

DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E EFETIVAÇÃO

FUNDAMENTAL RIGHTS: CONTENTS, PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND EFFECTIVENESS

*Claudia Maria Toledo da Silveira**

RESUMO

Direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos. Representam, portanto, a objetivação dos valores máximos integrantes do *ethos*. Apresentam-se por isso dispostos na Constituição, lei maior do ordenamento jurídico, na forma de princípios. Princípios jurídicos são mandamentos de otimização estipuladores de direitos *prima facie*, os quais são tornados definitivos após a aplicação do princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais são vinculantes, na medida em que declarados em princípios, normas jurídicas cuja materialização se dá no caso concreto. São por isso autoaplicáveis, demandando sua efetivação complexidade procedimental mais acentuada, mediante a qual aqueles valores retores da vida social se realizam, cumprindo-se então a idealidade racionalizada como diretriz do agir humano intersubjetivo.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais; Positivação de valores máximos; Princípios jurídicos; Direitos *prima facie*; Direitos definitivos; Princípio da proporcionalidade; Autoaplicabilidade.

ABSTRACT

Fundamental rights are the human rights adopted by the state juridical order. They represent then the maximum values from *ethos*. They are written in Constitution, the juridical order major law, as principles. Principles are optimization requirements that stipulate *prima facie* rights, which become definitive after the application of the principle of proportionality. The fundamental rights are binding, since they are declared in principles, juridical norms that are materialized in concrete cases. They are applicable law then and their effectiveness demands this complex

* Doutora em Filosofia do Direito (UFMG). Pós-Doutora em Filosofia do Direito (UFSC). Pós-Doutoranda em Filosofia do Direito (Christian-Albrechts zu Kiel, Alemanha – supervisão Prof. Dr. Robert Alexy). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Tomé de Souza, n. 562, apto. 1204, 30140-130, Funcionários, Belo Horizonte-MG. E-mail: toledo.claudia@uol.com.br.

procedure, through each those guiding social life values are turned real and the ideality rationalized as the guideline of intersubjective human acts.

Keywords: Fundamental rights; Maximum values; Juridical principles; *Prima facie* rights; Definitive rights; Principle of proportionality; Applicable law.

Os *direitos humanos* apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente, mas ainda não positivados. Aqueles valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual, reunidos na figura dos direitos humanos, são, por sua vez, o *conteúdo* dos *direitos fundamentais*, os quais lhes dão *forma jurídica*, tornando-os *direitos positivos*. Sendo o Direito a efetivação da liberdade, a realização da liberdade *subjetivada* e *objetivada*, e revelando-se a liberdade no curso do processo histórico, os direitos fundamentais apresentam-se como o *desdobramento da liberdade*.

A transformação daqueles valores indispensáveis à vida e dignidade humanas em direitos subjetivos coincide com a passagem do Estado monárquico absolutista francês à República, decorrendo da Revolução Francesa, de 1789, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que lhe segue, também em 1789.

224

Embora a objetivação e o processo de positivação dos direitos fundamentais tenham-se iniciado na Inglaterra, com a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1629), o *Instrument of Government* promulgado por Cromwell em 1652 (durante a curta experiência republicana inglesa), o *Habeas Corpus Act* (1679), o notório *Bill of Rights* (1689), confere-se à Revolução Francesa, inserida no contexto jus-racionalista do século XVIII, e à conseguinte Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o mérito de torná-los direitos não só de um povo ou de uma etnia, mas do gênero humano. É inegável a superioridade dos seus efeitos nas transformações do mundo ocidental, efeitos de cunho *universal* e indestrutível, que perduram até hoje como conquistas que já compõem, de forma *definitiva* (invariantes axiológicos), o *ethos* das sociedades politicamente organizadas em Estados Democráticos de Direito.

Como direitos declarados *universalmente*, os direitos humanos representaram conquista não apenas dos franceses contra o despotismo da monarquia nacional, mas de toda a cultura ocidental, contra todo despotismo existente, por serem fruto de uma gestação secular, tendo encontrado sua plena explicitação no momento histórico e cultural da França, no qual os enciclopedistas iluministas prepararam a fundamentação teórica dos princípios norteadores da Revolução Francesa nos valores *liberdade* e *igualdade*, que passaram a ser garantidos não mais no plano axiológico moral, mas no jurídico, como direitos humanos naquela Declaração, dos quais todo e cada indivíduo é titular.

Os direitos humanos foram inicialmente declarados em *proclamações solenes*, caracterizadas por serem um articulado orgânico especial em que se enunciavam os direitos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Posteriormente, passaram a constituir o *preâmbulo* das Constituições dos Estados, como o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 (considerado parte integrante do texto constitucional de 1958, atualmente em vigor). Hoje, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as Constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais* que os declaram como *direitos públicos subjetivos*. Direitos *públicos* subjetivos porque emanados *diretamente* de normas de direito *público*.

