

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JOSÉ DE ALENCAR BELCHIOR

**COLISÃO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CRITÉRIO
ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA SOLUÇÃO**

NATAL/RN

2017

JOSÉ DE ALENCAR BELCHIOR

**COLISÃO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CRITÉRIO
ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA SOLUÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNIRN) como
requisito final para obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. M.Sc. Francisco Barros
Dias.

NATAL/RN

2017

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Belchior, José de Alencar.

Colisão de normas de direitos fundamentais e o critério adotado pelo Código de Processo Civil para solução / José de Alencar Belchior. – Natal, 2017.
67 f.

Orientador: Prof. M.Sc. Francisco Barros Dias .
Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direitos fundamentais – Monografia. 2. Colisão de princípios – Monografia. 3. Novo Código de Processo Civil – Monografia. 4. Princípio da proporcionalidade – Monografia. I. Dias, Francisco Barros. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 347

JOSÉ DE ALENCAR BELCHIOR

**COLISÃO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CRITÉRIO
ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA SOLUÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNIRN) como requisito
final para obtenção do título de Especialista
em Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.Sc. Francisco Barros Dias
Orientador

Dedico este trabalho a toda minha Família, professores e especialmente ao meu filho, pela paciência e compreensão que tiveram nos momentos de dificuldades de minha vida e no decorrer do curso.

“A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O presente trabalho se concentra no estudo da colisão de normas de direitos fundamentais enquanto princípios, mostrando que o aumento desses conflitos se deve ao crescente grau de complexidade das relações sociais. Neste contexto, o objetivo proposto é mostrar e elucidar como se dá essas colisões entre direitos fundamentais e como são resolvidas dentro do judiciário, levando-se em consideração um mesmo plano hierárquico constitucional, bem como mostrar qual o direcionamento do Novo Código de Processo Civil no uso de mecanismos para a resolução dessas colisões, como o princípio da proporcionalidade, de modo a evitar ativismos judiciais e com isso assegurar a cada um o justo acesso a uma justiça proporcional para a garantia da dignidade das pessoas. Durante o estudo, para atingir o referido objetivo, mostraremos como se originou esses direitos, conceituando e definindo suas características, as principais teorias concebidas por alguns juristas, e, principalmente, a divisão e distinção em regras e princípios, além da sua relatividade e o caráter principiológico como premissas para ocorrência de colisões, bem como a estrutura desses direitos com foco nas suas multifuncionalidades como os direitos de defesa e prestações. Para isso, no desenvolvimento do trabalho, foi utilizado pesquisa teórica através de vários doutrinadores que contribuíram para o tema.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Colisão de princípios. Novo Código de Processo Civil. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work focuses on the study of the collision of norms of fundamental rights as principles, showing that the increase of these conflicts is due to the increasing degree of complexity of social relations. In this context, the proposed objective is to show and elucidate how these collisions occur between fundamental rights and how they are resolved within the judiciary, taking into account the same constitutional hierarchical plan, as well as showing the direction of the New Code of Civil Procedure in the use of mechanisms for the resolution of such collisions, such as the principle of proportionality, in order to avoid judicial activism and thereby ensure that each one has a fair and equitable access to justice to guarantee the dignity of persons. During the study, in order to reach this objective, we will show how these rights originated, conceptualizing and defining their characteristics, the main theories conceived by some jurists, and especially the division and distinction in rules and principles, besides their relativity and the Principle as collision assumptions, as well as the structure of these rights with a focus on their multifunctional features such as rights of defense and benefits. For this, in the development of the work, theoretical research was used through several doctrinators who contributed to the theme.

Keywords: Fundamental rights. Collision of principles. New civil process code. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1 ORIGEM	11
2.2 CONCEITO	12
2.2.1 Direitos fundamentais positivados	15
2.2.2 Direitos fundamentais implícitos	16
2.2.3 Direitos fundamentais processuais	17
2.3 CARACTERÍSTICAS	19
3 TEORIA E ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO CIVIL.....	21
3.1 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
3.2 PERSPECTIVAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
3.3 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
3.4 EFICÁCIA VERTICAL COM REPERCUSSÃO LATERAL	27
3.5 DIGRESSÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS COMO NORMAS	28
3.6 REGRAS E PRINCÍPIOS: distinção	30
3.7 APLICAÇÃO PRÁTICA DO CRITÉRIO ALEXIANO PARA DISTINÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS	34
3.8 O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
4.1 HIERARQUIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
4.2 RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
4.3 RESTRIÇÕES E LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
4.4 REGRAS EM CONFLITOS	45
4.5 PRINCÍPIOS EM COLISÕES	45
4.6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO PARA DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROTA DE COLISÃO	47
4.6.1 Concordância prática ou harmonização.....	51
4.6.2 A fórmula de peso (Robert Alexy)	52
4.6.3 Proteção ao núcleo essencial do direito fundamental	60
4.6.4 O duplo caráter das normas de direitos fundamentais	61

SUMÁRIO

4.6.5 Positivação do princípio da proporcionalidade no artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil como solução para colisão de normas de direitos fundamentais.....	61
5 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

As históricas modificações da concepção de Estado somada ao crescente grau de complexidade das relações sociais, aliados a um ideal democrático em hegemonia, exigiram a previsão e a tutela de grande quantidade de direitos fundamentais na nossa Constituição como resultado do Positivismo Jurídico. Em vista disso, novos problemas surgiram para a efetivação desses direitos, bem como para determinar a correta aplicação de cada um deles, convergindo consequente e inevitavelmente para os conflitos entre si e com outros valores assegurados na forma de restrições, concorrência e colisões. Não é à toa, portanto, que não rara às vezes nos deparamos com casos clássicos de colisões entre o direito a livre manifestação do pensamento de um titular com a honra do outro, o direito à liberdade jornalística em confronto com a direito de intimidade, a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos, o direito à vida conflitando com a liberdade religiosa, direito a uma proteção jurisdicional adequada em conflito com o devido processo legal, etc. Isso se deve ao fato de que a colisão entre esses direitos fundamentais, de maneira geral, ocorre quando o exercício de um direito fundamental, por parte do seu titular, colide com o exercício do direito fundamental, por parte de outro titular em casos concretos, pois não existe uma hierarquização entre esses direitos do ponto de vista jurídico.

Diante do cenário em tela e da importância que são os direitos fundamentais para a vida dos cidadãos e, levando-se em consideração estudos de alguns doutrinadores e juristas sobre o assunto, não pretende-se aqui esgotar o tema no presente trabalho, mas mostrar e esclarecer, como objetivo principal sob uma ótica principiológica e processual, como se dá essas colisões entre direitos fundamentais e como são resolvidas dentro do judiciário, levando-se em consideração, como já mencionado, que ambos esses direitos conflitantes estão juridicamente em um mesmo patamar de hierarquia tutelados constitucionalmente, bem como mostrar qual o direcionamento do Novo Código de Processo Civil no uso de mecanismos para a resolução dessas colisões, para assegurar a cada um acesso a uma justiça mais proporcional e garantir com isso a dignidade das pessoas.

Para isso, o trabalho foi dividido em quatro capítulos ou tópicos principais para melhor expor os objetivos específicos. No segundo tópico será abordado os direitos fundamentais explicitando em seus subtópicos a origem, o conceito do que

vem a ser esses direitos fundamentais positivados, implícitos e processuais, e suas características.

No terceiro tópico será abordado a teoria e estrutura dos direitos fundamentais no processo civil explicitando os subtópicos como multifuncionalidade dos direitos fundamentais, perspectivas objetivas e subjetivas, eficácia vertical e horizontal, eficácia vertical com repercussão lateral, a digressão histórica dos princípios como normas, a distinção entre regras e princípios tida como base para explicar o fenômeno das colisões, a aplicação prática do critério Alexiano para distinção de regras e princípios e o caráter principiológico dos direitos fundamentais.

No quarto tópico, tido como o principal do presente trabalho, será abordado a colisão de direitos fundamentais enquanto princípios explicando em seus subtópicos a hierarquia desses direitos, a relatividade, as restrições e limites aos direitos fundamentais, conflitos entre regras, princípios em colisões como o ponto central do presente estudo, o princípio da proporcionalidade como solução para direitos fundamentais em rota de colisão, o princípio da concordância prática ou harmonização, a fórmula de peso desenvolvida pelo jurista Robert Alexy, a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, o duplo caráter das normas de direitos fundamentais e a positivação do princípio da proporcionalidade no artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil como solução para colisão de normas de direitos fundamentais.

O presente trabalho foi elaborado através da análise e utilização de pesquisas bibliográficas de vários doutrinadores e juristas que contribuíram para o tema, bem como na interpretação de livros de grandes juristas brasileiros, periódicos, artigos, apostilas e análises de jurisprudências que contribuíram para as fundamentações.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 ORIGEM

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo no século XVIII, mais particularmente com o surgimento das constituições escritas. No entanto, muito antes do surgimento dessas constituições, já havia documentos que se preocupavam com esse tema, como é o caso de muitos afirmarem que o primeiro diploma legal que conferiu um extenso rol de direitos à generalidade dos homens foi o famoso Código de Hammurabi, editado em 1690 antes de Cristo, disciplinando direitos relativos à vida, à honra, à família, e à propriedade, consagrando, inclusive, o princípio da legalidade, em atenção à previsão expressa da supremacia da lei em face dos governantes (DANTAS, 2017, p. 333).

Na mesma direção, o referido Código consagrou a regra do “olho por olho, dente por dente”, já dispondo em seu prólogo, entre outras coisas, que seu objetivo seria “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”. Foi na mesma esteira que os grandes códigos morais da humanidade, que hoje fazem parte da vida das pessoas através das diversas religiões, surgiram há milhares de anos pregando a paz, o respeito ao semelhante, o respeito à vida, a fraternidade, a caridade, a compaixão, a piedade etc., valores que estão na base da noção de dignidade humana (MARMELESTEIN, 2016, p. 29-30). Lembrando que a também famosa Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, na Idade Média, portanto, que é tida por muitos como o documento que deu origem aos direitos fundamentais, já consagrava em seu texto inúmeras cláusulas de liberdade que, hoje, são direitos fundamentais, como o princípio da legalidade e da irretroatividade das leis, bem como o princípio do devido processo legal. Na verdade, essa Magna Carta tinha como preocupação principal a proteção dos interesses econômicos dos barões e dos comerciantes, não tendo uma preocupação em proteger a dignidade de todos os seres humanos, mas somente de um grupo privilegiado (MARMELESTEIN, 2016, p. 31).

2.2 CONCEITO

Hodiernamente, quanto a definição, ainda não existe um único conceito totalmente pronto, sintético e preciso do quem vem a ser Direitos Fundamentais, tendo a transformação e ampliação desses direitos historicamente contribuído para tal, sem falar ainda no emprego de várias expressões para designá-los, tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 175).

Assim, segundo Silva (2005), em sua doutrina, Direitos naturais diziam-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem. Não mais se aceitando com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas por encontrarem seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico, o que repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo. Direitos humanos seria a expressão preferida nos documentos internacionais, objetando-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais. Direitos do homem, da mesma forma que o anterior, não existiria se não fosse para ser do homem como pessoa humana, enfatizando ainda Marmelstein (2016, p. 24), que são valores ético-políticos ainda não positivados e, portanto, com surgimento anterior ao próprio direito, funcionando como fundamento deste e possuindo um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Apesar da tendência de desprezo cada vez mais dessa terminologia pela doutrina, ainda é empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais correspondente aos direitos civis ou liberdades civis, além de ser usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade. Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, vinculado, também, à concepção individualista do homem, não se tornando suficiente, portanto, para caracterizar os direitos fundamentais, bem como exprimem a situação jurídica subjetiva do indivíduo em

relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do Direito Positivo. Liberdades fundamentais exprimem direitos fundamentais de modo limitativo e insuficiente, referindo-se a algumas liberdades de forma restrita. Liberdades públicas empregadas pela doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal, é um conceito ainda pobre de conteúdo e muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista. Direitos fundamentais do homem, constitui a expressão mais adequada por referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas reconhecidos formalmente, mas também concreta e materialmente efetivados.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos material e formal. Nesse último sentido, fala-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da nossa Constituição, embaixo da rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”. No entanto, com relação ao sentido material, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse Título, cuja fundamentalidade material se baseia na repercussão sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Dessa forma, para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentalidade material, é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, da circunstância de conter, ou não, uma decisão fundamental sobre essa estrutura, de modo especial, porém, no que diz respeito a posição ocupada pela pessoa humana nessa referida estrutura

Já na lição de Marmelstein (2016), os Direitos Fundamentais possuem um conteúdo ético e outro normativo.

No contexto ético (aspecto material), esses direitos são valores básicos para uma vida digna em sociedade, estando, portanto, ligados intimamente à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos. O homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Afirma que During na Alemanha defende que a dignidade humana é violada sempre que o indivíduo é rebaixado a objeto, a mero

instrumento, tratado como uma coisa, ideia essa muito aberta e insuficiente para traduzir todos os aspectos da dignidade da pessoa humana. Já Segundo Ingo Sarlet (2002 apud MARMELSTEIN, 2016, p. 17):

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Sendo este último, mais aceito para conceituar dignidade da pessoa humana, e assim fundamentar o conteúdo ético dos direitos fundamentais.

