

Normas de Direitos Fundamentais: Regras, Princípios e Proporcionalidade

Felipe Augusto Fonseca Vianna*

Sumário: 1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais e Teoria dos Princípios. 2.1 Regras. 2.2 Princípios. 2.3 Conflitos entre regras e colisões entre princípios e entre princípios e regras. 2.4 A lei da colisão. 3 Regra da proporcionalidade. 3.1 Adequação. 3.2 Necessidade. 3.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 3.4 Proporcionalidade e sopesamento. 3.5 Proporcionalidade e teoria dos princípios. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo trata da natureza jurídica das normas de direitos fundamentais e sua relação com a máxima da proporcionalidade. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: qual a importância que a natureza jurídica das normas que veiculam direitos fundamentais possui para que se possa aceitar, ou não, a utilização da máxima da proporcionalidade como método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais? Após realizar uma análise preliminar acerca de ambos os institutos, o artigo instaura uma discussão sobre o tema, apontando a necessidade de se aceitar a teoria dos princípios para que se possa se utilizar da técnica da ponderação como método para resolução de conflitos. Ademais, o artigo comporta um referencial teórico pautado no neoconstitucionalismo, segue as diretrizes do método dedutivo e, como técnica de coleta de dados, utiliza a pesquisa bibliográfica. É um artigo de revisão.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Regras. Princípios. Conflito. Proporcionalidade.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Bacharelado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Ex-Advogado. Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, lotado nas 60ª e 61ª Promotorias de Justiça Especializadas no Controle Externo da Atividade Policial - PROCEAP.

1 Introdução

Uma das mais controvertidas questões na dogmática constitucional contemporânea é aquela relativa à natureza jurídica das normas que veiculam direitos fundamentais.

Dentre várias correntes existentes, destacam-se aquelas que sustentam um modelo puro de regras, um modelo puro de princípios e um modelo de regras e princípios, havendo, quanto a esta última, várias posições acerca de como se diferenciar uma categoria de normas da outra.

Esta questão não é, como parece à primeira vista, mera filigrana teórica, pois ela tem vital importância para uma série de questões relevantes no campo do direito constitucional, em especial na resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Ao se explicar resumidamente a teoria dos princípios; examinar as diferenças entre regras e princípios; analisar a regra da proporcionalidade e suas fases, justificar-se-á a imprescindibilidade de se aceitar um modelo misto de princípios e regras a fim de que se aceite o uso – hoje generalizado – da regra da proporcionalidade como método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo e utiliza técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos, que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

2 Direitos Fundamentais e Teoria dos Princípios

Este não é um trabalho que pretenda exaurir a análise da Teoria dos Princípios. Debruçar-se detidamente nesta teoria em muito ultrapassaria os limites deste artigo e sobre ela muito já

foi escrito, seja para acatá-la, seja para criticá-la¹.

Entretanto, não se pode deixar de rapidamente pincelar seus principais pontos, porque o próprio conceito e a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são moldados pelo conceito de princípio que se adote (SILVA, V. 2011, p. 44). E, se a delimitação do conteúdo essencial do direito fundamental é decorrente do modelo de princípio que se adote, resta claro que o método de resolução de conflitos entre eles também o seja.

Essa distinção [entre regras e princípios] 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 no sistema jurídico. [...] A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 85)

A primeira questão a se levantar é como se distinguir regras e princípios. Parte da doutrina sustenta que entre eles há uma diferença de *grau*, seja de *importância* (princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento; regras seriam

¹ Cf., para melhor compreensão do tema, ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 85-141; Idem. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. Revista Internacional de Direito Tributário, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 43-56; Idem. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003; Idem. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002. Para crítica e respostas a elas, cf. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999; ALEXY. Teoria, op. cit., 2011, p. 153-180; SILVA, V. Direitos Fundamentais, op. cit., 2011, p. 56-64.

normas que concretizam os princípios, como diz SILVA, J., 1995, p. 93-94), seja de *generalidade* (princípios são mais abstratos e mais gerais que regras, como diz BARROSO, 1996, p. 141).

Não partimos de nenhuma dessas teorias. Para nós, o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos fundamentais que essas normas garantem. Grosso modo, no caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos. Já no caso de princípios, são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*.

2.1 Regras

Conforme dito acima, *regras* são normas que garantem direito ou impõe deveres definitivos. Elas são normas que sempre são satisfeitas ou não em sua totalidade. Se uma regra vale para determinado caso, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige - nem mais, nem menos. Elas contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2011, p. 91). São, portanto, *comandos definitivos* (ALEXY, 2005, p.157).