Lima Vaz explica que a aspiração contemporânea de uma Ética universal, a possibilidade de uma *identidade ética* para o imenso corpo da *sociedade-mundo* dá-se mediante os *direitos humanos*. Ao lado das tentativas teóricas para pensar essa identidade e por força do pressuposto fundamental de que não há sociedade humana sem seu *ethos* correspondente, a história contemporânea vê manifestarem-se em escala mundial exigências de natureza eminentemente ética como a do efetivo respeito dos direitos humanos mediante o intercâmbio cultural de valores considerados universais, sejam eles religiosos, estéticos, pedagógicos etc.¹

As normas jurídicas apresentam-se como a representação da *máxima objetivação* do *ethos*, tendo como conteúdo o que de mais elevado axiologicamente foi considerado por uma sociedade. Em virtude de sua essencialidade, são dotadas de *coercibilidade*, sendo exigíveis de forma irresistível. Os *direitos fundamentais*, em especial, por declararem os valores tidos como primordiais dentre os tornados jurídicos, apresentam-se como a *racionalização ética* por excelência, situando-se no ápice do ordenamento jurídico nacional. São direitos *matrizes* de todos os demais, por lhes dar *fundamento*, e devem, portanto, ser dispostos na lei máxima nacional, a Constituição. Esta é lei fundamentadora de todas as demais, que apenas podem dispor sobre outros direitos ou aprofundar e especificar os fundamentais. Os direitos fundamentais, sendo produto da consciência jurídica de um povo e os direitos pelos quais se viabiliza o exercício dos demais, determinam o sentido do direito positivo infraconstitucional (que também emana daquela consciência jurídica), a qual não os pode contrariar, mas, sim, ajustar-se-lhes, e é dessa precisa correspondência que depende sua *efetividade*. A declaração dos direitos fundamentais na *Constituição*, lei máxima nacional, confere-lhes maior proteção, em face da *rigidez constitucional*, ou seja, da maior dificuldade para sua modificação do que aquela requerida para as demais normas jurídicas do ordenamento.

¹ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia V* – Introdução à ética filosófica II. São Paulo: Loyola, 2000. p. 90, 214-215.

O ordenamento jurídico é escalonado pela mesma característica dos valores que normatiza: a *preferibilidade* de uns frente a outros, em face da sua maior ou menor relevância para a autorrealização do homem, e, conseqüentemente, sua *gradação hierárquica*, segundo a ordem de preferência estabelecida, a partir de uma ponderação realizada. Os direitos, que os expressam, são então também hierarquicamente dispostos, ainda que não de forma explícita.

Se, do ponto de vista *objetivo*, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores básicos, sob o prisma *subjetivo*, caracterizam-se como o estatuto jurídico dos cidadãos nas suas relações com o poder público e entre si.

Desse modo, a evolução dos direitos fundamentais obedece ao processo histórico de três momentos típicos do fenômeno jurídico: em primeiro lugar, aparece a *consciência* desses direitos em determinadas condições históricas (objetivação); em segundo lugar, a *declaração* desses direitos como aceitação formal de todos, nas Constituições (positivação); e, finalmente, a sua *realização*, como concretos e efetivos (efetivação). O movimento da *objetivação, positivação e efetivação* é permanente no fenômeno jurídico, é processo constante.

Assim, quanto ao seu *conteúdo*, os direitos fundamentais têm, como elementos definidores, aqueles *valores* culturalmente considerados principais, representativos da ideia de justiça então vigente, e, quanto à sua *forma*, a sua *declaração* ou positivação, com o seu reconhecimento universal. Estão expressos tanto em *princípios* (majoritariamente) quanto em *regras*, ambas espécies do gênero *norma jurídica*. Para sua proteção, há *ações* judiciais denominadas *garantias fundamentais* ou *garantias constitucionais*.

Diversamente da maioria dos direitos subjetivos, guardam eles a especificidade de serem *irrenunciáveis, inalienáveis, intransferíveis, imprescritíveis e não patrimoniais* justamente em virtude de sua essencialidade para a vida e dignidade do homem.

São *irrenunciáveis, inalienáveis e intransferíveis* em virtude de seu caráter *personalíssimo*, inerentes que são à individualidade da pessoa humana no que ela tem de indisponível: sua vida e sua dignidade. Não possuem *conteúdo patrimonial* por não serem dotados de expressão econômica *intrínseca*, a despeito do seu mais elevado valor ético. A sua *lesão* é que é reprimida e passível de conversão em indenização pecuniária para reparação das perdas e danos sofridos. É, então, a indenização que se integra ao patrimônio, porque economicamente apreciável, e não o direito substancial desrespeitado. Finalmente, são *imprescritíveis* porque a prescrição é instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos apenas de caráter *patrimonial*, nunca deixando os direitos fundamentais, portanto, de ser exigíveis.