Já sob o contexto normativo (aspecto formal), juridicamente somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo, como sendo o poder constituinte, formalmente reconheceu, através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas constitucionais, como merecedores de uma proteção normativa especial, mesmo que de forma implícita. Sendo a fonte primária desses direitos a Constituição. Já a lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, mas nunca criá-lo de forma direta (MARMELSTEIN, 2016, p. 29-18).

Diante do exposto, pode-se formular a seguinte definição de direitos fundamentais:

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2016, p. 18).

Ainda, na mesma linha e, levando-se em consideração que em uma sociedade pluralista e democrática deve-se respeitar a diversidade ideológica, de modo que os interesses de todos os grupos sociais merecem ser respeitados e tratados com igual consideração, temos que da vinculação desses direitos ao Estado democrático de direito resulta que os valores neles contidos são potencialmente conflitantes, não sendo à toa, portanto, em se falar em colisões de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade como solução. Nesta esteira, como a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, contribuindo para

a destruição dessa dignidade, não merece ser considerado como direito fundamental (princípio da proibição de abuso) (MARMELESTEIN, 2016, p. 20).

2.2.1 Direitos fundamentais positivados

De acordo Dimoulis e Martins (2014, p. 45):

Um direito só existe juridicamente a partir da sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem esse reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico.

Dessa forma, as normas jurídicas ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder só se tornam direitos fundamentais quando positivadas no plano constitucional. Só que não se deve confundir norma positivada com norma escrita, tendo em vista que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita) (MARMELESTEIN, 2016, p. 23), como veremos adiante. Neste sentido, não fica excluída a possibilidade de existirem direitos fundamentais fora do texto constitucional, desde que por força da própria Constituição. Segundo Marmelstein (2016), apesar desse conceito teórico almejar aquilo que deveria ser, na prática o mesmo nem sempre irá se encaixar com perfeição em todas as situações, pois por exemplo, no Título II da Constituição de 1988 (arts. 5º ao 17º), intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que foi o local escolhido pelo constituinte para acolher esses direitos, ainda há os que não possuem uma ligação tão forte com a dignidade da pessoa humana nem com limitação do poder, como é o caso do direito de marca¹, o direito ao lazer ou mesmo o direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas², entre outros semelhantes. Mas por questão de segurança jurídica há uma presunção de que as

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (BRASIL, 1988).

² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;” (BRASIL, 1988).

normas ali previstas possuem alguma ligação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder.

Já Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), enfatizam que a Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, tanto afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata em seu art. 5.º, § 1.º, da CF,³ quanto inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas no art. 60, § 4.º, da CF,⁴ protegendo-os assim não apenas do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.

2.2.2 Direitos fundamentais implícitos

O constituinte brasileiro adotou um rol não exaustivo de direitos fundamentais, no sentido de que não encerra apenas aqueles que estão contidos no Título II da nossa Carta Magna nem os previstos em tratados internacionais quando observado o quórum qualificado estipulado pelo art. 5º, § 3º, mas também os que estão fora. Isso por força do art. 1º, inc. III,⁵ somado com o art. 5º, § 2º,⁶ da referida Constituição de 1988. Neste sentido, quando essa última norma reza que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, significa dizer que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais, instituindo, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 77), um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, sendo por isso, também, chamado de cláusula de abertura. Esses direitos, expressos ou implícitos, não

³ “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

⁴ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

⁶ “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

enumerados no Título II, precisam de uma argumentação fundamentada nos próprios valores constitucionais baseadas na forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a necessidade de limitação do poder (MARMELESTEIN, 2016, p. 214), convincente, e capaz de justificar a sua fundamentalidade, para que sejam considerados direitos fundamentais, já que essa cláusula de abertura exige que tais direitos sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. A título de exemplos temos o direito ao sigilo bancário,⁷ o direito à proteção ao local de trabalho contra invasões arbitrárias de agentes públicos,⁸ o direito à alimentação,⁹ o direito ao meio ambiente equilibrado,¹⁰ o princípio da anterioridade tributária,¹¹ as imunidades fiscais¹² e o direito à livre iniciativa¹³ entre outros.

2.2.3 Direitos fundamentais processuais

Diferentemente dos direitos fundamentais materiais como a liberdade, educação, meio ambiente, etc., os direitos fundamentais processuais são aqueles que servem de instrumentos para garantir a tutela dos direitos materiais, como por exemplo o direito fundamental de ação. “O direito fundamental de ação é a linha que costura a relação entre as tutelas prometidas pelo direito material e as técnicas

⁷ Não existe na nossa Constituição nenhum dispositivo que proteja de forma clara o sigilo de dados bancários, mas mesmo assim, a doutrina e jurisprudência consideram que a garantia desse sigilo constitui verdadeiro direito fundamental decorrentes do art. 5º, inc. X, que visa preservar a intimidade financeira das pessoas.

⁸ No mesmo sentido o direito à proteção do local de trabalho também é considerado direito fundamental por interpretação jurisprudencial decorrente do art. 5º, inc. XI, da nossa Constituição.

⁹ O direito à alimentação era outro exemplo de direito fundamental implícito, não previsto expressamente em nenhum artigo da Constituição, podendo ser descoberto através dos princípios constitucionais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, através da Emenda Constitucional 64/2010, esse direito foi incluído expressamente no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal, deixando, portanto, de ser implícito para ser expresso.

¹⁰ O direito ao meio ambiente equilibrado expresso no art. 225 da Constituição, apesar de estar longe do Título II, é um direito fundamental de terceira geração.

¹¹ Baseado na cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da nossa atual Constituição, o princípio da anterioridade tributária que está no art. 150 do mesmo diploma, apesar de não fazer parte do rol de direitos previsto no Título II, também é direito fundamental por entendimento do STF, no sentido de que, assim como outras garantias do contribuinte, serve como limitação do poder de tributar e assim garantir a dignidade dos cidadãos.

¹² Segue o mesmo sentido as imunidades fiscais ou tributárias previstas no art. 150, inc. IV, por servir como limitadores do poder de tributar sendo, portanto, considerados verdadeiros direitos fundamentais, mesmo estando longe do Título II da nossa Constituição.

¹³ O direito à livre iniciativa expresso no art. 170 da nossa Constituição é direito com elevado grau de fundamentalidade por constar, também, no rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, inc. IV, sendo essencial para o funcionamento do sistema econômico implantado pelo constituinte brasileiro.

processuais” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 128).

Ainda, segundo os mesmos autores, o direito fundamental de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. É um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. De modo que se pode dizer que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito fundamental de ação.

O Código de Processo Civil de 2015 anuncia logo no início de seu texto¹⁴ que o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, demonstrando que a atividade processual retira sua validade e sua legitimidade da Carta Magna. Em torno de nove princípios processuais do Código reproduzem mandamentos constitucionais, outros derivam diretamente deles.

Como todo direito fundamental deve estar ligado à ideia de dignidade humana, com os direitos fundamentais processuais não seria diferente. Dito de outra forma, os direitos fundamentais processuais estão subordinados aos princípios constitucionais gerais, entre os quais ressaltamos o princípio da dignidade humana, que se apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III,¹⁵ tal a sua importância axiológica e magnitude no direito constitucional brasileiro, fundamentando e legitimando todo o ordenamento jurídico.

O respeito e proteção da dignidade humana como dever jurídico fundamental do Estado Constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. A dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída e ainda gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação (NERY JUNIOR, 2016, p. 105).

Temos que além dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, como o da dignidade, há os específicos, cuja incidência é direta, como é o princípio do devido processo legal.

¹⁴ “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

¹⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Atualmente, como se depreende em Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.

As normas de direitos fundamentais do processo civil estão na Constituição e podem ser integralmente reconduzidas ao direito fundamental ao processo justo de acordo com o art. 5º, LIV da CF¹⁶. Assim, o processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, que nada mais é do que o princípio constitucional do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*.

Nesse sentido “O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, [...]” (NERY JUNIOR, 2016, p. 106). Aliás, veremos mais adiante que as normas de direitos fundamentais são formadas por regras e princípios.

Os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação como direito fundamental processual, quando o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. É imprescindível que o direito de ação seja pensado como direito fundamental para que haja uma tutela jurisdicional efetiva e dessa forma, garantir o direito material do cidadão.

2.3 CARACTERÍSTICAS

De acordo com Dantas (2017), e com pequenas diferenças doutrinárias, é costume conceder aos direitos fundamentais as características da historicidade, universalidade, relatividade, cumulatividade, extrapatrimonialidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

A característica da historicidade atribuída aos direitos fundamentais se deve ao fato de que os mesmos decorrem de um longo processo evolutivo, surgindo e se modificando em conformidade com o momento histórico vivido pela humanidade, e

¹⁶ “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988).

com as necessidades daí advindas. São universais ou genéricos por serem garantidos a todos os homens, sem possibilidade de exclusão injustificada de parcelas da sociedade. São relativos, em regra, porque podem sofrer limitações para a garantia de aplicação de determinadas leis, e também quando colidirem com outros direitos fundamentais, como veremos mais adiante. Cumulativo ou concorrente é a característica decorrente do fato de que o titular pode exercitar ao mesmo tempo mais de um direito fundamental. São extrapatrimoniais por não terem natureza econômica imediata, podendo ter, em alguns casos, conteúdo econômico reflexo. São irrenunciáveis em razão de seu titular não poder renunciá-los de maneira alguma, mesmo que, eventualmente, deixe de exercê-los. São intransmissíveis com a morte do titular. São imprescritíveis, em razão de não haver prazo para o seu exercício, não havendo que se falar em perda de tais direitos pelo não uso. E, são, também, indisponíveis, uma vez que, em regra, não podem ser alienados.

3 TEORIA E ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO CIVIL

A teoria dos direitos fundamentais elabora métodos e constrói instrumentos de solução de problemas envolvendo restrição, limitação e aplicação de direitos fundamentais em casos concretos, buscando aquilatar o conteúdo dos direitos fundamentais processuais civis (FERREIRA, 2014, p. 1).

Estrutura-se, os direitos fundamentais, como um feixe de posições e normas, vinculados interpretativamente a uma disposição de direito fundamental (FERREIRA, 2014, p. 9).

As posições de direitos fundamentais são relações jurídicas, liames ou ainda enlaces entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado que apresentam estrutura tridimensional, composta por um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto. Sendo que o objeto dessas posições de direitos fundamentais é sempre uma conduta de ação ou de omissão, prescrita por uma norma, que o sujeito passivo deve desenvolver em favor do sujeito ativo e sobre cuja execução o sujeito ativo tem um direito, suscetível de ser exercido sobre o sujeito passivo. Divide-se, esse objeto, em três espécies a saber: direitos de defesa, direitos de prestação e garantias institucionais. As posições de direitos de defesa têm por objeto uma abstenção, seja estatal ou privada, assim compreendida como uma omissão que o sujeito ativo (em regra, particular) pode exigir de um poder estatal ou privado que se situa no lugar do sujeito passivo. As posições de direitos de prestação têm por objeto uma conduta positiva do Estado ou do particular, no qual o sujeito ativo tem um direito fundamental a que se realize um comportamento ativo ou comissivo. As posições das garantias institucionais têm por objeto uma específica abstenção, consistente no dever de evitar ou abster-se de abolir uma determinada instituição, como, por exemplo, o matrimônio, o sufrágio eleitoral ou a propriedade (FERREIRA, 2014, p. 9).

As disposições de direitos fundamentais são enunciados legislativos da Constituição que tipificam os direitos fundamentais e caracterizam-se por sua indeterminação semântica ou indeterminação normativa, atribuindo-se, portanto, uma pluralidade de significados normativos. Isso impede o intérprete de conhecer, *a priori*, antes da fundamentação, através de uma simples leitura do texto, se uma ou várias normas podem ser consideradas como normas estatuídas pela disposição.

“Disposição é a parte de um texto ainda a interpretar. Norma é a parte de um texto interpretado” (NERY JUNIOR, 2016, p. 34).

Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais definem-se como o conjunto de significados prescritivos (algo que está jusfundamentalmente obrigado, proibido ou permitido) das disposições de direitos fundamentais, sendo, por isso, o resultado da interpretação da disposição. É o conteúdo semântico dos enunciados ou disposições de direitos fundamentais (FERREIRA, 2014, p. 10).

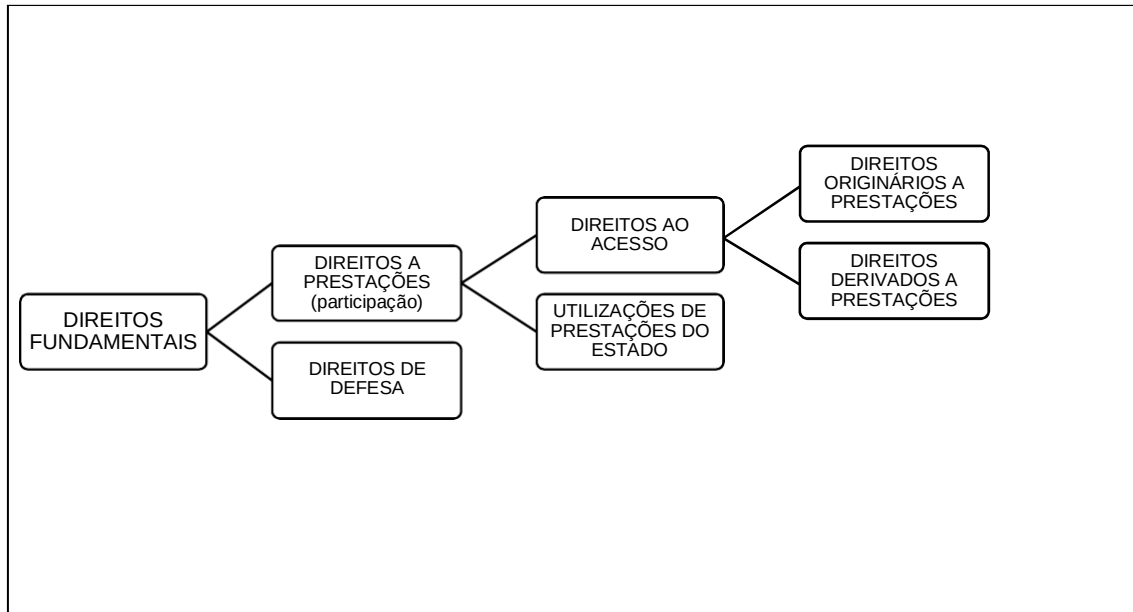
As normas de direitos fundamentais podem ser divididas, segundo Alexy (2015, p. 73), “em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”. Para a classificação das primeiras basta fazer referência à sua posituação na Constituição. Já no último caso, a das normas atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição, para serem válidas como de direito fundamental deve passar necessariamente por uma relação correta de fundamentação referida a direitos fundamentais. Como bem se expressa Alexy (2015, p. 74), “Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”.

