, ocorrido com a jovem de 18 anos do município de Teresópolis do Rio de Janeiro, que antes de conseguir obter o provimento jurisdicional, deu à luz a criança anencefálica que não sobreviveu mais de sete minutos.

Todavia, em 20 de outubro de 2004, por maioria, foi mantida a primeira parte da liminar concedida (sobrestamento de feitos) e revogada a segunda (direito ao aborto), com efeitos ex nunc. Entendeu-se que não havia justificativa para manutenção da liminar, em razão da pendência de decisão quanto à admissibilidade da ação. Salientou-se, ainda, o caráter satisfativo da medida deferida e a indevida introdução, por meio dela, de outra modalidade de excludente de ilicitude no ordenamento jurídico. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que referendavam integralmente a liminar. Vencido, também, parcialmente, o Min. Cezar Peluso, que não referendava a liminar em sua totalidade.

Depois o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, no sentido de assentar a adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde CNTS, a qual aponta como violados os preceitos dos artigos 1.º, IV (dignidade da pessoa humana); 5.º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da

vontade); 6.º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da CF, e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, requerendo, em última análise, a interpretação conforme à Constituição dos referidos dispositivos do CP, a fim de explicitar que os mesmos não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo.

Nos termos do voto do relator, de um lado há os argumentos em torno de valores básicos inafastáveis no Estado Democrático de Direito e, de outro, os enfoques do Judiciário com fundamento em conclusões sobre o alcance dos dispositivos do Código Penal que dispõem sobre o crime de aborto. Razão pela qual entendeu ser necessário o pronunciamento do Tribunal, a fim de se evitar a insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais discrepantes acerca da matéria. Ressaltou a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, apontando, como fundamento, o que foi verificado relativamente ao habeas corpus 84025/RJ (DJU de 25/6/2004), da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no qual a paciente, não obstante recorrer a essa via processual, antes do pronunciamento definitivo pela Corte, dera à luz a feto que veio a óbito em minutos, ocasionando o prejuízo da impetração.

Conforme informativo n.º 385 do Supremo Tribunal Federal, o resultado da questão de ordem foi o seguinte: o Ministro Carlos Britto entendeu ser cabível a interpretação conforme à Constituição, em razão da pluralidade de entendimentos quanto ao conteúdo e alcance dos citados artigos do CP, bem como a diversidade de decisões dela resultantes, retomando fundamentos por ele adotados na ADPF 33 MC/PA.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do relator, rejeitando o fundamento de que a ADPF requerer a incluir de uma 3ª alínea no art. 128 do CP, por considerar que a pretensão formulada é no sentido de se declarar, à luz dos princípios constitucionais, não a exclusão de punibilidade, mas a atipicidade do fato.

O Ministro Nelson Jobim, Presidente, assinalou que o art. 128 e seus incisos pressupõem sempre que há vida possível do feto, e que essa potencialidade de vida conduz ao exame do art. 124 para discutir se, se inclui um tipo de feto que não tenha essa

possibilidade, a fim de verificar se essa interpretação é ou não compatível com o caput do art. 5.º da CF, que se refere à inviolabilidade do direito à vida.

Vencidos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie que não conheciam da ação por considerar, em síntese, que o pedido de interpretação conforme dos artigos implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando mais uma hipótese de excludente de punibilidade.

Vencido, o Ministro Carlos Velloso julgou incabível a arguição, em virtude de a pretensão equivaler a uma declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de disposições legais pré-constitucionais.

Conforme relatado, de um lado, temos o direito da gestante, com guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, de outro lado, há a defesa do direito à vida do nascituro e do princípio da reserva legal do direito penal, o qual exige a promulgação de lei específica sobre a matéria.

A decisão proferida no mencionado caso, buscou seus fundamentos na própria história do Pacto de São José da Costa Rica, na qual, a propósito, não pretende admitir a descriminalização total do aborto, tanto que expressamente, assegurou o direito à vida desde a concepção, visando resguardar como regra os direitos do feto.

No caso específico do aborto do tipo anencéfalo, o feto não estará sendo privado da expectativa de vida arbitrariamente, pois em razão da alta tecnologia de exames é possível precisar com certeza se o feto apresenta ou não malformações congênitas. Se apresentar, o exercício o aborto não estará sendo arbitrário, tendo em vista que o feto não terá expectativa de vida.