Isso significa, como se percebe, que se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de regra, esse direito é *definitivo* e deverá ser realizado totalmente, caso a regra se aplique ao caso concreto, por meio da técnica da subsunção, pois sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto (SILVA, V., 2011, p. 45-46).

2.2 Princípios

Princípios, por sua vez, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, pois, *mandamentos de otimização*, que podem ser cumpridos em diferentes graus (ALEXY, 2011, p. 90; Idem, 2005, p. 156).

No caso de normas com estrutura de princípios, é fácil perceber que há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, V., 2011, p. 45). O desejo da norma com estrutura é sua realização máxima (ou total), mas isso dificilmente será alcançado – seja porque este grau de realização somente poderá ocorrer quando as condições fáticas e jurídicas forem ideais, seja porque é praticamente impossível que a realização total de um princípio não encontre barreiras na proteção de outro princípio de igual envergadura.

2.3 Conflitos entre regras e colisões entre princípios e entre princípios e regras

As diferenças entre regras e princípios ficam mais claras quando se percebe o modo de se solucionar os conflitos entre regras e as colisões entre princípios e entre estes e regras².

Esses conflitos ocorrerão sempre que no caso concreto for possível se aplicar duas ou mais normas que possuem consequências jurídicas total ou parcialmente incompatíveis.

Como regras garantem direitos definitivos, é preciso que em caso de conflito entre elas se encontre um modo de solução que não lhes retire esta característica. É desta exigência que surge o conhecido raciocínio de aplicação “tudo-ou-nada” da regra³, porque se duas regras são igualmente aplicáveis a determinado caso e ambas possuem consequências jurídicas incompatíveis entre si, uma delas necessariamente é inválida, total ou parcialmente.

No caso da incompatibilidade entre as normas for apenas parcial, a solução para o conflito se resolve através da introdução

² Existem certas normas que possuem a natureza tanto de regra quanto de princípio. É o que Alexy chama de caráter duplo das normas de direito fundamental. Um exemplo deste tipo de norma, entre nós pode ser visto no art. 5º, LX, da CRFB. Sob o tema, cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit. 2011, p. 141-144.

³ Segundo Ronald Dworkin: “Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, the either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.” (DWORKIN, Roland. *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24).

de uma cláusula de exceção em uma delas que elimine o conflito (ALEXY, 2011, p. 92; SILVA, V., 2011, p. 48). Um exemplo bem simples de se entender esse conflito pode ser visto no CPP, no caso da obrigatoriedade do compromisso de dizer a verdade, imposto à testemunha (art. 203 do CPP), do qual são excluídos os doentes, deficientes mentais, os menores de 14 (quatorze) anos, o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (arts. 208 c/c 206 do CPP). Obviamente trata-se de uma exclusão à regra da obrigatoriedade do compromisso.

Sem embargo, quando se tratar de uma incompatibilidade total, esta solução não é possível. Nesses casos, uma das normas tem que ser declarada inválida ou revogada e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico, porque o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida ou não é. Não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2011, p. 92)

Exemplo deste conflito total pode ser visto no caso de legislação concorrente, quando lei federal superveniente verse determinada matéria de modo diverso do que dispunha uma lei estadual suplementar (art. 24, §4º, da CRFB).

As regras, portanto, possuem a característica da *derrotabilidade*, i.e., a capacidade de acomodar exceções (BÄCKER, 2011, p. 55). O fato de que essas exceções não podem ser enumeradas de forma conclusiva, em razão das circunstâncias

que emergem dos casos futuros serem desconhecidas, não afeta a validade desta afirmação.

O importante, seja no caso de conflito total ou parcial, é perceber que a decisão por uma ou outra regra é *sempre* uma decisão de *validade* (ALEXY, 2011, p. 93; Idem, 2005, p. 157; SILVA, V., 2011, p. 49).

O tratamento dado à colisão de princípios deve ser diferente, face à estrutura diferenciada que eles possuem.