3.1 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

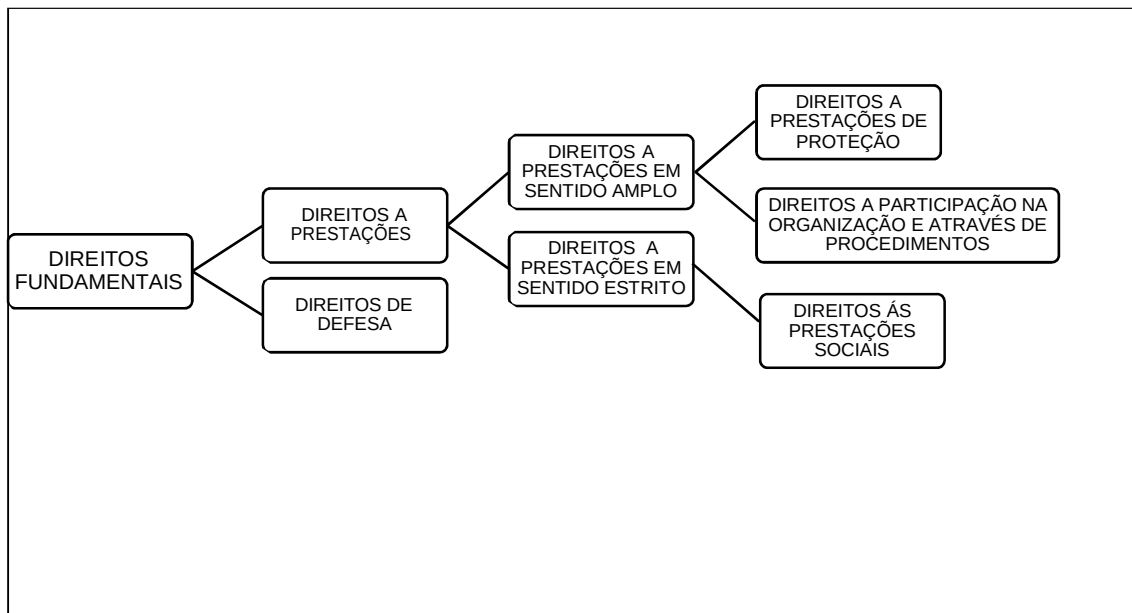
Além de conviverem na mesma norma de direito fundamental as perspectivas objetiva e subjetiva, como veremos adiante, a mesma pode instituir um direito fundamental dotado de diversas funções.

Se na época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa os direitos fundamentais eram vistos apenas como o direito de o particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, os direitos de defesa, atualmente são os direitos a prestações ligados às novas funções do Estado diante da sociedade que passam a ser relevantes.

As mais importantes classificações funcionais estão a de Alexy e Canotilho. No Brasil se destaca a de Ingo Wolfgang Sarlet. Essas três classificações dividem os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Figura 1 – Classificação funcional dos Direitos Fundamentais por Canotilho

Fonte: Elaborado a partir da obra Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 79-80.)

Figura 2 – Classificação funcional dos Direitos Fundamentais por Alexy e Sarlet

Fonte: Elaborado a partir da obra Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 81.)

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), é essa teoria dos direitos fundamentais que trata da função atualmente emprestada a esses direitos fazendo-lhes não só um suporte para o controle das atividades do poder público e assim garantir a defesa contra as intromissões do Estado, mas também um arsenal destinado a conferir à sociedade os direitos às prestações sociais (ex.: direito a

educação), às prestações de proteção (ex.: direito do consumidor) e às prestações destinadas a viabilizar a participação no poder e na organização social (ex.: ação popular e ação coletiva).

Hoje o Estado Constitucional é caracterizado pela força normativa dos direitos fundamentais, aos quais estão vinculados todos os atos do poder público, inclusive as decisões judiciais e as leis, submetidas ao controle judicial. Então, atualmente os direitos fundamentais não só têm função de defesa contra as intromissões do Estado, como também têm função prestacional, exigindo prestações estatais de natureza social, de caráter protetivo e voltadas a viabilizar a participação. A essência do Estado Constitucional está na realização dos direitos fundamentais, dependendo da intermediação do Estado para incidir nas relações privadas.

3.2 PERSPECTIVAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e outra subjetiva, convivendo na mesma norma essas duas perspectivas.

Como bem aduz Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), quando as normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos, especialmente as atividades de aplicação e interpretação das leis, estaremos falando de valoração de ordem objetiva, que tem como importante consequência um dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, relativizando a separação entre a ordem constitucional e legal e permitindo uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Dever de proteção esse a qual o Estado fica obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas).

Quando essas normas de direitos fundamentais ao instituir valores, e assim tratar das relações entre os sujeitos privados e o Estado, regula as relações que se travam apenas entre particulares, estaremos tratando de perspectiva de ordem ou dimensão subjetiva, que “funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário” (MARMELSTEIN, 2016, p. 298).

3.3 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia dos direitos fundamentais pode ser vertical ou horizontal.

A existência da eficácia vertical dos direitos fundamentais se dá sobre o Poder Público, vinculando o legislador, o administrador e o juiz aos ditos direitos fundamentais. São relações jurídicas verticais, como preleciona Dantas (2017), porque uma das partes é o Estado (ou quem lhe faça às vezes), ente que tem o dever de observar os preceitos, expressa ou implicitamente, fixados na Constituição Federal, e a outra parte são os particulares, seja pessoa natural ou jurídica, e que figuram como beneficiários daqueles direitos. A eficácia vertical é sempre direta ou imediata.

Já a eficácia horizontal são as relações jurídicas, também chamada de eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, que se dá nas relações entre particulares. É a repercussão dos direitos fundamentais sobre os particulares quando da incidência direta desses direitos sobre o Estado. A eficácia horizontal geralmente se dá de forma indireta ou mediata.

Embora se sustente que no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares, também existe relação de natureza vertical. Isso, veio em decorrência das transformações da sociedade e do Estado, não podendo este mais ser visto como “inimigo”, como acontecia à época do Estado liberal, pois tem a incumbência de projetar uma sociedade mais justa, regulando as atividades dos próprios particulares.

Daí o surgimento por parte dos doutrinadores de duas correntes a respeito da aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações horizontais entre particulares: a corrente imediatista ou direta e a corrente mediatista ou indireta.

A primeira corrente, de aplicabilidade imediata e eficácia direta, se baseia no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, com fundamento no art. 5º, § 1º de nossa Carta Magna, chegando a afirmar que a generalidade dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional deve ser direta e imediatamente aplicada às relações horizontais entre particulares, independentemente de edição de diplomas infraconstitucionais para regulamentação daquelas relações jurídicas e independente da atuação judicial. Por exemplo, qualquer empregado, urbano ou rural, pode exigir do seu empregador a remuneração do trabalho extraordinário superior em no mínimo cinquenta por cento à do normal, com base no artigo 7º, XVI

da nossa Constituição, sem que, para tanto, tenha que mover uma prévia ação judicial para que o juiz determine a obrigação do patrão de arcar com esse custo. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, em mais uma oportunidade, já reconheceu a possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações horizontais (DANTAS, 2017, p. 344).

A segunda corrente, de aplicabilidade mediata e eficácia indireta, defende que a aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações horizontais entre particulares depende necessariamente ou da edição de normas infraconstitucionais, e o Estado é obrigado a prestações normativas de proteção, ou da utilização das chamadas cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, função social do contrato, justiça contratual, ordem pública, etc., inseridas em normas de direito privado, tendo, portanto, a mediação do Estado. Existe na realidade, no dizer de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), um imperativo de adaptação e harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é constitucionalmente reconhecida. A lei que impede a realização dos direitos fundamentais deve ser suprimida. Mas quando existe omissão de lei, representando uma negação de proteção a um direito fundamental, o juiz poderá recorrer aos conceitos abertos do direito privado preenchendo-os com auxílio dos valores constitucionais, sempre atentando para uma harmonização entre os direitos fundamentais, pois a tutela de um direito fundamental com a supressão da omissão legal, sem a devida harmonização, poderá atingir outro direito fundamental. E é justamente nesses casos em que os problemas de harmonização se tornam mais agudos, pois é aí que os direitos fundamentais mais colidem com a autonomia privada, havendo uma necessidade de encontrar uma forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-los (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 86).

Na realidade, segundo os mesmos autores, a eficácia horizontal direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal indireta ou mediata, pois, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser, de forma normal e mais conveniente, mediada pelo legislador, e assim deve ser indireta e mediata. Apenas quando o legislador se omite, negando proteção normativa ao direito fundamental, e então há que se pensar na supressão dessa omissão, é que se tem de admitir a sua eficácia

direta e imediata sobre os particulares, com base no art. 5º, § 1º de nossa Carta Magna. Mas se houver atuação do juiz para o suprimento, haverá aplicação indireta e mediata, com uma necessária compensação proporcional dos direitos fundamentais em colisão.

Dito de outra forma, diante da falta de ação do legislador, cabe ao juiz assegurar o grau adequado de tutela ao direito fundamental, tendo a incumbência de cumprir o dever de proteção. No entanto, a atividade do juiz de controle de insuficiência legislativa não terá a mesma amplitude da do legislador, pois aquele atua, por conseguinte, para garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, não podendo ir além disso.

Assim, de qualquer maneira, a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela outorgada pelo legislador, muito facilita a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 88).

3.4 EFICÁCIA VERTICAL COM REPERCUSSÃO LATERAL

A relação do juiz com os direitos fundamentais deve ser vista de maneira distinta quando são considerados os direitos fundamentais materiais e os direitos fundamentais processuais, em especial o direito fundamental processual à tutela jurisdicional efetiva. É que, quando o juiz tutela um direito fundamental material suprimindo a omissão do legislador, acontece o seguinte: o direito fundamental material e o direito fundamental à tutela jurisdicional incidem verticalmente, direta e imediata, sobre o juiz. Só que o direito fundamental material que incidiu verticalmente sobre o juiz, se projeta agora horizontalmente, indireta e mediata sobre os particulares, ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional que também incidiu verticalmente sobre o juiz não se projeta sobre os particulares, tendo em vista que não é direito material. A sua destinação é unicamente regular o modo com que se dará o proceder estatal dando efetividade à tutela de todos os direitos, fundamentais ou não e, por isso, a sua única eficácia é sobre o Estado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 91).

Assim, o direito fundamental processual e, em especial o direito fundamental

à tutela jurisdicional, ainda que tenha por objetivo vincular o modo de atuação do Estado perante o particular, não tem qualquer objetivo de regular as relações entre os particulares, e por isso mesmo, não precisa ser mediado pelo juiz. Mas está preocupado com a efetividade da tutela de todos os direitos.

Acontece que, como bem leciona Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), apesar de o direito fundamental processual e, em especial o direito fundamental à tutela jurisdicional, ao recair sobre a atividade do juiz, como já foi dito, não ter qualquer objetivo de regular as relações entre os particulares, pode repercutir lateralmente sobre estes, conforme o maior ou menor grau de agressividade da técnica processual empregada no caso concreto. Assim, esse direito processual nunca poder repercutir horizontalmente sobre os particulares, mas pode lateralmente sobre os mesmos.

O problema que se coloca agora diz respeito a qual o meio adequado entre diferentes meios aptos pelo qual o Estado deve agir para conferir efetividade aos direitos, levando-se em conta que nenhuma ação estatal pode ser arbitrária quando se sabe que isso acarretaria prejuízo, ônus ou encargo a um particular. O critério para a escolha do meio adequado dentre vários seria o da menor lesividade, impondo o menor dano à esfera jurídica do particular.

No caso da eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional a ponderação é feita muitas vezes para que o direito fundamental tenha eficácia sobre os particulares. Já no caso da eficácia vertical com repercussão lateral não há que se falar em ponderação ou em sopesamento, mas em um teste de adequação e em um teste de necessidade ou menor lesividade Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 93).