Desse modo, os direitos fundamentais não se apresentam como *inatos e absolutos*, modo como a *concepção jusnaturalista* concebeu os direitos humanos, entendendo-os como direitos naturais. Embora tenham os direitos fundamentais

sua origem nos direitos naturais (forma como eram concebidos os direitos humanos), com eles não se confundem, haja vista terem sua história intimamente relacionada com a do *constitucionalismo*. Somente a partir das declarações e Constituições foi então que substancialmente se estabeleceram, espalhando-se crescentemente em várias nações do mundo. Enquanto os direitos fundamentais apresentam-se como *direitos subjetivos*, os direitos naturais (ou humanos) não passavam de *valores* considerados primordiais, independentemente de estarem ou não consagrados em lei. Enquanto valores apenas, não ultrapassavam o âmbito da *consciência moral*, tornando-se *direitos* somente quando de sua positivação em *norma jurídica*. Assim, o *conteúdo* dos direitos fundamentais são os valores pré-constitucionais consagrados, pela cultura ocidental, como primordiais e a *forma*, a sua declaração em lei – do que advém o seu reconhecimento universal –, mediante a qual tais valores são garantidos como direitos.

Ao contrário, são os direitos fundamentais *obra* humana, isto é, produto da *cultura* humana, e não algo *dado* pela natureza ao homem desde o seu nascimento. Resultam do já aludido processo de *conscientização* de um grupo de valores historicamente situados, os quais são então *postos* pela vontade social. Os direitos fundamentais são, destarte, *construídos*, *conquistados* pelo homem, não lhe sendo meramente *dados* pela natureza.

Por outro lado, é reconhecida aos direitos fundamentais a característica de *historicidade* (inerente ao Direito, porque imanente ao *ethos*). Se históricos como qualquer direito, não podem ser, portanto, absolutos. Diferentemente dos demais direitos, contudo, por consubstanciarem o que de mais elevado axiologicamente foi produzido pela sociedade, muitos dos direitos fundamentais (aqueles de natureza de direitos humanos) tendem a assumir a forma dos chamados *invariantes axiológicos*, núcleos valorativos que, uma vez objetivados, *integram* a realidade normativa social de maneira constante, vindo a sofrer apenas modificações, adaptações às particularidades do contexto histórico em que se encontram. Apresentam-se como *conquistas* já *introjetadas* na *produção cultural* – produção cultural *ocidental* crescentemente desenvolvida em âmbito *mundial*.

Tais modificações a que se submetem os direitos fundamentais geram uma *distinção*, e não uma separação entre eles, atendendo à perspectiva *histórica* do seu aparecimento. Por isso, são eles classificados em direitos fundamentais individuais, políticos e sociais; mas essa classificação não pode ser levada a ponto de se considerarem esses direitos em conjuntos compartimentados. Daí outra característica inerente aos direitos fundamentais: a sua *indivisibilidade*. Formam um todo *uno*, não devendo suas partes ser destacadas e assumidas isoladamente. Sem a efetividade de cada um deles, não se atingirá o exercício de sua totalidade. Nenhum dos direitos fundamentais é absoluto, mas inter-relacionado com os demais, pelo que surgem como interdependentes. Seus preceitos não são excludentes entre si, mas complementares, a despeito das limitações que, por vezes,

um direito fundamental imponha ao outro (o que é indissociável do caráter não absoluto de qualquer direito). Os limites da extensão de cada qual são examinados na situação *concreta*, de acordo com suas *particularidades*, somente podendo-se chegar à conclusão *definitiva* a partir da aplicação do *princípio da proporcionalidade* (com seus momentos de *adequação*, *necessidade* e *ponderação* ou *sopesamento*) aos direitos fundamentais.

Robert Alexy, eminente jurista alemão, é reconhecido tanto nacional como internacionalmente como dos mais notáveis especialistas no tratamento dos direitos fundamentais, em face do grau de complexidade, riqueza, sistematicidade e atualidade de seu pensamento. Estabelece Alexy um recorte na realidade social, elaborando uma *jurídica* teoria dos direitos fundamentais, ao contrário, por exemplo, da teoria *histórica* de Jellinek, que explica o *surgimento* dos direitos fundamentais, da teoria *filosófica* de Rawls, que se ocupa de sua *fundamentação*, ou da teoria *sociológica* de Luhmann, que perquire a *função* dos direitos fundamentais no *sistema social*. Embora a teoria alexyana refira-se, como delimita o autor, aos direitos fundamentais *positivados* na Lei Fundamental alemã e, a partir daí, a esses direitos tais como *definidos* pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a *estrutura* dos direitos fundamentais, bem como os *exemplos* especificamente tratados – liberdade, igualdade e direitos a prestações estatais positivas –, está presente em todos os *Estados Democráticos de Direito*, por serem expressos em princípios que compõem a essência desse tipo de Estado. Por isso, sua teoria é passível de *universalização*. Sua teoria foi exposta em 1985, na sua tese de habilitação, *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais).