Como se viu *supra*, princípios são mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja feito na maior medida possível diante das condições (fáticas e jurídicas) existentes. Se dois princípios colidem – algo é proibido por um princípio e permitido por outro – um deles terá que “ceder”, mas isto não significa, em absoluto, que o princípio que cedeu é declarado inválido ou que nele tenha sido introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, nesses casos, é que um princípio tem precedência em face de outro, *em determinadas condições*. Quando estas condições mudam, a questão da precedência de um sob outro pode ser resolvida de forma completamente oposta. A este fenômeno a doutrina cunhou o termo “relações condicionadas de precedência” (SILVA, V., 2011, p. 50; ALEXY, 2011, p. 93-94; Idem, 2005, p. 157-158).

É por isso que os princípios não são derrotáveis, pois não acomodam exceções. As circunstâncias dos casos futuros e todas as outras condições – incluindo a própria colisão entre eles –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, essenciais à própria aplicação do princípio, porque a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para se aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Não pode, portanto, surgir nenhuma exceção na aplicação de um princípio (BÄCKER, 2011, p. 55-56).

Um dos exemplos mais comuns de colisão entre princípios é aquele entre a liberdade de imprensa (arts. 5º, IV, IX, XIV e 220,

§§1º, 2º e 6º, da CRFB) e o direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CRFB). Veja-se como, em dois casos diversos com os mesmos princípios envolvidos a relação de precedência entre os princípios pode ser radicalmente diferente.

Imaginemos que determinado jornalista *J* resolva fazer uma matéria acerca da vida do cidadão *C*, pessoa sem qualquer vida pública. Com o fim de colher material para embasar a reportagem, *J* começa a segui-lo vinte e quatro horas por dias, tira fotografias do interior da residência de *C*, dele andando pelas ruas, namorando, enfim, de todas as ações de *C*. *C*, então, se sente ofendido em sua intimidade e resolve pedir em juízo que a publicação de *J* seja proibida. Neste caso, como *C* é um cidadão comum, não existe nenhum tipo de interesse apto a justificar a precedência do direito à liberdade de imprensa sob o direito à intimidade.

Imagine-se, agora, que o jornalista *J'* resolva fazer uma matéria acerca da vida do Deputado Federal *D*, que concorre à reeleição e tem como mote de sua campanha eleitoral a defesa “da família, da moral e dos bons costumes”. Também com a finalidade de colheita de material, *J'* descobre que o *D*, durante a noite, veste-se de mulher e se encontra sexualmente com outros homens. Nestas condições, é óbvio que se *D* requeresse em juízo a proibição de que a matéria fosse veiculada, haveria interesses (a correta informação do eleitorado, p. ex.) a justificar a precedência da liberdade de imprensa sob o direito à privacidade.

Como se vê, mesmo após a liberdade de imprensa ou a privacidade cederem ao princípio colidente, ambas continuam tão válidas quanto antes. Não se pode também dizer que uma delas constitui uma exceção à outra, pois às vezes prevalecerá uma e em outras prevalecerá outra, a depender das condições do caso em questão (ao contrário do que ocorre com as regras). Essa é ideia central da chamada “relação condicionada de precedência”.

Resta analisarmos, por fim, a colisão entre princípios e regras. Esse é o tipo mais problemático de colisão, pois parece oferecer um problema incontornável. Se se afirma que nesses casos deve-se fazer um sopesamento entre a regra e o princípio para saber qual deve prevalecer, a definição de regras como normas que garantem direitos definitivos cai por terra (pois poderão ocorrer casos em que uma regra válida e aplicável seja afastada sem que com isso perca sua validade); além disso, o sopesamento só pode envolver normas que tenham *d ensão de peso*, o que está ausente nas regras. Se, por outro lado, se defende que esta colisão deve ser resolvida no plano da validade, seria necessário admitir que um princípio que tiver de ceder a determinada norma no caso concreto deve ser expulso do ordenamento (o que é incompatível com a ideia exposta *supra*, segundo a qual a validade de um princípio não é afetada em casos de colisão). Ambas as soluções são inaceitáveis (SILVA, V., 2011, p. 51).

A resposta mais comum a esta colisão tenta evitá-la e se vale de uma nota de rodapé na obra de Alexy (2011, p. 90, nota 24), a qual sequer é dedicada ao trato desta questão. O que essa resposta defende é que quando um princípio entra em colisão com uma regra deve haver um sopesamento, o qual não ocorre entre o princípio e a regra (que não são sopesáveis), mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra colidente se baseia.