3.5 DIGRESSÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS COMO NORMAS

Como preleciona Dantas (2017), durante muito tempo, na fase jusnaturalista, considerou-se que os princípios não possuíam qualquer força normativa, consistindo apenas em simples proposições de valor, de conteúdo meramente programático, destinados a inspirar, nos diversos operadores do direito, os ideais de justiça. Nem sempre os princípios foram considerados normas, pois, na lição de Theodoro Júnior et al. (2016), essa mudança de percepção do papel das normas teve início com o jusnaturalismo moderno do século XVI que afirmava que os princípios eram a

expressão de um direito natural que não depende de uma legislação emanada por um Estado. Isso veio ao declínio com a consolidação do Estado Liberal, dando lugar ao positivismo jurídico no final do século XIX que buscando o caminho para sustentar uma objetividade do conhecimento jurídico livre de qualquer juízo de valor sobre seu objetivo, passou a estudar a norma de maneira descritiva pelo cientista do Direito, tendo este que se ater à sua tradução e nada mais. Um discurso sobre os princípios seria construído, mas despido de qualquer atribuição de normatividade, bem como o desenvolvimento de uma tendência em identificar a existência dos princípios gerais do direito, que funcionariam como figuras supletivas ao ordenamento jurídico quando o aplicador estivesse diante de uma situação de anomia (lacuna), não podendo ser confundidos, portanto, com os princípios jurídicos no pós-positivismo.¹⁷ Foi nessa fase que os códigos passaram a prever em seus textos a possibilidade de aplicação subsidiária dos princípios gerais do direito, na hipótese de omissão legislativa. Nesse diapasão, por exemplo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispôs expressamente, em seu art. 4º, que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais do direito*. Durante muito tempo a norma jurídica se confundia com o texto da lei, sendo este presumidamente claro e objetivo; o juiz era apenas aquele que pronunciava as palavras da norma. Para tanto, segundo Theodoro Júnior et al. (2016), se servia de uma metodologia lógica que preconizava que o raciocínio decisório era a simples aplicação de um silogismo.

Como bem acrescenta Dantas (2017), nesse período, princípios e normas pertenciam a categorias distintas: estas consubstanciadas em imposições legais, vinculando a todos os que se encontrassem nas hipóteses nelas tipificadas; aqueles, sem tal conteúdo impositivo.

Sabemos, no entanto, que apesar de Kelsen compreender que o Direito é formado apenas por regras, desde então a norma é mais do que o texto da lei; é também o sentido que se apreende do texto da lei, abrindo um leque de interpretações possíveis, expandindo o sistema para além dos estreitos limites da literalidade (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 57).

¹⁷ “A descoberta da força normativa dos princípios jurídicos é uma das principais transformações que o Direito contemporâneo irá receber. Trata-se de uma mudança paradigmática tão profunda que muitos autores, inclusive, advogam a tese de que, a partir dela, poder-se-ia afirmar o esgotamento da tradição do positivismo jurídico e sua substituição pelo chamado pós-positivismo” (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 54).

Hoje, nessa fase que a doutrina denomina de pós-positivista, contudo, já não se nega mais força normativa aos princípios, passando, estes, a terem força cogente, obrigatória e, de maneira semelhante, porém não idêntica, àquela conferida às demais normas positivas. Assim, abandonou-se a antiga dicotomia entre princípios e normas, passando-se a adotar a distinção entre princípios e regras, ambas como espécies do gênero norma jurídica (DANTAS, 2017, p. 117).

A atribuição de força normativa aos princípios faz com que eles assumam a categoria de normas jurídicas, que como gênero teria duas espécies: os princípios e as regras. Mas para se chegar a esse patamar a discussão necessitava avançar em maturidade científico-jurídica (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 58). Melhor dizendo, que apesar de a moderna doutrina estar praticamente pacificada no que tange ao reconhecimento dos princípios e regras como espécies do gênero norma jurídica, a mesma homogeneidade de entendimento não se apresenta, contudo, no tocante à definição daquelas duas espécies normativas.

3.6 REGRAS E PRINCÍPIOS: distinção

Ainda sobre a estrutura e para melhor entender o problema da colisão dos direitos fundamentais, as normas de direitos fundamentais podem se apresentar como regras ou princípios. Valores não se constituem em normas jurídicas (FERREIRA, 2014, p. 11).

A distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais é a mais importante das diversas diferenciações teórico-estruturais como bem afirma o jurista alemão Robert Alexy (2015, p. 85):

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais.

É, por isso, a distinção entre regras e princípios uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Deste modo, vários foram os autores que propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais algumas tiveram grande repercussão

doutrinária. Assim, para Josef Esser, em meados do século XX, mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, o que pode ser confirmado em Ávila (2016). Seguindo o mesmo caminho, para Karl Larenz, o critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa, uma vez que lhe falta o caráter formal de proposições jurídicas como sendo a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica própria das regras. Canaris também teve uma contribuição importante ao afirmar que os princípios seriam dotados de conteúdo axiológico explícito, e igualmente Larenz, concordando com a alusão de que um princípio seria dependente de regra(s) para sua concretização, como bem aduzem em Theodoro Júnior et al. (2016).

Ainda, aduz Theodoro Júnior et al. (2016, p. 59) que essas concepções reforçarão a ideia de que os princípios não possuem uma normatividade própria, tendo importância para a ciência jurídica muito mais por funcionarem como referenciais para a aplicação das regras jurídicas, sob forma de bússolas de interpretação ou vetores para uma interpretação.

Dessa forma, diante do exposto, para todos estes autores da teoria clássica (Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris) os princípios eram normas mais gerais, fundamentais e abstratas do que as regras, que se apresentavam mais específicas, mais detalhadas e concretas. A distinção seria qualitativa (FERREIRA, 2014, p. 12).

Outros autores como Bobbio e Del Vecchio, também apostaram na ideia de que os princípios são normas jurídicas, mas de conteúdos mais gerais e abstratos que as regras.

Com efeito, de acordo com Dantas (2017) mencionando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a distinção tradicional apoia-se num critério formal que encara os princípios como normas generalíssimas, não se destinando a regular um fato específico, e que permitem extrair de seus termos um incontável número de interpretações e comando; e as regras como espécie de norma com um grau muito menor de generalidade, nas quais os fatos e também as consequências jurídicas por

elas regulamentadas estão amplamente definidos em seu texto.

No entanto, para o aludido autor, é fácil perceber que o critério formal não se presta a tal distinção quando estamos em face de normas jurídicas cujo grau de generalidade é intermediário, entre a grande generalidade dos princípios e o mínimo de generalidade das regras. Seria um grupo de normas jurídicas mais expressivas denominadas de *zona cinzenta* em que o grau de generalização não é tão evidente. Foi assim que surgiu uma nova parcela de doutrinadores que enxergam entre princípios e regras uma diferença de caráter substancial, e não apenas formal, diferenciando-os pelos traços de otimização e flexibilização presentes nos princípios e ausentes nas regras. A característica da otimização atribuída aos princípios é de autoria do jurista alemão Robert Alexy, e a da flexibilização é apontada pelo jurista americano Ronald Dworkin, ambos da doutrina substancialista.

A verdade é que talvez os estudos mais decisivos para que os princípios passassem a ser compreendidos como dotados de dignidade normativa foram aqueles levados a cabo por Dworkin e por Alexy (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 59).

Também na obra de Ávila (2016, p. 150) há o destaque para a predominância dos dois juristas a respeito das diferenças entre regras e princípios:

[...] teorias hoje predominantes, especialmente de Dworkin e Alexy. Essas teorias diferenciam os princípios das regras com base no modo de aplicação e no modo de colisão. Assim, enquanto as regras seriam aplicadas mediante 'subsunção', os princípios seriam aplicados mediante 'ponderação'.

Ronald Dworkin ao contrapor as teses principais do positivismo jurídico, em especial a de Herbert Hart, identificou que o sistema jurídico é muito mais amplo e rico do que a visão redutora positivista poderia pressupor, não podendo, os princípios, de modo algum serem compreendidos como figuras de integração normativa como acontecia com os antigos princípios gerais do Direito. O autor negará a afirmação de que o Direito é constituído por um conjunto de regras, identificando a existência de princípios e diretrizes políticas. Ele distingue três padrões de orientação dos juízes no sistema jurídico: as regras, os princípios e as *policies* (FERREIRA, 2014, p. 12).

As regras são aplicáveis pelo critério do tudo-ou-nada. Seguem-se ou não as regras. Uma regra é válida ou inválida, devendo ser tomada como critério de solução

do caso ou afastada. Na colisão entre duas regras, apenas uma poderá ser válida e, portanto, servir como padrão para decisão do caso (FERREIRA, 2014, p. 12).

Os princípios possuem a dimensão de peso ou importância. Quando há colisão entre princípios, o desafio é definir qual o mais relevante para a solução do caso, pois são simultaneamente válidos. O princípio é uma exigência de moralidade e seriam deduzidos de mandamentos morais universais (FERREIRA, 2014, p. 13). Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade, conforme encontrado em Theodoro Júnior et al. (2016).

As *policies* são definidas como aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo alcançado, em geral pela melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (FERREIRA, 2014, p. 13).

Já segundo Robert Alexy, partindo das considerações de Dworkin, conforme disposto em Ávila (2016), precisou ainda mais o conceito de princípios considerando-os como uma espécie de normas jurídicas por meio do qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, e demonstrando que no caso de colisão entre eles, a solução não se resolveria com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe prevalência, mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista como uma cláusula de reserva, a ser assim definida: “Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso” (ÁVILA, 2016, p. 58).

Para Alexy, a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no modo do *tudo ou nada* de aplicação proposta por Dworkin, mas deve resumir-se, sobre tudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão e diferença quanto à obrigação que instituem. A primeira aduz que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia. A segunda diferença estabelece a obrigação absoluta das regras, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (ÁVILA, 2016, p. 58-59), o

que confirma a relatividade da obrigação.

3.7 APLICAÇÃO PRÁTICA DO CRITÉRIO ALEXIANO PARA DISTINÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Muito embora Alexy (2015) distingue bem entre regras e princípios, pode surgir, diante de uma norma concreta, a dúvida se a mesma é uma regra ou um princípio. Conforme o critério Alexyano, deve ser analisado se a norma pode ser aplicada gradualmente ou, se, necessariamente, deve ser aplicada na totalidade. Permitindo um cumprimento gradual a norma é princípio, exigindo um cumprimento total, é regra. Portanto, conforme análise de algumas normas jurídicas, poderemos esclarecer o critério Alexyano.

Um exemplo para um princípio infraconstitucional que se encontra no Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor que prevê:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. (BRASIL, 1990).

Esta norma claramente é um princípio, porque pode ser cumprido gradualmente. Assim o objetivo de atender as necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, pode ser cumprido gradualmente, pode começar com uma proteção básica, que gradualmente abrange cada vez mais áreas do consumo. Portanto, embora se encontre na legislação infraconstitucional, esta norma é um princípio. E se tem relação com a dignidade da pessoa humana e/ou com limitação de poder, será, sem dúvida, uma norma de direito fundamental atribuída às normas diretamente estabelecidas pela Constituição, que para ser válida como de direito fundamental certamente passou por uma relação correta de fundamentação referida a direitos fundamentais.

Outra norma do mesmo código é o artigo 22 que prescreve:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1990).

Embora a adequação, eficiência e segurança do serviço, podem ser cumpridos gradualmente dentro do possível, a obrigação de fornecê-lo não pode sê-lo, motivo pelo qual a presente norma é uma regra. Ou seja, o prescrito pelo verbo nuclear só pode ser cumprido totalmente, ou não é cumprido (KÖHN, 2006).

Também, embora Alexy (2015) destaca, que frequentemente a expressão "princípio" referindo-se aos princípios constitucionais, seja usado como sinônimo de Direitos fundamentais, na verdade, nem todos os Direitos fundamentais, elencados no Art. 5º da CRFB/88 são princípios, alguns são regras. Assim elenca o Art. 5º, entre outros: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]" (BRASIL, 1988).

Vemos que, de acordo com o critério Alexiano, esta norma é um princípio, porque permite o cumprimento gradual, já que a garantia pode ser de maior ou de

menor grau de eficiência.

Já o inciso III deste mesmo artigo: "III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 1988). É uma regra, porque só pode ser cumprido plenamente, ou não é cumprido. Não é possível, um cumprimento gradual, por exemplo, permitir tortura até um certo nível de dor causado ou permitir apenas a tortura de membros do PCC, por exemplo.

Outro inciso: "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;" (BRASIL, 1988). É um princípio, porque é necessariamente gradual. A manifestação de pensamentos, por exemplo, não é livre se, se faz apologia ao crime, mesmo assim a norma vale. Assim a norma deve ser cumprida da melhor forma possível, dentro das possibilidades práticas e jurídicas. Portanto, se permite cumprimento gradual é um princípio.

Outro exemplo interessante é o inciso XXVII do mesmo artigo: "XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (BRASIL, 1988). Esta norma é um princípio porque o verbo nuclear "pertence" permite cumprimento gradual. Permite que pertença aos autores o direito exclusivo, com ou sem exceções.

Atualmente a lei infraconstitucional já prevê algumas exceções, como por exemplo a Lei 9.610 de 1998, sobre direitos autorais, especificamente em seu artigo 46, inciso III, que fala da citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação: "III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra" (BRASIL, 1998).