Ora, se o direito penal brasileiro tipifica o aborto para tutelar o bem jurídico da vida, a interrupção da gravidez de feto sem qualquer expectativa de vida não pode ser considerada crime, já que atípica, como salientou o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da ADPF n.º 54.

Além disso, o aborto de feto anencefálico garante a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, frente ao qual se revela inadmissível obrigar a gestante a esperar 9 (nove) meses para dar à luz a uma criança com má-formação que, se nascer, terá uma vida brevíssima, com repercussões desastrosas tanto na sua saúde física quanto psíquica.

Nessa seara, o aborto resguardou o direito da mulher, já que é perfeitamente possível a utilização de avanços tecnológicos, a fim de constatar a anomalia do feto com segurança poupando a gestante de ter seu sofrimento prolongado.

Nota-se assim, por tudo que foi exposto que, além do aborto de feto anencefálico encontrar guarita nos próprios princípios constitucionais e no Pacto de São José, a conduta é moralmente aceita pela sociedade, já que não há lógica admitir o procedimento inverso à interrupção da gravidez nesta hipótese.

7. CONCLUSÃO.

Desde a Declaração do Bom Povo da Virgínia em 1776, os direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos em declarações de direitos, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fosse a mais conhecida e influente, sendo a opressão absolutista a causa mais próxima do surgimento dessas declarações.

Apenas o reconhecimento desses direitos se mostrou insuficiente, pois, em virtude de as referidas declarações não possuírem força normativa, estas apresentavam-se como reivindicações políticas. Esse fato, deu origem à positivação ou constitucionalização dos direitos fundamentais, tendo a Constituição brasileira de 1824 o mérito de ter sido a pioneira na inclusão desses direitos, ao contrário do que muitos autores alienígenas fazem referência, entendendo que foi a Constituição da Bélgica de 1831 que trouxe tal intento. A universalização de tais direitos ocorre em 1948, com a célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esses direitos deixaram de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem normas jurídicas. Impende ressaltar que a expressão direito fundamental é mais utilizada quando se deseja fazer referência aos direitos positivados na Constituição de determinado Estado-membro. Já a expressão direitos humanos ficou reservada aos documentos internacionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais, assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, considerando que todos os homens são dotados de dignidade e o respeito à pessoa humana deve ser realizado, independentemente do grupo ou classe social de que faça parte. De acordo com a nossa Carta Política de 1988, esse é considerado um princípio constitucional explícito, consagrado no art. 1º, III. Vale destacar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer expressamente tal princípio.

Restou evidenciado que os direitos fundamentais têm caráter principiológico, ou seja, caracterizam um princípio e não uma regra. Os princípios, possuem uma dimensão de peso ou importância, ausente das regras, que são constatados quando dois princípios

colidem e a solução para tal conflito deve levar em conta o peso ou a importância de cada um, a fim de se escolher qual dos princípios deverá ter precedência ao outro, considerando o caso concreto.

Pela análise dos princípios de interpretação constitucional, podemos constatar que esses princípios são mecanismos hábeis para solução de possíveis hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais, especialmente o princípio da unidade da Constituição, considerando que a ordem jurídica é formada por um conjunto de regras e princípios que pressupõem uma harmonia, ou seja, uma unidade; o princípio da concordância prática, que presume uma harmonização entre os direitos conflitantes, de modo a se estabelecer qual dos valores em conflito prevalecerá; e o princípio da força normativa da Constituição, uma vez que na solução de conflitos, deve-se dar prevalência à solução que traga maior eficácia para a Carta Política.

Os direitos fundamentais não são absolutos, pois limitados em princípio pela esfera legal, ou seja, a intervenção do legislador ordinário torna-se imprescindível para prevenir a colisão desses direitos ou conflito destes com outros bens jurídicos constitucionais. Estamos nos referindo às normas restritivas de direitos fundamentais. Então, constatada a existência de reserva de lei na Constituição para, pelo menos, um dos direitos em conflito, o legislador poderá resolver o conflito entre esses direitos, comprimindo o direito restringível, ou seja, sujeito à reserva de lei, respeitando os limites das restrições.