Não podemos concordar com tal resposta. Primeiramente, ela dá a entender que sempre que houver conflito entre regras e princípios, o hermeneuta poderia afastar a aplicação da regra por entender que há um princípio mais importante a justificar este afastamento. Isto seria fazer tábula rasa a uma das mais importantes funções das regras, que é garantir segurança jurídica, justamente porque muitas das vezes o sopesamento

entre dois princípios já é feito de antemão pelo legislador⁴. Em verdade, na maioria dos casos não existe o conflito alardeado, e sim o produto de um sopesamento feito pelo legislador e cujo resultado é uma regra de direito infraconstitucional: a relação entre a regra e o princípio não é, portanto, de colisão, e sim de *restrição* (SILVA, V., 2011, p. 52).

Mas outros casos podem surgir. O primeiro e mais simples deles decorre da existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Nesses casos, cabe ao Judiciário decidir se a regra é constitucional (e então a regra deve ser aplicada, como sempre, por subsunção) ou inconstitucional em face de outro princípio mais importante, em caso concreto, ao qual o legislador deu primazia (caso em que a colisão desaparece).

Os casos mais problemáticos, entretanto, surgem quando a aplicação da regra por subsunção em determinado caso leva a situações consideradas incompatíveis com algum princípio inconstitucional decisivo para o caso concreto, sem que essa incompatibilidade seja verificável *in abstracto*, não se podendo recorrer, pois, à inconstitucionalidade da regra.

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 53), ao tratar do tema, traz à baila o conhecido caso do diretor Gerald Thomas, o qual após apresentação teatral foi vaiado, razão pela qual mostrou as nádegas ao público e foi processado por ato obsceno (art. 233 do CP). A solução simples para este caso seria a aplicação da regra penal por meio da subsunção. Entretanto, poder-se-ia ver aí também um conflito entre a regra penal e a liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CRFB). Como a regra não é abstratamente considerada inconstitucional, segundo a doutrina majoritária, a única solução

⁴ É o caso, p. ex., da proibição geral e total à tortura e a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CRFB). O constituinte fez de antemão o sopesamento entre os princípios envolvidos, definindo que todos os outros deverão ceder, em quaisquer casos (uma regra, portanto), ao respeito à dignidade da pessoa humana e à integridade física. Seguindo o entendimento da corrente acima, seria possível que determinado criminoso que soubesse a localização de uma bomba escondida em local desconhecido pelas autoridades fosse torturado para dizer a localização do artefato, sob o argumento de se sopesar o princípio que inspirou esta regra (respeito à dignidade da pessoa humana e à integridade física) com outro princípio (proteção à vida de milhares de indivíduos), o que seria verdadeira burla aos propósitos do constituinte, expressos na regra susomencionada.

possível seria o sopesamento, diriam alguns. Entretanto, como já alertado acima, se decidirmos pela prevalência da liberdade de expressão, seria necessário aceitar que existem regras válidas e aplicáveis que podem não ser aplicadas, o que contradiz a sua definitividade.

Uma solução possível seria excluir a tipicidade da conduta, com a fundamentação que melhor aprover ao julgador, inclusive o sopesamento. Foi o que fez o STF quando julgou o caso (HC 83.996/RJ, Rel. p./ac. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 17 ago. 2004). Ao assim proceder, o STF não decidiu que a regra seria válida, mas não aplicável por ceder à liberdade de expressão. Ele simplesmente decidiu que o ato *não se enquadrava na regra* descrita.

Mas nem sempre isto é possível. Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 54-55) traz outro caso no qual não se poderia simplesmente excluir determinada conduta da descrição da regra: o caso frequente do levantamento do valor depositado na conta do FGTS para pagar tratamento de saúde de dependente do titular da conta, o que não era previsto pela lei (art. 1º, II, da Lei nº. 7.670/1988). Percebendo uma “injustiça” na regra que autorizava o levantamento apenas para tratamento de saúde do titular (e não de seus dependentes), vários juízes começaram a permitir este levantamento, mesmo contra a regra. Haveria aí um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente? Quando muito, apenas na primeira decisão *contra legem*. Não é, contudo, um sopesamento que ocorre sempre que o caso concreto for colocado à apreciação e que dependa de condições fáticas ou jurídicas: sempre que o titular do FGTS requerer o levantamento para tratamento de saúde de seu dependente o resultado será o mesmo (procedência do pedido). O que ocorre, pois, é a criação de uma *nova regra*, que como qualquer outra é produto de sopesamento entre princípios.