Veja claramente, nesse exemplo, a diferença na interpretação de princípio e regra. Se aquela norma é princípio ela pode ser cumprida parcialmente e não há nenhum conflito entre ela e a norma infraconstitucional, que permite a citação (Art. 46 III da Lei 9.610 de 1998), pois conforme Alexy princípios prescrevem que algo deve ser cumprido da melhor forma possível, dentro das possibilidades práticas e jurídicas. Porém, se aquela mesma norma fosse regra, só poderia ser cumprida totalmente ou não seria cumprida. Assim estaria em conflito com a o Art. 46, III da Lei 9.610 de 1998. Não há regra de exceção prevista, portanto deveria prevalecer a regra hierarquicamente superior, ou seja, a regra constitucional. Consequentemente

a citação não seria permitida. Mas, como a referida norma não é regra, mas princípio, não há este conflito de regras e a citação é permitida (KÖHN, 2006).

3.8 O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, em que pese as normas de direitos fundamentais serem formadas por regras e princípios, é evidente a característica principiológica dessas normas.

Como bem destaca Marmelstein (2016), o fenômeno da colisão de direitos fundamentais decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios. Estes, ao contrário das regras que emitem comandos na base do “tudo ou nada”, estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. Logo não são absolutos, pois o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente.

O jurista de Kiel também já destaca o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais:

As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”. Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. [...] isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 86).

Também em Theodoro Júnior et al. (2016), é evidenciado o caráter evidentemente principiológico, das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais – inclusive as que resguardam a segurança, a justiça e a legalidade – destacando que são de aplicação imediata, independente de legislação ordinária, de acordo com o artigo 5º, § 1º da nossa Constituição Federal, comportando exceções quando o próprio texto constitucional assim o determinar.

Dessa forma, a nossa Carta Magna consagra e proclama, expressamente, a teoria da força normativa dos princípios, com que se traduzem os direitos fundamentais, bem como ainda prever que nessa categoria se inserem além dos direitos expressos no art. 5º também outros decorrentes do regime e dos princípios

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme o art. 5º, § 2º da nossa Constituição Federal, consagrando a cláusula de abertura a outros direitos fundamentais.

4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ocorrência da figura da colisão entre direitos fundamentais, acontece “[...] quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular” (STEINMETZ, 2001 apud DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 170).

Vale salientar que os conflitos entre normas de direitos fundamentais enquanto regras, não sendo objeto do presente estudo, é dispensado aqui maiores detalhes. Já a colisão de normas de direitos fundamentais enquanto princípios sim, constitui objeto do presente trabalho, daí referir-me ao tema “colisão”, para identificar-se com os princípios como normas de direitos fundamentais. E quem faz bem essa distinção vinculando a palavra “conflito” às regras e a palavra “colisão” aos princípios é o jurista alemão Robert Alexy, bem como já foi destacado que a distinção entre princípios e regras deve resumir-se, sobre tudo, a diferença quanto à colisão:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito (ALEXY, 2015, p. 91-92).

Conforme explanação anterior, os direitos fundamentais, sejam materiais ou processuais, são aqueles que têm alguma relação direta ou indireta com a dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Assim, todos os princípios e regras, que constituem as normas de direitos fundamentais, decorrem, ainda que indireta e mediatamente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora o princípio processual do devido processo legal funciona como base de orientação de todos os outros princípios e regras constitucionais processuais (NERY JUNIOR, 2016, p. 106), todos eles estão subordinados aos princípios constitucionais gerais, entre os quais ressaltamos o princípio da dignidade humana. Isso significa que tais direitos hierarquicamente, de acordo com a famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas formulada por Kelsen, estariam dispostas com normas de

diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos de forma que para cada norma ter validade é preciso que busque seu fundamento em uma norma superior, no caso o da dignidade da pessoa humana para que seja considerado direito fundamental, e assim por diante, de tal forma que as normas cuja validade possam ser reconduzidas a uma mesma norma fundamental formam uma ordem normativa.

4.1 HIERARQUIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deve-se ter em mente que apesar de ser esta uma dedução lógica, e levando-se em consideração a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a questão da possibilidade de hierarquia entre princípios não é tão fácil quanto se imagina, pois se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais.

A questão se complica quando se toma como ponto de referência unicamente os princípios constitucionais, tendo em vista que essas normas de direitos fundamentais estão positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, ou seja, está em um mesmo plano. Neste caso, haveria hierarquia entre os princípios constitucionais considerados em si mesmo? Por exemplo, o direito fundamental do princípio da liberdade de reunião seria hierarquicamente superior ao direito fundamental do princípio da isonomia?

Se nos pautarmos no critério axiológico, valorativo, parece indubitável que há hierarquia entre tais princípios, tendo em vista que todos os princípios e regras decorrem, ainda que indireta e mediatamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem se expressa o jurista Marmelstein (LIMA, 2008), mesmo no nível constitucional, parece inarredável que nossa Carta Magna realmente “hierarquizou” princípios, “elegendo” os mais importantes para compor o núcleo essencial, tendo em vista que alguns princípios são “irreformáveis”, ou seja, estão imantados pela cláusula da inabolibilidade (cláusulas pétreas), ao passo que outros podem ser, na forma do processo constitucional legislativo, suprimidos pelo poder constituinte derivado.

Theodoro Júnior et al. (2016) também se posiciona nesse sentido afirmando que os princípios passam a não mais ligar-se a um nível deontológico que trace uma conduta que possa ser avaliada pelo direito como proibida, permitida ou obrigatória, voltando-se para um nível axiológico, ligado a questões de preferências subjetivas sobre determinada situação concreta, o que a filosofia denomina de bem.

De outro lado, segundo aquele jurista, do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si.

Neste caso, partindo-se dessa constatação de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, surge uma tormentosa questão: o que fazer quando dois ou mais direitos fundamentais como princípios constitucionais entram em rota de colisão, já que estão num mesmo plano?

Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que, em decorrência da natureza principiológica dos direitos fundamentais que são enunciados quase sempre através de princípios e o simples fato destes constituírem um sistema aberto, permitindo uma compreensão fluida e plástica, já subentende-se que podem existir fenômenos de tensão entre esses princípios nos casos concretos. Daí essas normas constitucionais serem potencialmente contraditórias, já que, de acordo com Marmelstein (2016), refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não sendo à toa, portanto, a frequência com que elas entram em rota de colisão, cuja tensão existente entre as mesmas é consequência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista como a nossa, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário, não se harmonizando entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções, um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

4.2 RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das características dos direitos fundamentais é a sua relatividade.

Como bem preleciona Dantas (2017), em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, as normas da nossa Constituição devem ser interpretadas de modo que os meios utilizados sejam adequados aos fins perseguidos por elas, o que faz com que os direitos e garantias fundamentais não sejam absolutos.

Dessa forma, sempre que houver alguma possível colisão entre dois direitos fundamentais, não será possível conceder plena aplicação a ambos, havendo necessidade de mitigação de um deles, ou mesmo dos dois, para que prevaleça, no caso concreto, a solução que melhor se harmonize com o sistema constitucional. Pode ocorrer, por exemplo, que em uma colisão do direito à informação com o direito à imagem prevaleça o direito à informação em um caso concreto. Em outro caso concreto pode ser que prevaleça o direito à imagem.

Os casos mais clássicos de colisão de direitos fundamentais, segundo Marmelstein (2016), são os que envolvem, por exemplo, o direito de informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento violando a honra das pessoas. Esses direitos são essencialmente conflitantes por estabelecerem diretrizes em direções opostas pois, os direitos de personalidade orientam-se no sentido da proteção da esfera privada, do sigilo, da tranquilidade, do segredo, da não divulgação de informação pessoal, da não exposição da imagem. Já a liberdade de expressão segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente oposta.

4.3 RESTRIÇÕES E LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em sendo assim, os direitos fundamentais nascem para serem restringidos ou limitados, seja por iniciativa do próprio titular, seja por fatores intrínsecos, seja por elementos exteriores ou extrínsecos (FERREIRA, 2014, p. 17). Embora a regra seja a observância dos direitos fundamentais e não a sua restrição. Apesar de serem os valores mais importantes, ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, esses

direitos fundamentais podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições. Aliás, o próprio STF já decidiu que não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (MARMELSTEIN, 2016, p. 376).

Um caso de limitação ao próprio direito seria a renúncia. Apesar da irrenunciabilidade, em regra, ser uma das características dos direitos fundamentais, pode ocorrer renúncia a tais direitos, quando as pessoas, no exercício de sua autonomia individual, assumem voluntariamente limitações a seus direitos em função de outros interesses. Isso é perfeitamente possível do ponto de vista constitucional, constituindo em manifestação clara do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. “Na verdade, não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana, que é a autonomia da vontade” (MARMELSTEIN, 2016, p. 438). A renúncia só é considerada válida se for inequivocamente resultante de uma vontade livre e esclarecida, produzida pelo próprio titular (FERREIRA, 2014, p. 17).

As teorias a respeito das restrições e limites desses direitos são a interna ou conceitual, e a externa ou comparativa.

Aduz o jurista alemão Alexy (2015) em sua obra que enquanto a base de sustentação da teoria interna é o direito e seus limites, a base da teoria externa é o direito e suas restrições. Segundo ele,

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie* (ALEXY, 2015, p. 278).

Se se parte de posições definitivas, então estamos diante da teoria interna; se se parte de posições *prima facie*, então estamos diante da teoria externa.

A teoria interna ou conceitual defende que os direitos fundamentais, desde o início, já têm seu conteúdo determinado, possuindo limites imanentes, desde que seja para proteger ou preservar outro valor constitucional. A própria Constituição

Federal de 1988, segundo Marmelstein (2016), cuida de traçar limites aos direitos fundamentais, quando, por exemplo, reconhece o direito à vida mas autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada; garante o direito de propriedade mas exige que ela exerça sua função social; limita o acesso ao judiciário no caso de ações relativas à disciplina e competições desportivas; sem falar nas situações de grave calamidade institucional como o estado de defesa e estado de sítio, onde existe na Constituição expressa autorização a diversas restrições a direitos fundamentais. Também as normas infraconstitucionais podem ser utilizadas para restringir ou limitar o conteúdo dos direitos fundamentais, desde que haja autorização constitucional (reserva legal), traduzidos nas expressões “na forma da lei”, que a lei estabelecer”, etc.

A teoria externa ou comparativa emerge o conceito de restrição a um direito e, portanto, ergue-se a definição dos contornos do direito fundamental a partir de duas coisas distintas – o direito e a sua restrição -, entre os quais há uma relação que somente é criada a partir da exigência externa ao direito em si. Dois direitos fundamentais vivem uma relação de tensão ou de colisão, que só pode ser solucionado pela ponderação ou pelo sopesamento. Técnica essa que pressupõe a argumentação jusfundamental racional no plano prático. Um direito fundamental restringe o outro direito *prima facie*. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo (FERREIRA, 2014, p. 20).

Essa teoria é aplicada nos casos das normas sem reservas legais, em que, segundo Dimoulis e Martins (2014), o constituinte autorizou o pleno exercício do direito e não vislumbrou riscos de conflito com outros direitos constitucionalmente tutelados, podendo, estes casos, serem submetidos ao “direito constitucional de colisão”, com aplicação, primeiramente, do princípio da concordância prática (harmonização) ou cedência recíproca. Não se chegando ao direito definitivo parte-se, em segundo lugar, para o uso do princípio da proporcionalidade, como bem assevera os autores:

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas: Primeiro, a interpretação sistemática da Constituição, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. Segundo, o critério da proporcionalidade, [...]. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 171).

Assim, de acordo com esses autores, eventual limitação legislativa do direito sem reserva seria inconstitucional, pois, uma restrição só pode ser admitida *in concreto* quando se constata um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais.

4.4 REGRAS EM CONFLITOS

Mesmo não sendo o foco do presente trabalho, é pertinente salientar que quando existe conflito entre regras, o fenômeno denomina-se antinomia, cuja hierarquia (*lex superior derogat inferior*) seria um dos critérios estabelecidos para a solução de um potencial conflito de normas (antinomia), além dos critérios cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e especial (*lex specialis derogat legi generali*), determinando a invalidade de uma das normas quando estas são regras, conforme aduzido em Dantas (2017). Importante frisar que, segundo o mesmo autor, nessa última hipótese que leva em consideração o critério especial no caso de aparente conflito entre regra geral e regra especial, a aplicação da norma especial, em razão das particularidades do caso concreto, não implica a revogação da geral, que continua plenamente vigente.¹⁸ Esses critérios só seriam utilizados para invalidar uma das regras quando não houver sido introduzida em uma delas uma cláusula de exceção que elimine o conflito.

Insta registrar o disposto em Avila (2016), segundo o qual afirma que quando duas regras entram em conflito, ou se declara a invalidade de uma delas, ou se abre uma exceção a uma dessas regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas, sustentando, dessa forma, que as regras entram em conflito no plano abstrato, tendo a solução desse conflito inserido na problemática das normas. Já quando o conflito se dá entre dois princípios deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles e, por isso assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, tendo a solução inserida na problemática da aplicação, embora esses entendimentos possam ser repensados.

4.5 PRINCÍPIOS EM COLISÕES

Já os princípios, enquanto normas de direitos fundamentais, não seguem a

¹⁸ “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, § 2º.

mesma lógica anteriormente mencionada para as regras. As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. E isso tem a ver com a definição dos princípios como mandamentos de otimização, que de acordo com a obra de Robert Alexy,

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2015, p. 90).