Se a hipótese for de colisão entre direitos não sujeitos à reserva de lei, a solução será dada pela jurisprudência, que realizará a ponderação de bens envolvidos, com a finalidade de resolver o conflito com um mínimo de sacrifício dos direitos em jogo, aplicando os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros fornecidos pela doutrina. Dessa forma, restou evidenciada a função do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da cúpula do Poder Judiciário brasileiro na solução dos conflitos entre direitos fundamentais, o que foi comprovado mediante exame detido da composição, competência e natureza da nossa Corte Constitucional.

Dentre os mecanismos para solucionar a tensão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade ocupa um lugar de relevância no ordenamento jurídico, haja

vista que foi constatada a insuficiência da aplicação somente dos princípios de interpretação constitucional, e, por isso, tendo sido desenvolvido um método de ponderação de bens para solução desses conflitos. Essa ponderação é um método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, determinando qual dos direitos ou bens prevalecerá. A ponderação concreta de bens se faz mediante o princípio da proporcionalidade.

Vale destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo não é recente, isto porque a primeira decisão em que esse órgão suscitou a aplicação de tal princípio remonta ao ano de 1951 (Recurso Extraordinário 18.331, Min. Orozimbo Nonato), apesar de não ter mencionado expressamente o nome do princípio, pois naquela época esta idéia ainda não estava desenvolvida no Direito brasileiro, aplicou a teoria do desvio de poder.

A doutrina refere que, apenas em 1976, com o julgamento da Representação 930/DF pelo Supremo, discutindo-se a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, é que em outras decisões passou-se a ter a idéia de proporcionalidade como controle de constitucionalidade dos atos normativos e legislativos. Com essa Representação, houve mudança no enfoque da matéria, na medida em que a mais alta Corte brasileira passou a reconhecer o princípio da proporcionalidade como positivado em nosso ordenamento jurídico.

Na parte final do trabalho, ficou evidenciado que um dos mais polêmicos casos de conflitos entre direitos fundamentais – direito à vida do feto X direito à liberdade, à intimidade e a autonomia privada da mulher grávida de feto anencefálico – encontra-se em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, onde verifica-se clara tendência favorável a dar guarida ao direito inquestionável da dignidade da pessoa humana, à liberdade, à saúde da mulher que terá a opção de dispor de seu próprio corpo, e de sua vontade, em uma das mais dolorosas situações: trazer em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável!

8. BIBLIOGRAFIA

ALEX, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição português de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987,

APUD Patricia NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil.* Brasília: Brasília Jurídica, 2006,

BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional - O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios.* São Paulo: Malheiros, 1993,

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* 1º ed., 2º tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade.* Curitiba: Juruá, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital . *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997,

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

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica.* São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales.* Editora Trotta. 2001

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bom. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.*

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, vol. 32, n.128, 1995.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: **GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago** (orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____(coord). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GANDRA, Ives. *Aborto, uma questão constitucional* (publicado na Folha de São Paulo - 5/12/2003). Disponível na internet. <http://www.gandramartins.adv.br/artigos—detail.asp?ID=122>, data do acesso 9/11/2005.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bom. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.*

GOUVÊA, Marcos Antônio Masseli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997,

HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *A força normativa da Constituição.* Trad. **Gilmar Ferreira Mendes.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade.** *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Fundamentos constitucionais do processo – sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LOREA, Roberto Arriada. *Aborto e direitos humanos na América Latina. Desconstruindo o mito da proteção da vida desde a concepção*. Disponível na Internet no site: <http://www.clam.org.br/pdf/abortolorea.pdf>, data do acesso 9/11/2005

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Ed. 18. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999,

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996,

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais- Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. *Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MOREIRA, Vital. Nos 50 anos da Lei Fundamental Alemã. *Revista Jurídica Virtual, Brasília, nº 2, jun. 99* – disponível em: [//WWW.planlato.goc.br](http://WWW.planlato.goc.br), capturado em 29/06/99.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70.

PASQUALINE, Alexandre. *Hermenêutica e sistemas jurídicos: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1999,

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* 5ª. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo , principalmente no direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. *O Princípio da Proporcionalidade.* In: PEIXINHO, Manoel Messias;

GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. _____. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 203.

_____. *A aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 1999.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito.* Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 1999,

STUMM, Denise Raquel. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.