2.4 A lei de colisão

Já foi dito que se dois princípios colidem um deles terá que “ceder”, mas isto não significa, em absoluto, que o princípio que cedeu é declarado inválido ou que nele tenha sido introduzida uma cláusula de exceção. Lembremos novamente o exemplo dado acerca da colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e o direito à privacidade. Essa tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses princípios, pois nenhum deles goza de superioridade, de *per se*.

Também já se disse que casos deste jaez não se resolvem no plano da validade, seja extirpando um deles do ordenamento, seja por meio da introdução de uma cláusula exceção.

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2011, p. 96, grifos do autor)⁵.

Chamemos o princípio à liberdade de imprensa de P_1 e o princípio do direito à privacidade de P_2 . Isoladamente, P_1 e P_2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si (“a publicação da matéria é permitida” e “a publicação da matéria é proibida”). Essa colisão, então, deve ser por meio do estabelecimento de uma relação de precedência, a que chamaremos **P**. Para as condições em que determinado princípio tem precedência sobre outro, chamaremos *C*. Haveria então, quatro possibilidades de decisão a partir do caso analisado: (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$; (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$; (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$; (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.

⁵ Grande parte das considerações que seguem é retirada da obra de ALEXY, *Teoria*, op. cit. 2011, p. 94-103.

As possibilidades (1) e (2) não de ser desde logo descartadas, já que se demonstrou acima que nenhum dos princípios tem, *per se*, precedência sob o outro, de forma que a relação de precedência não pode ser incondicionada. A questão decisiva é, portanto, saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer (ALEXY, 2011, p. 97). Como os princípios não possuem um “peso” quantificável, a ideia de relação de precedência fornece uma construção útil para decidir qual dos dois princípios deve prevalecer: “Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 97).

Disto resulta que a precedência de P_1 em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável sempre que estiverem presentes as condições C , ou seja, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra que pode ser assim descrita:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) 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: $C \rightarrow R$. (ALEXY, 2011, p. 99)

Esta “lei da colisão” quer dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro constituem o “suporte fático” de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Esta lei, ainda, é um dos principais fundamentos da Teoria dos Princípios, pois reflete o fato de que inexistente uma relação de precedência absoluta e faz referência a ações e situações que não são desde logo quantificáveis, reforçando o caráter dos princípios como mandamentos de otimização.

3 Regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade⁶ já foi citada, *en passant*, nesta obra. Agora é chegada a hora de falarmos de sua estrutura e formas de aplicação, bem como de suas ligações com a teoria dos princípios, o que é ignorado pela quase totalidade da doutrina e jurisprudência.

3.1 Adequação

É uma constatação lógica que uma intervenção estatal deve ter um fim constitucionalmente legítimo, que, via de regra, é a realização de outro direito fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, é responder a seguinte indagação: a medida adotada é *adequada* para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?

Para entender melhor esta questão, imaginemos que uma medida (M_1) restrinja um princípio (P_1) sob a justificativa de realizar um objetivo (Z)⁷, requerido por – ou idêntico a – outro princípio (P_2). Se o juiz, após examinar as circunstâncias *fáticas* do caso concreto, entender que M_1 não é *adequada* para fomentar ou realizar o objetivo Z , então M_1 não é exigida por P_2 . Para P_2 , então, é indiferente se M_1 é ou não adotada. Se M_1 , sob essas condições, afeta negativamente a realização de P_1 , então a sua adoção é vedada por P_1 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades *fáticas* (ALEXY, 2011, p. 120).

Alguns autores entendem que é preciso não só que a medida não seja apta somente a *fomentar*, mas a que seja apto a *alcançar* o resultado pretendido (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.

6 Embora o termo corrente no Brasil seja "princípio da proporcionalidade" (cf. MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso*, op. cit. 2009, p. 353-370), várias outras denominações já foram propostas, como "critério da proporcionalidade" (cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 772; DIMOULIS; MARTINS, *Teoria*, op. cit., 2009, p. 159), "dever de proporcionalidade" (ÁVILA, *A distinção*, op. cit. 1999, *passim*). Quanto a essa nomenclatura, cf. SILVA, V., *O proporcional*, op. cit., 2002, *passim*. O importante é esclarecer que não obstante a expressão corrente "princípio da proporcionalidade", a proporcionalidade não tem a estrutura de princípio nos moldes aqui defendido, e sim de verdadeira regra. Cf. SILVA, V., *Direitos Fundamentais*, op. cit. 2011, p. 168-169; ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 117, nota 84.