De acordo com a teoria Alexiana, se dois princípios colidentes são considerados isoladamente, ambos conduziriam a uma contradição, significando, dessa forma, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. É a “lei da colisão” em que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2015, p. 99). Assim, segundo Alexy (2015, p. 99):

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \text{ P } P_2)C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Essa lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ou seja, que podem ser cumpridas em vários graus de concretização. Assim, levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão seja resolvida de forma contrária. Isso vem confirmar o caráter *prima facie*

dos princípios, e não de mandamentos definitivos. Assim, um princípio seria plenamente aplicado, desde que não haja outro que lhe restrinja.

Mas em caso de colisão, um deles tem que ceder através da aplicação dessa relação de precedência condicionada. Não podendo ceder de forma absoluta, mas através de um sopesamento, cujo objetivo é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. O certo é que em uma colisão de direitos fundamentais enquanto princípios, um restringe o outro, e para saber se essa restrição se justifica, os princípios colidentes devem passar por um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao judiciário exigir demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante, tendo como objetivo fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É nesse ponto que, como aduz Marmelstein (2016), entra em cena o mais importante princípio de interpretação dos direitos fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade.

4.6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO PARA DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROTA DE COLISÃO

Devido à falta de precisão metodológica de diversos autores brasileiros, algumas são as terminologias utilizadas para definir a expressão “princípio da proporcionalidade” dentro do nosso ordenamento jurídico. Virgílio Afonso da Silva (2002 apud MARMELESTEIN, 2016, p. 380) fala em regra já que suas sub-regras seriam aplicadas por meio de um raciocínio de subsunção:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Humberto Ávila (2016, p. 164) avalia como um postulado ou metanormas

que seriam normas sobre a aplicação de outras normas. Neste ponto, a proporcionalidade não é propriamente um princípio, porquanto não entra em conflito com outros princípios. A bem ver, proporcionalidade é o princípio que possibilita a solução racional e metodológica dos conflitos entre princípios. É uma espécie de meta princípio dado seu conteúdo funcional. Por conta disso, alguns juristas sustentam que não existe um princípio da proporcionalidade e, sim, um “postulado”.

De outro modo outros empregam a expressão “máxima” para designá-lo com precisão, como aduz em Theodoro Júnior et al. (2016), que seguindo a mesma perspectiva de Robert Alexy considera como um procedimento metodológico de caráter instrumental para a aplicação de princípios, equiparando-os a valores (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 63).

Assim aduz Alexy (2015, p. 116-118):

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. [...] o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Dessa forma, o chamado princípio da proporcionalidade apresenta ao tomador da decisão uma série de critérios para balizar os argumentos e bens jurídicos em rota de colisão, com vistas a restabelecer o equilíbrio, a harmonia, a justa proporção posta em risco em determinada situação. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se mais como um método, um procedimento para solução dos conflitos entre direitos fundamentais ou princípios jurídicos que se encontrem em rota de choque. Deriva da própria essência dos direitos fundamentais, não se aplicando a todas e quaisquer hipóteses de resolução de casos concretos, mas tão-somente àquelas situações em que se verificam restrições normativas (em sentido lato) ou de cunho administrativo a direitos fundamentais.

Melhor dizendo, o Princípio ou máxima da proporcionalidade se assenta em três elementos (VIANNA, 2017): a) Adequação, conformidade ou idoneidade; b)

Necessidade ou exigibilidade; e c) Proporcionalidade em sentido estrito. Por “adequação” entende-se a solução a ser encontrada no caso em pauta concilie e compatibilize meios e fins entre os bens e institutos jurídicos em disputa. É aquilo que é apto a fomentar o resultado pretendido. Nesta interrelação não pode haver desvios. O meio utilizado deve ser compatível com o fim almejado, sem desvios de finalidade. A “necessidade” ou exigibilidade, a seu turno, irá impor ao aplicador do direito a cautela de seguir por um caminho decisório como medida realmente imposta e necessária diante das circunstâncias, provavelmente a única solução dentre as possíveis. Deve-se primar, sempre, pela intervenção mínima, pela alternativa menos gravosa, como forma de não abalar o sistema jurídico ou que contenha a menor lesão possível, vedando não só os excessos, mas também as insuficiências. Enquanto a adequação exige um exame absoluto do ato, a necessidade demanda um exame comparativo dos atos (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 67). Por último está a “proporcionalidade em sentido estrito”, por vezes nominada de justa medida. Esta irá permitir ao órgão decisório que efetue o sopesamento (balanceamento) dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação, a fim de identificar qual deles deve prevalecer no caso, a partir dos valores e fundamentos constitucionais, tomando por base o “núcleo essencial” de cada bem jurídico controvertido. Essa ponderação, de acordo com Marmelstein (2016), apesar de estar longe de ser um modelo perfeito e acabado para casos complexos que envolvam direitos fundamentais, é no entanto, se utilizada corretamente e com ética argumentativa, o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais para aguçar nosso sentimento de justiça e nosso bom senso, como a busca pelo dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade, sempre nos forçando a seguir os valores constitucionais.

Os três elementos do princípio da proporcionalidade devem ser analisados em sequência de forma sucessiva e subsidiária, mas nunca aleatoriamente, podendo até, em alguns casos, não haver necessidade de análise de todas elas. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 66). A observância dessa rigorosa concatenação desses elementos evita uma hermenêutica negativa fruto do ativismo judicial, prática que deve ser repugnada dentro do Estado Democrático de Direito.

A proporcionalidade pode ser aferida tanto como proibição de excesso (direitos de defesa), como também proibição de insuficiência (direitos de prestação) (FERREIRA, 2014, p. 24).

Aplicação da proporcionalidade como proibição de excesso quando os direitos fundamentais funcionam como direitos de defesa:

a) Adequação ou idoneidade – aptidão do meio alcançar um fim constitucional legítimo (realizar outro direito fundamental). Ex: colocação de cerca elétrica ao redor de uma estátua pelo Poder Público visando protegê-la¹⁹.

b) Necessidade (vedação de excesso) – inexistência de outros meios tão eficientes e eficazes quanto o meio adotado e que restrinjam menos o direito fundamental (comparativo). Ex: no exemplo, o fim justifica o meio empregado, mas apesar da medida ser adequada, ela é excessiva por poder causar a morte de alguém que pretenda pichá-la ou danificá-la. Logo, a medida é desproporcional e destituída de legitimidade por ferir o segundo elemento da proporcionalidade, ou seja, vedação de excesso. Devendo procurar outras medidas menos drásticas e igualmente eficiente, como a colocação de vigia.

c) Proporcionalidade em sentido estrito – equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo (sopesamento). No exemplo, o caso não passou no teste do subprincípio da necessidade, não chegando, portanto, ao da proporcionalidade em sentido estrito. Não há o que sopesar.

O princípio da proporcionalidade como proibição de insuficiência quando os direitos fundamentais funcionam como direitos de prestação:

a) Adequação ou idoneidade- se a adoção da conduta omissiva favorece a realização do objeto da otimização do princípio do direito fundamental.

b) Necessidade (vedação de insuficiência) - apura se não existe um meio alternativo que implique um mesmo grau de favorecimento do direito fundamental prestacional, e, em compensação, produza menos consequências desvantajosas para os direitos em colisão. Um exemplo seria um julgamento da constitucionalidade de uma medida provisória que fixou um valor para o salário mínimo incapaz de cumprir os requisitos constitucionais, sendo reconhecido, pelo STF, uma violação do dever de proteção insuficiente, declarando a existência de uma situação de omissão parcial de inconstitucionalidade por cumprimento insuficiente do dever de legislar²⁰.

¹⁹ Exemplo na obra Marmelstein (2016, p. 385).

²⁰ Exemplo na obra Marmelstein (2016, p. 386-387).

c) Proporcionalidade em sentido estrito - busca estabelecer um equilíbrio na relação de comparação entre vantagens e desvantagens.

Outros exemplos de alguns casos de colisões de direitos fundamentais temos:

Abertura de nova farmácia – liberdade profissional colidindo com restrição legal sob alegação de impedir concorrência desleal entre farmácias

Proibição de abertura de empreendimentos fast-food em bairro pobre na cidade de Los Angeles (Califórnia, EUA) – liberdade empresarial colidindo com restrição baseada em direito à saúde (proteger pessoas obesas).

Pedágio ou rodízio em cidades urbanas em decorrência do trânsito caótico – liberdade de ir e vir com o seu veículo colidindo com lei que os institui.

Proibição de comercialização de bebidas alcóolicas às margens de rodovias federais – direito à livre iniciativa e à liberdade empresarial colidindo com lei que preconiza a diminuição de acidentes de trânsito.

4.6.1 Concordância prática ou harmonização

Como bem aduz Marmelstein (2016), na técnica da ponderação, que é o instrumento indispensável para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do “princípio da concordância prática”. Somente se não for possível a conciliação, é que se deve partir para o “sopesamento ou para a ponderação propriamente dita” com a utilização da fórmula de peso.

O princípio da máxima efetividade exige que o intérprete sempre tente fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização concreta plenamente sem afetar negativamente nenhum outro direito fundamental. O princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo Dantas (2017), determina que em caso de colisão de direitos fundamentais deve-se buscar uma interpretação que melhor os harmonizem de maneira a conceder a cada um dos direitos a maior amplitude possível, sem que um deles imponha a supressão do outro, buscando um ponto de coexistência entre referidos direitos, de forma que ambos cedam reciprocamente, para que possam viver harmoniosamente.

Um exemplo de aplicação desse princípio em um dado caso concreto seria a necessidade de conciliar a liberdade e expressão da atividade de comunicação,

independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, CF) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), quando algum órgão de imprensa publica uma notícia que, a despeito de ser de inequívoco interesse público, também ofende a privacidade ou a honra subjetiva de alguém.

4.6.2 A fórmula de peso (Robert Alexy)

Ocorre que muitas vezes uma harmonização não é possível, ocorrendo a colisão em que, pelo menos um desses direitos será atingido de forma negativa, ainda que parcialmente. Neste caso, tenta-se dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringindo o mínimo possível o outro valor constitucional colidente. Como explica Alexy (2015, p. 593) traduzindo a Lei do Sopesamento ou Fórmula do peso, “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

É no sub-princípio da Proporcionalidade em sentido estrito que é feito esse raciocínio de sopesamento, ponderação ou balanceamento, que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente. Quanto maior a importância de se satisfazer um direito, menor é o grau de restrição a ele, considerando as condições fáticas e jurídicas específicas.

O alemão Robert Alexy, que foi um dos juristas que mais se dedicou no mundo ao estudo do princípio da proporcionalidade, desenvolveu um critério inédito e original para laborar com os subprincípios que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), com a intenção de apresentar uma perspectiva racional, dotada de cientificidade, com maior grau de objetividade possível para realizar o sopesamento dos direitos fundamentais quando em rota de colisão. Criou, destarte, conforme já apresentado, a chamada “Fórmula do peso”, “Lei do sopesamento” ou “Balança da Justiça”, que complementa as leis de colisão a qual pode assim ser sintetizada, conforme Alexy (2015, p. 603):

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

Nessa fórmula, “G” significa o peso final entre os princípios em colisão. “P_i” e “P_j” vêm a ser exatamente os princípios ou direitos fundamentais que estão em choque em determinado caso, este último – o caso concreto – pode ser representado pela letra “C”.

O peso final “G” é um peso relativo, uma vez que será extraído sempre no caso concreto “C”, do quociente entre a “intensidade da intervenção” em um dos princípios “I” e a “importância do princípio” que lhe é colidente “W”. Por outras palavras, será o resultado da colisão entre dois direitos fundamentais “P_i x P_j”. Este conteúdo relativo vai ser representado por “P_{ij}” e – insista-se –, sempre em uma situação concreta “C”. Em suma: o peso final “G” resulta do quociente entre dois direitos fundamentais em colisão “P_i” e “P_j”.

Desta forma, na fórmula, “IP_iC” indica a “intensidade de intervenção” no princípio “P_j”, isto é, o quanto, no caso concreto “C”, este princípio que está em colisão com o outro princípio “P_i” será afetado se prevalecer seu opositor “P_i”. Já “WP_jC” representa a “importância “W” do princípio “P_j” colidente. Vale dizer, o quanto, na situação de fato “C”, este princípio “P_j” será prejudicado se prevalecer seu opositor “P_i”. Em consequência, “GP_{ij}C” será resultante da divisão de “IP_iC” por “WP_jC”.

De forma didática e de modo esquemático, a fórmula (VIANNA, 2017) pode ser assim explicitada, na parte tocante à divisão:

$$\frac{IP_iC}{WP_jC} = \frac{\text{Intensidade de intervenção "I" no princípio "P}_i\text{" no caso "C"}}{\text{Importância "W" do princípio colidente "P}_j\text{" no caso "C"}}$$

O resultado da divisão acima será: GP_{ij}C = Peso final “G” do conflito entre princípios “P_{ij}” no caso “C”

Todavia, para se realizar o “cálculo” do quociente é preciso recorrer, antes, a números. Diz-se “cálculo” porque a “fórmula” de Alexy não tem nada de matemática. A expressão “cálculo” não passa de uma metáfora para se proceder ao sopesamento dos valores existentes nos bens jurídicos em conflito de maneira racional; lógica.

No entanto, para realizar o “cálculo”, Alexy estabelece um modelo triádico (ALEXY, 2015, p. 605) bastante simples. Faz uso dos valores 2⁰, 2¹ e 2², ou seja, 1, 2 e 4. Optou, como se pode constatar, por uma progressão geométrica.