228

A mais importante distinção teórico-estrutural para a *teoria dos direitos fundamentais* é, no entanto, a feita por Alexy entre *regras* e *princípios*. Ela é a base da fundamentação jusfundamental, ou seja, dos direitos fundamentais, e da solução dos problemas centrais relativos a esses direitos: seus limites, sua colisão, seu papel no sistema jurídico, seu efeito em terceiros, a divisão de competência entre os poderes judiciário e legislativo.

Tanto os princípios como as regras são normas porque ambos dizem o que *devem ser*, sendo passíveis de formulação em enunciados normativos *deônticos* básicos de *mandamento*, *permissão* ou *proibição*. Ambos são *razões* para *juízos concretos do dever-ser*, ainda que sejam razões de tipos diferentes. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre *dois tipos* de *normas*, sendo numerosos os critérios propostos para tanto, dos quais o da *generalidade* é o mais frequente.

Os princípios apresentariam, então, grau de *generalidade* relativamente alto, comumente não se referindo de forma direta às possibilidades reais ou normativas como as regras, normas com um nível relativamente baixo de generalidade. Além desse critério, elencam-se também o grau de *abstração*, a *determinabilidade* dos casos de aplicação, a natureza *normogenética*, o caráter de *fundamentabilidade* no sistema, a proximidade da *ideia do direito*, a referência a uma *lei jurídica*

suprema, a *importância* para o ordenamento jurídico. A despeito de, na essência, serem princípios e regras igualmente normas jurídicas, os princípios são caracterizados, do ponto de vista *lógico*, por possuírem um maior âmbito de abrangência e, do ponto de vista *axiológico*, consagrarem os valores maiores, basilares do ordenamento jurídico. Por serem mais genéricos (*generalidade*), deles são *logicamente* dedutíveis (*dedutibilidade*) normas com grau de especificidade cada vez maior. Pelo fato de disporem sobre os valores fundantes da sociedade e, consequentemente, do Estado e do Direito, deles são também *axiologicamente* dedutíveis normas que tratam dos demais valores hierarquicamente organizados no ordenamento jurídico, pelo que é da essência do princípio conferir *unidade* ao ordenamento jurídico, tanto *lógica* quanto *axiologicamente*, seja para a interpretação das normas jurídicas, seja para sua integração.

Tomado isoladamente, esse critério estabelece, pois, uma distinção somente *de grau* entre princípios e regras. Não é essa, contudo, a posição de Alexy, para quem existe um critério que permite distinguir com precisão entre princípios e regras e estabelece entre eles diferença não apenas gradual, mas também *qualitativa*: o fato de serem os *princípios* normas que ordenam que algo seja realizado na *maior medida possível*, dentro das possibilidades *reais* e *jurídicas* existentes, ao contrário das *regras*, que contêm *determinações* no âmbito daquilo fática e juridicamente possível, somente podendo ser cumpridas ou não, exigindo que se faça exatamente o que nelas se ordena.

Os princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*, passíveis de cumprimento em diferentes *graus*, conforme as possibilidades *reais* e *jurídicas* (determinadas na contradição entre princípios e regras opostos). Diversamente, a regra, se é *válida* – por *validade formal* entenda-se a elaboração da norma por *órgão competente*, mediante *processo regular* –, exige o cumprimento exato do seu ditame, nem mais nem menos. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é *qualitativa* e não só de grau.

O conceito de *mandamento* (relativo aos princípios) é tomado aqui em sentido amplo, abarcando também permissões e proibições. A preocupação de Alexy é apenas a de distinguir entre princípios e regras e, a partir daí, seguir na elaboração de sua teoria dos direitos fundamentais. Não trata ele de uma possível especificação dos princípios em “princípios constitucionais” ou “princípios fundamentais”, afirmando haver nessa matéria *desconcertante imprecisão* não apenas *terminológica*, mas *conceitual*. Espíndola, por exemplo, dispõe serem os princípios constitucionais “princípios jurídicos inseridos na Constituição”, dotados de “problemas teóricos e dogmáticos” próprios que exigem um “discurso constitucionalmente adequado”.² Já os “princípios fundamentais” são especificamente tratados por Canotilho como *princípios constitucionalmente estruturantes*, isto é,

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

princípios constitutivos do “núcleo essencial da Constituição”, garantidores de sua “identidade e estrutura”.³

Para melhor diferenciação terminológica, a contradição entre princípios opostos é chamada *colisão* e, entre regras, *conflito*. Duas normas, quando opostas, se aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis mediante dois juízos de dever-ser contraditórios ou contrários, o que é inadmissível, em virtude da exigência de *coerência* do ordenamento jurídico.