7 Aqui se utiliza a letra Z para representar o objetivo que se busca realizar para evitar que a representação com a letra O seja confundida com a do operador deóntico para "dever", este sim representado por O (*ought*).

366; Idem, 2000, p. 248). Acreditamos que isto não pode ser considerado correto, pois dificilmente será possível dizer, desde logo, se uma medida realizará ou não o objetivo a que se propõe, até porque muitas vezes o legislador deve agir em momentos de incertezas e é obrigado a fazer previsões que não são possíveis de saber se serão atingidas. Nesses casos, “qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida.” (SILVA, V., 2011, p. 170).

3.2 Necessidade

Com o termo necessidade, como subprincípio da proporcionalidade, não se quer dizer que algo precisa “necessariamente ser feito”, uma situação de urgência (algo como o *periculum in mora* exigido pelas decisões liminares). Primeiro porque a adoção da medida pode ser uma questão de oportunidade e/ou conveniência; não há relação alguma entre necessidade e exigibilidade de uma conduta. Segundo porque o exame de necessidade é um teste *comparativo*: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” (SILVA, V., 2002, p. 38).

Para este exame, vamos supor que o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P_1 e há duas medidas igualmente adequadas (M_1 e M_2) que podem realizar ou fomentar Z . Dentre ambas as medidas, M_2 afeta menos intensamente que M_1 – ou simplesmente não afeta de forma alguma – a realização daquilo outro princípio P_2 , que se encontra em colisão com P_1 exige. Nestas condições, para P_1 é indiferente a escolha de M_1 e M_2 , mas para P_2 essa escolha não é indiferente.

Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1 . Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. (ALEXY, 2011, p. 119).

Fica clara, então, a diferença entre o exame da necessidade e da adequação. Enquanto este é absoluto e linear (refere-se à relação meio-e-fim entre uma medida e um objetivo), aquele tem um diferencial: a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. É um exame, como já dito, *comparativo*. Como disse o BVerfG:

Atos normativos segundo o Art. 12 I 2 GG precisam sempre ser estatuídos no “degrau” onde a intervenção na liberdade da escolha profissional for a mais sutil possível. O legislador somente poderá subir ao próximo “degrau” se puder ser demonstrado, que, com elevado grau de probabilidade, os perigos temidos não poderão ser efetivamente combatidos com os meios (constitucionais) do degrau imediatamente inferior. (BVerfGE, 7, 377; MARTINS, 2005, p. 596)

Este exame não apresenta dificuldades nos casos mais simples, onde ambas as medidas são igualmente adequadas e uma delas restringe mais que a outra um princípio. A questão passa a ser mais complicada quando: (1) M_1 é mais eficiente para o objetivo Z , mas M_2 é menos gravosa em relação à P_2 ; (2) M_2 é mais eficiente para o objetivo Z , mas M_1 é menos gravosa em relação à P_2 . Em ambos a medida mais eficiente é também mais gravosa. Nesses casos, entendemos que é decisiva, no exame da necessidade, a *eficiência*. Em primeiro lugar porque

se fosse necessário sempre escolher a medida menos gravosa, seria melhor sempre o Estado ser omissivo: a omissão, apesar de ser ineficiente para realizar o objetivo Z , seria sempre menos gravosa. Segundo, a escolha da medida mais eficiente não significa desproteger o direito restringido em favor da eficiência a todo custo; esta proteção apenas é deslocada para um exame posterior.

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Muitos autores sustentam que a adequação e a necessidade são os únicos subprincípios a formar a regra da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 366; Idem, 2000, p. 248; DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 178-179 e 201-209)⁸. Não cremos que este seja um posicionamento coerente com os pressupostos que adotamos.

Caso se entenda que sejam suficientes os exames da adequação e necessidade, *uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas restringisse outros vários direitos de forma extremamente intensa, teria de ser sempre considerada proporcional* (SILVA, V., 2011, p. 174).

Em nosso exemplo, se tanto M_1 quanto M_2 restringem a realização de P_2 e M_2 o faz numa escala menor que M_1 , ainda que partamos da suposição que elas são as únicas medidas adequadas à realização do objetivo Z , exigido por P_1 , elas não esgotam as possibilidades *fáticas* para a realização de P_2 , pois dos pontos de vista das possibilidades *fáticas* uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 nem M_2 são levadas a cabo. Os exames anteriores (adequação e necessidade) permitem apenas privilegiar M_2 em relação à M_1 .