Esses números representarão a importância, o valor, o “peso” a ser atribuído a cada um dos componentes da “fórmula” – “I.P_i.C” e “W.P_j.C” – a fim de possibilitar o “cálculo” que levará à solução jurídica do problema. Assim quanto mais importante o efeito sobre cada componente da fórmula, maior será o “peso” numérico que receberá a grandeza respectiva, observando-se a escala 1, 2 e 4. Em razão disso, Alexy disponibiliza nova designação; agora para representar a relevância da influência, indicando: “l” para leve = 1; “m” para médio = 2; “s” para sério = 4.

Nestes termos: o peso de “GP_{i,j}C” emergirá do cálculo dos números após se atribuir na “fórmula do peso” os valores 1, 2 e 4 a cada um dos elementos “IP_iC” e “WP_jC”. Isto, por sua vez, irá permitir dosar qual bem jurídico irá prevalecer no caso mediante singela operação aritmética. Todavia, para a solução final do caso, será preciso observar, mais, o seguinte critério: a) se o resultado for superior a 1, deverá prevalecer o princípio correspondente a “P_i”; b) se o resultado for inferior a 1, prevalecerá o princípio correspondente a “P_j”; c) se o resultado for igual a 1, não será possível a solução racional do caso.

Lembre-se, mais uma vez, que o valor final de “G” é relativo, uma vez que será sempre fixado com base na situação de fato em exame, mediante uma valoração naquele caso entre a “intensidade da intervenção” do “princípio” em “concreto” “IP_iC” e o “grau de importância” respectivo do outro “princípio” no “episódio” “WP_jC” observada a proporção de “l” para leve (1), “m” para médio (2) e “s” para sério (4). Isto significa dizer que um princípio preterido em uma determinada situação não está derogado ou revogado, mas que em outro caso e contexto, este mesmo princípio que tenha sido preterido, poderá prevalecer, conforme as peculiaridades. Dito de outra forma, conforme os pesos que venham a ser atribuídos às grandezas ou elementos que compõem a “fórmula” ou “lei do sopesamento” em cada caso, tomando-se por base as circunstâncias existentes, poderá se ter uma solução distinta, sem que isto importe em ruína ou abalo do sistema jurídico como um todo.

Diante do exposto, para que possa ficar mais claro e didático, recorre-se a um exemplo. Suponha-se um caso em que se postule a concessão de medida liminar ou antecipação de tutela perante um juiz incompetente. Suponha-se, mais, que, no caso, a não concessão da liminar de modo imediato resultará em perecimento do direito material respectivo. Sendo assim, o que se tem é um conflito de bens jurídicos, representados pela observância do princípio do “juiz natural” “vs.”

a “efetividade da jurisdição”.

Transportando o problema para a “fórmula” de Alexy, para se atribuir os valores será necessário indagar: a) qual o peso do princípio do juiz natural “ P_i ”? b) qual o peso do princípio da efetividade “ P_j ”? c) qual o grau de comprometimento (“intensidade”) do princípio do juiz natural se for deferida a liminar “ I ”? d) qual o grau de comprometimento (“importância”) do princípio da efetividade se não for deferida a liminar “ W ”? e) Qual o nível de elementos fáticos – dados concretos “ C ” – de que se dispõe para responder a indagação da alínea “ c ”? f) Qual nível de elementos fáticos – dados concretos “ C ” – de que se dispõe para responder a indagação da alínea “ d ”?

Antes de responder às questões e atribuir pesos às grandezas da fórmula de Alexy, é preciso ter presente que as respostas aos quesitos “ c ” e “ d ” trazem implícitas a ideia: quanto maior for o grau de interferência em um princípio “ P_i ”, maior a importância no caso terá o outro princípio “ P_j ”. Isto será confirmado na sequência.

Segue-se o cálculo. No que alude às questões “ a ” e “ b ”, conclui-se que ambos princípios são dotados de elevada magnitude no cenário jurídico contemporâneo, pelo que se imputa peso 4 a ambos “ s ”. Já no que se refere às questões “ c ” e “ d ”, tem-se que, se deferida a liminar (“tutela”), não haverá expressivo comprometimento do princípio do juiz natural “ P_i ”, uma vez que o processo poderá, adiante, ser remetido ao juiz competente, razão pela qual se atribui peso (2), ou seja, grau leve de comprometimento “ I ”. Por outro lado, quanto ao princípio da efetividade “ P_j ”, se não for concedida a liminar, este restará letra morta. Afinal, não será possível sua realização posterior diante do perecimento do direito. Nestas condições, imputa-se peso 4 (quatro), com grau sério de comprometimento “ s ”.

No que tange às circunstâncias de fato, isto é, os dados concretos para se proceder a avaliação retro pode-se dizer que são fortes, porquanto há possibilidade de medir as consequências entre fazer a opção por um “ P_i ” ou por outro princípio “ P_j ”. Fixa-se, por conta disso, em 4 (quatro) o peso para ambos, vale dizer, grau sério “ s ”.

Nesta ordem de ideias, a fórmula ficará assim preenchida:

$$GP_{i,j}C = \frac{4.2.4}{4.4.4}$$

Diante disso, realizadas as multiplicações e divisão, chegar-se-á ao resultado 0,5 (zero vírgula cinco), o qual é inferior a 1 (um). Isto significa que, no caso, deverá prevalecer o princípio da efetividade “P_j”, em vez do princípio do juiz natural “P_i”. Deverá, assim, ser deferida a medida judicial urgente como forma de evitar o perecimento do direito, desconsiderando – no caso – o princípio do juiz natural.

Para reforçar o que foi dito, deve-se ter presente que, para se realizar o arbitramento do “I” e do “W”, será necessário levar em consideração os efeitos que a realização ou não de determinada conduta terão sobre os princípios em conflito. Assim, no exemplo acima, lança-se mão das seguintes hipóteses: a) se realizada determinada conduta – por exemplo: “P_j” (efetividade) –, deferindo-se a liminar por juiz incompetente, indaga-se: qual será o resultado, o impacto, o grau de interferência do “P_i” (Juiz natural) no “P_j” (princípio da efetividade)? Essa mesma ideia pode ser objeto da seguinte indagação: b) se não realizada a conduta (“P_j” – efetividade), isto é, se não deferida a liminar, qual o reflexo, o impacto, o comprometimento do “P_i” (Juiz natural)?

Ambas formulações podem ser assim representadas: a) “C” realiza “P_j”; b) “~C” realiza “P_i”; c) “C” interfere em “P_i”; d) “~C” interfere em “P_j”.

Assim, “C” significa a realização de uma conduta: deferimento da liminar (“tutela”). E “~C” equivale ao não deferimento da liminar (“tutela”). Sendo assim, conforme o peso que for atribuído a cada um dos efeitos, será possível chegar ao peso final dos princípios em colisão e saber qual irá preponderar na situação.

No exemplo ministrado, note-se, se se optar pela prevalência do princípio do juiz natural haveria aniquilamento por completo do princípio da efetividade, uma vez que haveria o perecimento do direito. Já o contrário, não será verdadeiro, porquanto os autos poderão ser remetidos posteriormente ao juiz natural. Daí por que se justifica atribuir peso maior ao princípio da efetividade do que ao princípio do juiz natural na hipótese vertente.

Um outro exemplo seria uma ação de repetição de indébito tributário em que se busca o reconhecimento do direito à isenção tributária de imposto de renda pessoa física sobre auxílio creche percebido por servidor público federal.²¹ O juiz ao analisar a inicial, preferiu julgar logo o pedido procedente, sem que sequer fosse

²¹ Exemplo no material de Ferreira (2014).

feita a citação do réu, sob a alegação de que a contestação é unicamente de direito e não há qualquer aspecto fático a considerar, podendo ser emprestada de outra ação idêntica, já ajuizada e que teve sentença proferida. Para o juiz prolator da sentença, empreender a citação do réu iria apenas procrastinar inutilmente o deslinde do feito.

Neste exemplo temos em jogo dois princípios colidentes, “contraditório” “vs.” “efetividade da jurisdição”. Utilizando-se a fórmula de peso: “C” seria o caso concreto como sendo a concessão da liminar *inaudita altera pars*. “P_i” seria o acesso à justiça representado pelo princípio da efetividade da jurisdição colidindo com o princípio do contraditório “P_j”, que devido à importância no cenário jurídico, ambos serão imputados peso 4 (sério), considerados de forma isolada e abstratamente. Se for deferida a liminar, não haverá expressivo comprometimento do princípio do contraditório, tendo em vista tratar-se de matéria de direito, não havendo aspecto fático a considerar e, por isso, recebe peso 2 (médio). Se não for deferida liminar, haverá um maior comprometimento do princípio da efetividade com a procrastinação inútil ao deslinde do feito, afetando a celeridade processual e, por isso, consideramos peso 4 (sério). Os argumentos de que dispõe o princípio da efetividade e assim concretizar o acesso à justiça com o deferimento da liminar são mais fortes que os argumentos que sustentam a escolha pelo princípio do contraditório com a não concessão da medida e, por isso, este receberá peso 2 (médio), e aquele receberá peso 4 (sério). Transportando o problema para a fórmula de Alexy (2015) com os valores ficará assim:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC} = \frac{Efetividade}{Contraditório}$$

$$GP_{i,j}C = \frac{4.4.4}{4.2.2} = 4$$

Dessa forma, realizadas as multiplicações e divisões, chegar-se-á ao resultado 4 (quatro), o qual é superior a 1 (um). Isto significa que, no caso, deverá prevalecer o princípio da efetividade “P_i”, em vez do princípio do contraditório “P_j”. Deverá, assim, ser deferida a medida judicial como forma de dar maior efetividade ao direito pleiteado, sem o prejuízo do contraditório que fica diferido para momento

posterior.

Um outro exemplo de um caso a ser ponderado com a utilização da fórmula do peso, caso não se chegue a uma solução pelo princípio da concordância prática, seria os casos de transfusão de sangue em testemunhas de Jeová.²² Como se sabe, por razões religiosas, as testemunhas de Jeová não aceitam a transfusão de sangue. Imagine, então, que um adepto dessa religião tenha um filho hospitalizado, necessitando urgentemente de uma transfusão de sangue para sobreviver. Em situações assim, tem-se reconhecido que o Poder Judiciário pode autorizar a realização da transfusão, mesmo contra a vontade do genitor, pois a vida, do ponto de vista constitucional, é um valor mais importante do que a religião, especialmente a vida de uma criança. É inegável que a fé religiosa merece ser prestigiada pois, a Constituição é bastante clara ao assegurar a liberdade de crença²³. No entanto, muitas vezes, o exercício da liberdade religiosa colide com outros valores importantes, como o direito à vida. Assim, se houver meios alternativos à salvação da vida, igualmente satisfatórios, que não seja a transfusão de sangue, esses meios devem ser tentados antes de se violar a crença religiosa das Testemunhas de Jeová. A transfusão à força somente será possível em situações excepcionais em que: a) houver risco de morte; b) for o único tratamento possível; c) houver razões médicas suficientes para justificar a transfusão; d) houver possibilidade real de salvação da vida.

Neste exemplo temos em jogo dois princípios colidentes, “direito à vida” “vs.” “liberdade religiosa”. Utilizando-se a fórmula de peso: “C” seria o caso concreto como sendo a efetivação da transfusão de sangue. “P_i” representaria o princípio do direito à vida colidindo com o princípio que assegura a liberdade religiosa “P_j”. Ambos direitos fundamentais, mas, devido à importância maior do direito à vida no cenário jurídico em relação a liberdade religiosa, a este será imputado peso 2 (médio), e àquele peso 4 (sério), considerados de forma isolada e abstratamente. Se for feita a transfusão de sangue, haverá um certo comprometimento do princípio da liberdade religiosa, só que de impacto não mais importante que o total esvaziamento do direito à vida, por isso, recebe peso 2 (médio). Se não for feita a transfusão de

²² Exemplo da obra Marmelstein (2016, p. 395-396), combinado com Ferreira (2014).

²³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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” (BRASIL, 1988).

sangue, haverá um maior comprometimento do princípio do direito à vida, com a grande possibilidade de morte do paciente, e por isso, consideramos peso 4 (sério). Os argumentos de que dispõe o princípio do direito à vida com a efetivação da transfusão de sangue são de grau mediano tanto quanto os argumentos que sustentam a escolha pelo princípio da liberdade religiosa, com a não efetivação da transfusão e, por isso, ambos receberão peso 2 (médio). Transportando o problema para a fórmula de Alexy (2015) com os valores ficará assim:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC} = \frac{\text{Direito à vida}}{\text{Direito à liberdade religiosa}}$$

$$GP_{i,j}C = \frac{4.4.2}{2.2.2} = 4$$

Dessa forma, realizadas as multiplicações e divisões, chegar-se-á ao resultado 4 (quatro), o qual é superior a 1 (um). Isto significa que, no caso, deverá prevalecer o princípio do direito à vida “P_i”, em vez do princípio da liberdade religiosa “P_j”. Deverá, assim, ser feita a transfusão de sangue, prestigiando a vida.