Por isso, um conflito entre regras somente pode ser solucionado ou se declarando inválida, pelo menos, uma das regras, ou, se for possível, introduzindo-se em uma delas uma cláusula de exceção que elimine o conflito. A solução das antinomias entre regras se faz pelo recurso aos critérios clássicos: cronológico, de especialidade e hierárquico (dos quais o último é o mais forte dos três, no caso de conflito de critérios, e o primeiro, o mais fraco). A decisão permanece, contudo, uma decisão acerca da validade.

Já quando dois *princípios* entram em colisão, um dos dois princípios tem de ceder perante o outro, permanecendo, entretanto, *válido* o princípio desprezado sem que se tenha que introduzir nele uma cláusula de exceção. Sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras, o inverso pode ocorrer. Isso porque, nos *casos concretos*, os princípios têm diferentes *pesos*, tendo então primazia o princípio com maior peso, determinado segundo o *princípio da proporcionalidade*. Os conflitos de *regras*, ao contrário, resolvem-se apenas na dimensão da *validade*, o que não é suficiente no que se refere aos princípios, pois, como só podem entrar em colisão princípios válidos, faz-se necessária, além da dimensão da validade, a dimensão de peso. A distinção está na *forma* como se soluciona a contradição.

Surgiu o princípio da proporcionalidade após a Segunda Guerra mundial inicialmente como *princípio geral do direito*. No pós-guerra, deu-se uma verdadeira “revolução constitucional” com incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade, tendo a adoção do princípio da proporcionalidade nele desempenhado papel central, especialmente em relação aos direitos fundamentais, sendo o responsável por sua articulação, composição e, portanto, pela efetividade de sua totalidade. Como o princípio da proporcionalidade trata da busca de equilíbrio entre valores e o texto legal em que esses em maior número e profundidade de abordagem se encontram é a Constituição, tal princípio é altamente utilizado na hermenêutica constitucional, em especial na interpretação dos direitos fundamentais, a maior condensação axiológica do corpo constitucional. Não há interpretação desses direitos sem a sua ponderação, pois são todos fundamentais e todos do mesmo nível hierárquico formal.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 349-352.

O princípio da proporcionalidade é composto de três *máximas parciais*: as máximas de *adequação*, de *necessidade* e de *ponderação* (ou proporcionalidade em sentido estrito ou, ainda, *sopesamento*).

Como se devem tomar em conta as *condições* do caso concreto sob as quais um princípio precede o outro, toda precedência principiológica é *condicionada*, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta. Condição é o *presuposto* de uma *hipótese de fato* de uma norma jurídica, gerando determinada consequência jurídica do princípio prioritário, ou seja, dado o pressuposto, a condição, configura-se a hipótese de fato de um dos princípios, que se torna precedente, e passa, então, a surtir seus efeitos jurídicos, devido à relação de imputabilidade regente do Direito (se A, deve ser B).

O estabelecimento daquela precedência deve ser feito de forma *controlável*, isto é, mediante *procedimento racional de fundamentação* (momento em que desempenham papel cardeal a *teoria da argumentação jurídica* e a *hermenêutica jurídica*) do resultado, que se afasta então do subjetivismo e da arbitrariedade do órgão decisor (*decisionismo judicial* – quando a decisão, com a determinação da preferência condicionada é realizada *intuitivamente*, com base apenas nas *concepções subjetivas* de quem pondera, em um processo *psíquico* racionalmente incontrolável). É justamente visando à *controlabilidade* das decisões acerca dos direitos fundamentais, que encerram o mais importante conteúdo valorativo da ordem jurídica, que se utiliza o *princípio da proporcionalidade*, ordenado em suas três máximas.

A máxima de *adequação* refere-se ao *meio* utilizado no caso concreto para a consecução de determinado fim, perquirindo se ele é *apropriado*, conforme ao fim almejado. Neste momento, a arguição não é pelo grau de *eficiência* do meio eleito para a realização de determinado fim, mas por sua *aptidão* para a obtenção dele.