Críticas à essa tese de Alexy feita por Habermas (ALEXY, 2015, p. 594) são no sentido de que não há um critério sólido e consistente para se atribuir valor (peso) aos direitos fundamentais ou princípios que estão em colisão, ficando a operação reduzida a atividade puramente subjetiva, ensejando decisionismos e instabilidades. Outra crítica que tem sido feita a Alexy está a de Böckenförde (VIANNA, 2017), no fato de que nunca poderá haver empate na atribuição, o que torna o critério frágil para lidar com inúmeras situações

Apesar das críticas, essa tese da ponderação de Alexy, de acordo com Marmelstein (2016), apesar de estar longe de ser um modelo perfeito e acabado para casos complexos que envolvam direitos fundamentais, é no entanto, se utilizada corretamente e com ética argumentativa, o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais para aguçar nosso sentimento de justiça e nosso bom senso, como a busca pelo dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade, sempre nos forçando a seguir os valores constitucionais que aliados aos direitos fundamentais possam garantir a dignidade das pessoas.

4.6.3 Proteção ao núcleo essencial do direito fundamental

Viu-se que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. É nesse sentido que as normas de direitos fundamentais têm caráter principiológico ocupando a mesma posição hierárquica do ponto de vista jurídico. Mas em caso de colisão entre eles no plano concreto, apesar de o direito fundamental não poder ser invalidado totalmente, ele pode ser restringido para ceder lugar ao outro que lhe é colidente e axiologicamente mais importante. Mas, até que ponto esse direito fundamental pode ser restringido de modo a não afetar a sua essência enquanto direito fundamental? De acordo com Marmelstein (2016), foi pensando nisso que a doutrina e a jurisprudência, em complemento ao princípio da proporcionalidade desenvolveram o chamado “Princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental”, segundo o qual, em nenhum caso uma lei abstratamente pode restringir a tal ponto um direito fundamental que afete o seu conteúdo mínimo ou essencial, esvaziando-o por completo. É uma ferramenta argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais. Contudo, excepcionalmente, de acordo com Marmelstein (2016, p. 405) “em situações concretas, diante de circunstâncias específicas, o judiciário, ao sopesar valores em conflito, possa afastar por completo um direito fundamental, atingindo, obviamente, seu núcleo essencial”, o que não seria ideal, mas, em dadas situações será inevitável. E até mesmo a própria lei (abstratamente) poderá eventualmente atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, do direito à vida quando a Constituição prevê a pena de morte em caso de guerra, estando, dessa forma, atingindo o núcleo essencial do direito à vida. Também quando o Código Penal brasileiro autoriza a realização do aborto em caso de gravidez que possa resultar em risco para a vida da gestante, está autorizando uma restrição total do direito à vida do feto.

Assim, conforme visto, o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) determina que uma medida restritiva de direito fundamental será válida se for proporcional; e será proporcional se for: a) adequada (se atinge o fim almejado); b)

estritamente exigível e não excessiva (por causar o menor prejuízo possível) e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger os direitos fundamentais; c) proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens, através da técnica da ponderação ou sopesamento dos valores em jogo, devendo estar associado ao princípio da proteção ao núcleo essencial, de modo que, se uma lei que restringe determinado direito fundamental for proporcional, então será válida, mesmo que, eventualmente, atinja o núcleo essencial de um direito.

4.6.4 O duplo caráter das normas de direitos fundamentais

Até aqui viu-se que uma norma de direito fundamental, ou é regra, ou é princípio. Seria o que o jurista alemão Robert Alexy (2015) chama de modelo puro das regras e princípios. No entanto, as normas de direitos fundamentais podem adquirir um caráter duplo (regras e princípios) se for incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos ou ponderação. Alega o mesmo autor que essas normas de caráter duplo surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis, não sendo suficiente compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios, mas um modelo adequado seria obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios.

Isso teria afinidade com o mencionado grupo de normas jurídicas, como aduz Dantas (2017), denominadas de *zona cinzenta* em que o grau de generalidade é intermediário, entre a grande generalidade dos princípios e o mínimo de generalidade das regras.

4.6.5 Positivização do princípio da proporcionalidade no artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil como solução para colisão de normas de direitos fundamentais

Utilizado mais nos Direitos Administrativo e Constitucional, verificando a constitucionalidade dos atos infraconstitucionais, o Princípio da proporcionalidade não foi previsto expressamente na Constituição Brasileira, como a de Portugal (art.

266, nº 2). Isto, porém, não autoriza dizer que, no Brasil, referido princípio deixou de ser previsto pela Constituição do país. Segundo entendimento doutrinário, trata-se de um princípio implícito na Constituição em meio a uma série de dispositivos. Dentre estes dispositivos podem ser destacados o art. 5º, incisos V, X e XXV; o art. 7º, incisos IV, V e XXI; o art. 36, § 3º; art. 37, inc. IX; o art. 71, inciso VIII; o art. 84, parágrafo único; o art. 129, incisos II e IX; o art. 170, “caput”; o art. 173, 15 “caput” e § 3º, 4º e 5º; o art. 174, § 1º; e, por fim, o art. 175, inciso IV.

No entanto, na construção de um Código de Processo Civil como instrumento para efetivação de direitos fundamentais, não se poderia ignorar os vários problemas contemporâneos de tensões entre esses direitos no constitucionalismo, como por exemplo a contínua tensão entre o direito de privacidade e a liberdade de expressão entre outros, afigurando-se como fenômeno natural e inevitável a colisão entre normas de direitos fundamentais em igual hierarquia, exigindo do aplicador do direito uma solução por meio de uma fundamentação racional que legitime sua opção.

Dessa forma, o legislador atento quanto a possibilidade de o juiz necessitar de solucionar conflitos jurídicos decorrentes dessa colisão de normas de direitos fundamentais (regras e princípios), realizou amplamente a opção pelo princípio da proporcionalidade positivando no artigo 489, § 2º do Novo Código de Processo Civil²⁴ combinado com o artigo 8º do mesmo diploma²⁵.

As críticas por parte de alguns juristas e doutrinadores ao referido artigo 489, § 2º, como a do jurista Lenio Streck (2015) no sentido de que o parágrafo deveria referir-se somente às colisões entre princípios não merece respaldo, tendo em vista que o próprio Alexy (2015, p. 141) deixou uma “brecha” quando admite a possibilidade da existência de regras incompletas, necessitando de um recurso a nível de princípios que a complete e, dessa forma, possa ser passível de decisão constitucional através do sopesamento ou ponderação através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Principalmente se for incluída uma cláusula restritiva, deixando a norma com um caráter dúplice (regras e princípios), conforme já visto.

²⁴ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015).

²⁵ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015).

A imposição expressa de observância do princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil também veio acompanhar a opção realizada pela jurisprudência do STF para a solução de colisão de princípios constitucionais, baseada no esforço de Robert Alexy (2015) na análise da jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional Federal alemão com a utilização de uma teoria argumentativa jurídica que possa fornecer legitimação ao provimento jurisdicional. Daí a exigência do novo Código para a justificativa do objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizaram a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão, como bem assevera Theodoro Júnior et al. (2016, p. 69):

Ou seja, a partir daí o magistrado **não poderá** simplesmente resolver o suposto conflito principiológico a partir de sua *consciência*, pois a legislação, **ao estabelecer uma metodologia decisória essencial**, força-o que explicita o passo a passo de sua decisão; e nesse caso, implica que ele deve rigorosamente cumprir o que a teoria alexyana determina: primeiro estabelecerá se sua decisão passa pelo teste da adequação, para em um segundo momento conferir a necessidade da medida judicial e – somente positivamente aprovadas estas – promover o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Tudo isso fase a fase, explicitadas no texto decisório, até mesmo para que suas razões possam ser fiscalizadas e verificadas pelos demais sujeitos envolvidos na dinâmica processual, mediante a premissa participativa/cooperativa e da fundamentação estruturada, prevista na Constituição (art. 93, IX) e, agora, esmiuçada com **caráter obrigatório** no art. 489, § 1º.

Veja-se que o legislador preocupado com a necessidade de uma argumentação racional para legitimar uma decisão judicial que solucione colisões de normas fundamentais, demonstrou no § 1º do mesmo artigo que fundamentações genéricas não são suficientes em um modelo constitucional de processo. Dessa forma evita-se os perigos do que Lenio Streck chama de “panprincipiolismo” (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 79), que nada mais é do que decisões com base em princípios sem qualquer lastro normativo.

Nesse sentido, além de o legislador ir mais além, permitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade, não só aos princípios em colisões, mas também às regras que se revistam desse duplo caráter adquirindo estrutura de princípios, esta iniciativa permite, ao mesmo tempo, fomentar uma fundamentação idônea para as decisões judiciais, fortalecendo a utilização da máxima da proporcionalidade cujo controle de legitimidade será realizado através do raciocínio e argumentação desenvolvido na decisão fruto da ponderação.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ficou evidenciado que aqueles direitos que estão de alguma forma vinculados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder foram considerados como direitos fundamentais, e surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, caracterizando uma das funções dos referidos direitos que é a função de direitos de defesa. Com o passar do tempo, foram surgindo outros direitos que foram elevados à categoria de direitos fundamentais através da positivação na Constituição e, para se conseguir garantir essa quantidade de direitos, a função legiferante do Estado desenvolve normas semanticamente abertas e com grau de abstração e generalidade significativos com o objetivo de “abarcar” no plano concreto uma grande quantidade de conflitos. Como consequência, e, diante da impossibilidade de se conseguir uma solução para todos os casos, mais problemas surgiram para a efetivação desses direitos, bem como para determinar a correta interpretação e aplicação de cada um deles, convergindo consequente e inevitavelmente para os conflitos entre si e com outros valores assegurados na forma de restrições, concorrência e colisões, o que fez surgir outra função dos direitos fundamentais para obrigar o Estado a não só mais se abster de interferir negativamente na vida das pessoas (direitos de proteção), mas de agir positivamente para assegurar os direitos a prestações (direito de ação, educação, saúde, etc.) de que o cidadão necessita.

Nessa estrutura desses direitos fundamentais ficou evidenciado que, quando o Estado não cumpre a função que os direitos fundamentais lhes determinam, seja por insuficiência ou omissão legislativa, surge para o cidadão a necessidade de acesso à justiça através dos direitos fundamentais processuais, como o direito fundamental de ação, para o suprimento e garantia do seu direito fundamental material. Para isso foi explicado o papel dos direitos fundamentais processuais e sua interrelação com os direitos fundamentais materiais através das eficácias vertical e horizontal, vertical com repercussão lateral sobre os particulares quando a técnica processual empregada pelo juiz não é adequada, devendo optar por aquela de menor lesividade.

Assim, conforme mostrado ao longo do presente trabalho, a necessidade de invocar a tutela jurisdicional ocorre quando o direito fundamental pleiteado colide com o direito fundamental de outro cidadão, surgindo para o Estado através do

judiciário a obrigação de dar tutela a quem dela necessita (direitos a prestações) com a complexa tarefa de garantir os dois direitos, sem que um invalide o outro, já que são fundamentais. Para uma correta solução, viu-se a importância de se fazer a divisão e distinção das normas de direitos fundamentais em regras e princípios, sendo um dos tópicos mais importantes para solução de direitos fundamentais em rota de colisão. Assim, mesmo não sendo, as regras, o foco principal do presente trabalho, este evidenciou que quando duas regras entram em conflitos, ou se declara a invalidade de uma delas, ou se abre uma exceção a uma dessas regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas, sustentando, dessa forma, que as regras entram em conflito no plano abstrato, tendo a solução desse conflito inserido na problemática das normas. Já quando o conflito se dá entre dois princípios, o que denominamos de colisão, viu-se que deve se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles e, por isso assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, tendo a solução inserida na problemática da aplicação.

Como os direitos fundamentais, em sua grande maioria, são formados por normas com características de princípios, daí sua natureza principiológica, como nos ensina a melhor doutrina alemã, não se pode decidir dando vazão a um direito em detrimento ou invalidade do outro, como acontece nas regras. Mas sim decide com a utilização do princípio da proporcionalidade para sopesar ou ponderar através da atribuição de pesos a cada direito fundamental em colisão. Para isso, utiliza-se os subelementos ou as máximas do referido princípio representados pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com a ajuda, primeiramente, do princípio da concordância prática ou harmonização. Caso não se chegue a uma solução com essa harmonização utiliza-se a proporcionalidade em sentido estrito, onde ocorrerá o sopesamento ou ponderação propriamente dita, através da “fórmula do peso” desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy. Ponderação essa que pode restringir o direito fundamental que lhe é colidente, mas sempre respeitando, em regra, o limite do seu núcleo essencial, evitando o completo esvaziamento do direito.

Assim, assegura-se que o cidadão não seja vítima de uma decisão desproporcional, discricionária e despida de legitimidade, fruto de ativismos judiciais e uso abusivo de princípios sem densidade normativa. E mais agora que o novo Código de Processo Civil tornou o princípio da proporcionalidade em seu artigo 489, § 2º peça obrigatória para a solução envolvendo colisões de princípios e regras de direitos fundamentais com estrutura de princípios sujeitas ao sopesamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**: Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em: maio 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Teoria dos direitos fundamentais no processo civil**. Natal: Centro Universitário do Rio Grande do Norte, 2014. 38 f. (Apostila).

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de processo civil**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Coleção resumos dos Maximilianos, v. 4).

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção a obra de cada autor).

KÖHN, Edgar. **Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 4, n. 188, 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440>> Acesso em: 25 maio 2017.

LIMA, George Marmelstein. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 3, n. 8, fev. 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5614>. Acesso em: fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Consultor Jurídico. São Paulo, p.1-10, 8 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 12 maio 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **O Princípio da proporcionalidade em Robert Alexy**. Disponível em: <<http://www.jrav.com.br/?wpdmact=process&did=MjluaG90bGluaw==>>. Acesso em: maio 2017.