A máxima de *necessidade* postula a exigibilidade (necessidade) de escolha do *melhor* meio para o alcance do fim. Isto é, indaga do meio *mais benigno*, seja para a realização de *ambos os princípios*, seja para a situação jurídica de *ambas as partes*, preferindo-se o meio que satisfaz o princípio prioritário, atingindo no *menor* grau possível o princípio preterido ou o meio que atende os direitos do sujeito A, lesionando no mínimo possível os direitos de B. Deve-se optar, portanto, pelo meio menos restritivo ao princípio preterido ou menos gravoso ao titular do direito afetado.⁴ O processo de avaliação, no caso concreto, da *necessidade* do

⁴ Exemplo de aplicação da máxima da *necessidade*, cuja forma mais simples ocorre quando nela estão em jogo apenas *dois* princípios ou *dois* sujeitos jurídicos, é o seguinte: o sujeito S1 fundamenta a consecução do fim F com o princípio P1. Existem dois meios, M1 e M2, que são igualmente *adequados* para lograr F. M2 afeta menos intensamente do que M1 a realização do princípio P2, também envolvido no caso, relacionado com os interesses do sujeito S2. Sob esses pressupostos, para P1, tanto faz que se eleja M1 ou M2. Para P2, todavia, não é indiferente que se eleja M1 ou M2. Enquanto princípio, P2 impõe uma *otimização* tanto para o que diz

meio restritivo de direito, ou seja, do grau de afetação do destinatário, é controlável, em inúmeras situações, com respaldo em provas.⁵

Obviamente, só se pode escolher qual o meio *mais benéfico* para a realização de certo fim dentre aqueles que se apresentam para tanto *adequados*. A condição de adequação do meio é, destarte, *necessária* para a consecução do fim, mas não é *suficiente*, devendo-se recorrer à segunda máxima do princípio da proporcionalidade. Em outros termos: o que é necessário é adequado, mas o que é adequado nem sempre é necessário.

Enquanto as máximas da necessidade e da adequação relacionam-se com as possibilidades *fáticas* dos princípios, já que se referem aos *meios* adotados para a obtenção de determinado fim, a *ponderação* ou *sopesamento* refere-se às suas possibilidades *jurídicas*, por serem atinentes ao *peso* dos *valores*, bens, interesses em questão.

No sopesamento, não se trata mais de escolha de meios aptos ou menos gravosos para a realização da finalidade perseguida, não mais se questiona dos meios utilizados ou a serem utilizados para a efetivação de determinado princípio em detrimento de outro, mas da *harmonização* dos *princípios em si*. Já se sabe, então, quando se atinge o estágio da análise dessa terceira máxima da proporcionalidade, quais meios são idôneos ou não, benéficos ou prejudiciais a cada princípio em debate. Não se discute mais acerca de sua adequação ou necessidade, alguns meios podendo ser adequados e necessários para um dos princípios e o contrário para o(s) outro(s). O fato é que as máximas de adequação e necessidade não bastaram, portanto, para resolver a colisão dos princípios, pelo que se deve adentrar o *conteúdo* de cada princípio para estabelecer a precedência de um sobre o outro, não mais se perquirindo do *instrumento* ou do *meio* eleito para a concreção de cada princípio. Sendo o foco da análise agora o conteúdo dos princípios, ou seja, os valores que normatizam, a opção por um dos princípios não se refere mais às suas questões *fáticas* de adequação ou necessidade, mas à possibilidade *jurídica* de sua prioridade, em face das *condições* do *caso concreto*.

Assim, quando as duas primeiras máximas não forem suficientes para a solução da colisão dos princípios em questão, deve-se recorrer ao *sopesamento* entre eles, ou seja, ao exame do *peso* de ambos, visando ao *equilíbrio*, à harmonia entre eles, já que os princípios são mandamentos de *otimização* (e não de “maximização”), não se excluindo entre si. É apenas no caso real que se dá a verificação do peso dos princípios opostos para a determinação de qual terá precedência.

respeito às possibilidades *fáticas* como *jurídicas*. Em relação às possibilidades *fáticas*, P2 pode ser realizado em uma medida maior se se elege M2, e não M1. Do ponto de vista da otimização com relação às possibilidades *fáticas*, portanto, somente M2 está permitido e M1 está proibido.

⁵ BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade – e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 79-82.

Isso ocorre segundo a fórmula denominada por Alexy de *lei do sopesamento*, pela qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.⁶

Não é o valor do peso *quantificável*. O que se pondera é o *grau* ou a *intensidade* da não satisfação ou afetação de um *princípio* em contraposição ao *grau de importância da satisfação* do outro princípio, considerando-se o valor que consagra. Desse modo, o que deve servir de *fundamento* para *justificação do enunciado de preferência condicionado*, que representa o resultado do sopesamento, são enunciados sobre os graus de afetação ou satisfação dos princípios em virtude da importância dos valores que encerram. Os argumentos aduzidos para a fundamentação desses enunciados podem ser vários, mas sob essa limitação. Logo, torna-se possível distinguir a informação que deve ser tida como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.

Soluciona-se a questão de se saber qual princípio tem maior peso em determinada situação, analisando-se se existem *razões suficientes* para sua precedência em relação ao(s) outro(s) sob as *condições* específicas do caso real. São estabelecidas então as condições concretas de precedência, passando a decisão que advém como resultado desse processo de ponderação jusfundamental a ter o caráter de *regra* à qual é subsumido o caso, mesmo tendo ela partido de um *princípio*, o princípio prioritário, cujas consequências jurídicas serão geradas.⁷

O caráter *principiológico* das normas de direito fundamental *implica*, portanto, o *princípio da proporcionalidade*, pois a solução das contradições entre aquelas normas só pode ser satisfeita mediante o recurso àquelas três máximas de adequação, necessidade e sopesamento, já que essas contradições não se apresentam como *antinomias* entre regras do ordenamento jurídico, solucionáveis através da aplicação dos critérios clássicos mencionados. Como assevera o Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da proporcionalidade funda-se na própria *essência* dos direitos fundamentais.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 90 e 96, notas de rodapés 48; 114; 161. O sopesamento surge quando, por exemplo, no caso citado na nota 4 *supra*, tanto M1 quanto M2 são *adequados* para a realização de P1, mas ambos *afetam* P2, ainda que M2 o faça em menor medida. Quando também o meio mais benigno (M2) afeta a realização de um dos princípios (P2), evidencia-se a limitação das máximas de adequação e necessidade, pois, do ponto de vista das possibilidades fáticas, é possível uma maior medida de satisfação de P2 se não se realizam nem M1 nem M2, adequados e necessários para a concretização de P1. O fato de que uma das duas alternativas possa ser eleita não é mais, entretanto, uma questão de possibilidades fáticas, mas de possibilidade *jurídica*, ou seja, de *sopesamento* entre P1 e P2.

⁷ Alexy chega a formular uma *lei de colisão*, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede outro constituem a hipótese de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prioritário”. Cf. ALEXY, op. cit., p. 93-98.

A colisão entre princípios se dá tanto no confronto entre os *direitos subjetivos* do indivíduo e o *interesse coletivo* quanto entre os *direitos subjetivos de titulares distintos* (o chamado “efeito horizontal” ou “efeito sobre terceiros” dos direitos fundamentais).

Ocorrendo colisão de princípios, o procedimento obrigatório a ser seguido é que, pelo princípio da proporcionalidade, consiga-se conjugar a manutenção do *maior grau possível* de aplicação do *princípio prioritário* naquele caso concreto com a *afetação no mínimo grau possível* do cumprimento do *princípio preterido*. Esses mandamentos valem em relação tanto às possibilidades *fáticas* quanto *jurídicas* do seu cumprimento.

Ordenando os princípios que algo deve ser realizado na *maior medida possível* de acordo com as *possibilidades fáticas e jurídicas*, somente têm eles seu conteúdo determinado quando delimitado definitivamente na sua relação com os princípios contrapostos e com as possibilidades empíricas. Por isso, não contêm eles nunca mandamentos *definitivos*, mas apenas *prima facie*, sendo sua otimização sempre contextual, portanto. Esse mandamento *prima facie* declara *direitos* também *prima facie*. Contudo, estabelecida a determinação do princípio prioritário pela *relação de preferência condicionada*, surgem desse princípio *direitos definitivos*. Os princípios podem ser, destarte, razões *imediatas* para juízos concretos de dever-ser.

234

Os princípios relevantes para a decisão jusfundamental são todos aqueles que podem ser apresentados *corretamente*, ou seja, segundo uma demonstração ou *fundamentação racional*, conforme as máximas de adequação, necessidade e ponderação, como dotados de importância para a solução da colisão principiológica. Os princípios referem-se não apenas aos *direitos fundamentais*, conferindo-os *prima facie*, mas também ao *interesse coletivo*, que pode estar em contradição ou em *congruência com o direito fundamental no caso em análise*. A cada disposição de direito fundamental *prima facie* que estabelece um direito subjetivo definitivo está adscrito, pelo menos, um princípio. Já os princípios relativos ao interesse coletivo são aditáveis a *cláusulas restritivas qualificadas*, à *garantia* dos direitos fundamentais ou mesmo a disposições da Lei Fundamental que não se encontram nos artigos dos direitos e garantias fundamentais, mas se apresentam a eles intrinsecamente relacionados, como o princípio do Estado Social e o da democracia. Alexy ressalta, no entanto, que, havendo *regra* disposta na Constituição sobre os direitos fundamentais, como o grau de determinação das regras em relação aos princípios é sensivelmente maior, a imposição que elas contêm precedem estipulações ou conclusões alternativas que, se se considerassem somente os princípios, seriam igualmente possíveis.

Essa preponderância da regra sobre o princípio, ambos disposições constitucionais, somente é possível respeitando-se o princípio da *unidade* da Constituição. Sendo a Constituição um todo uno e coerente, regido por seus *princípios fundamentais* e pelos *direitos e garantias fundamentais*, todo o texto constitucional está, portanto, aos princípios fundamentais e aos jusfundamentais vinculado. Apenas

em caso de especificação de algum conteúdo jusfundamental em regra é que terá ela precedência a algum princípio jusfundamental porventura passível de aplicação àquela matéria. Tal precedência só ocorre porque a regra foi formulada *em conformidade* àqueles *princípios fundamentais e jusfundamentais*, trazendo, contudo, em face de sua própria natureza, uma determinabilidade maior, e não por uma supremacia *a priori* de regras sobre princípios, como, à primeira vista, poderia parecer.

A precedência de um princípio sobre outro é, no entanto, *relativa*, já que *condicionada*, isto é, sob aquelas condições do caso concreto, deve ser determinado princípio prioritário.

Os princípios contêm mandamentos apenas *prima facie*, tornando-se *definitivos* somente quando de sua aplicação ao caso concreto, momento em que, contrapostos a um ou mais princípios, terão seu grau de *generalidade e abstração* diminuído ao ponto de referir-se então, assim como as regras, diretamente à situação em análise, bem como terão seu grau de *determinabilidade* elevado ao nível requerido para sua aplicação *in concreto*. Desse modo, passam a conferir, em caráter *definitivo*, direitos. Assim sendo, os princípios que declaram direitos fundamentais são *autoaplicáveis* ou dotados de *aplicabilidade imediata*, apresentando-se, em um primeiro momento, como mandamentos *prima facie*, para, no caso real, surgirem como mandamentos *definitivos*. Como mandamentos otimizáveis que são, carecem, portanto, dessa contraposição com outros princípios também passíveis de aplicação (pelas máximas de adequação, necessidade e ponderação) à situação concreta.

A característica de *autoaplicabilidade* dos direitos fundamentais não é ponto pacífico na doutrina, inobstante se identificarem tais direitos como aqueles indispensáveis à vida e dignidade humanas, de vincularem os três poderes do Estado, de as Constituições dos atuais Estados Democráticos de Direito, como a brasileira, em seu art. 5º § 1º, determinarem que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade *imediata*.

José Afonso da Silva, por exemplo, classifica as normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia, em normas constitucionais de eficácia *plena, contida, limitada*, subdividindo as últimas em normas constitucionais de princípio *organizativo* e de princípio *programático*. Nessas normas de eficácia limitada de princípio programático, inclui todas as normas declaradoras dos direitos fundamentais sociais. Na França, vigora a Declaração de 1789, estabelecendo *direitos fundamentais individuais e políticos*, cuja autoaplicabilidade foi determinada em 1971, por decisão do Conselho Constitucional. O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 declara *direitos fundamentais sociais* cuja aplicação imediata foi assegurada, mediante a negação do Conselho Constitucional de distinguir entre as determinações preambulares e da Declaração, considerando *todas diretamente aplicáveis*. A jurisprudência desempenhou papel,

portanto, não apenas na consciência da *imediatez* dos direitos fundamentais, mas também da sua *indivisibilidade*. Segundo Favoreu, “o juiz constitucional conseguiu, em menos de vinte anos, realizar o que cerca de dois séculos de História não haviam conseguido levar a cabo: um conjunto constitucional suficientemente harmonioso e coerente, que combina a modernidade e as tradições e em que, sobretudo, os direitos fundamentais tenham sido finalmente integrados”.⁸

Se os princípios (e regras) jusfundamentais são autoaplicáveis, tanto por sua natureza quanto por determinação constitucional, são dotados de capacidade para produzirem seus efeitos jurídicos, ou seja, de eficácia. Portanto, o fato de carecerem, especialmente os princípios, da utilização do princípio da proporcionalidade para sua efetividade no caso real, não lhes retira a eficácia, mas apenas os transforma em mandamentos *prima facie* (que permanecem aptos a produzir seus efeitos jurídicos) a serem tornados *definitivos* no processo de aplicação normativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia V – Introdução à ética filosófica II*. São Paulo: Loyola, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Data de recebimento: 4/4/2011

Data de aprovação: 26/8/2011

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 81-88; 98; 105; 125; 137-140; 146-147; 156-157; 165. FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 26-30, 42, 62-63.