⁸ Em verdade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins incluem quatro passos para se aferir a proporcionalidade da medida: licitude do propósito perseguido, licitude do meio utilizado, adequação do meio utilizado e necessidade do meio utilizado (DIMOULIS; MARTINS, *Teoria Geral*, op. cit. 2009, p. 178-201). Entretanto, como bem ressalta André Ramos Tavares, os dois primeiros passos são um exame de *constitucionalidade* da medida estatal, que não inclui necessariamente análises de sua *proporcionalidade* (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 780).

Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão que tenha para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2 , ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento. (ALEXY, 2011, p. 119-120)

Como, no exame da necessidade, o decisivo é a *eficiência* da medida (entre a medida mais eficiente e mais gravosa e aquela menos eficiente e menos gravosa deve-se escolher a primeira), a proporcionalidade em sentido estrito tem a função principal de evitar o uso indiscriminado de medidas exageradas, isto é, “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.” (SILVA, V., 2011, p. 175).

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (ALEXY, 2011, p. 117-118)

Esta tarefa não é fácil de ser alcançada. Sempre será problemático decidir se o grau de realização de um princípio P_1 justifica o grau de restrição a um princípio P_2 (ou P_3, P_4, \dots, P_n). Esta é a principal crítica ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (e à teoria de Alexy): a falta de racionalidade. Segundo essa linha, todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado, por lhe faltar critérios racionais de decisibilidade (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 201-209). Esta crítica não nos parece convincente.

Em primeiro, porque é absolutamente impossível se criar um modelo de interpretação (ou aplicação) do Direito que seja desprovido de alguma subjetividade, até mesmo porque a decisão sobre o valor e/ou a hierarquia de um meio interpretativo ou de um argumento é um ato subjetivo do próprio intérprete, já que não há um “método para a escolha do método”⁹.

Em segundo, porque todos os métodos que lhes são contrapostos, até mesmo a “mera” subsunção, também permitem subjetivismo por parte do intérprete, já que interpretar é sempre um ato de *vontade*. A interpretação do Direito realiza-se por um processo circular de compreensão: entre o texto e o intérprete se estabelece uma mútua referência; o leitor entende o texto a partir da posição de parcialidade que decorre de sua relação com o objeto mencionado no texto. O raciocínio dos magistrados, então, não é silogístico, mas redutivo e classificatório, pois ao atribuir uma interpretação ao signo “lei” usa sua ideologia e ressignifica o conteúdo da norma: não só acrescenta algo ao direito, como o modifica constantemente.

O que nos parece decisivo, então, em qualquer método jurídico que se adote (subsunção, aplicação da “moldura

⁹ “Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que presuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. Ou seja: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*.” (SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011a, p. 367).

normativa”, sopesamento etc.), é a fixação de “parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação.” (SILVA, V., 2011, p. 148). A insegurança jurídica que se alega existir com a utilização do sopesamento, então, passa a carecer de sentido, pois não basta ao julgador a “simples escolha” de qual o direito que deva prevalecer no caso concreto, senão que ele apresente os *motivos de fato e de direito* que o levaram a decidir pela prevalência de P_1 sob $P_2, P_3 \dots P_n$. Esta fundamentação, além de possibilitar às partes saber o porquê de seu caso ter sido decidido desta maneira, possibilita o acompanhamento da atividade jurisdicional por parte da doutrina e da própria sociedade, a quem caberá exigir cada vez mais coerência – e consistência – por parte dos órgãos jurisdicionais. A verdadeira segurança jurídica, pois, não decorre simplesmente da escolha do método, e sim da fundamentação utilizada e do acompanhamento da coerência e consistência das decisões, o que independe do método de interpretação e aplicação do direito¹⁰.

Os autores que negam este subprincípio dizem, ainda, que para os exames da adequação e necessidade existiriam parâmetros objetivos, enquanto neste haveria simples substituição do legislador pela subjetividade do juiz. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem esta posição e afirmam que: “Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão que permita medir e ponderar direito.”, razão pela qual

...a proporcionalidade em sentido estrito deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que [...] tem dado azo à usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Constitucional. (2009, p. 206).

¹⁰ Cf. acerca dos parâmetros para objetividade na interpretação jurídica, SILVA, V. *Ponderação*, 2011a, p. 363-380.

Não julgamos que os critérios de exame da adequação e da necessidade sejam assim tão objetivos. Quanto à adequação, a própria controvérsia doutrinária acerca de a medida ser apta a apenas *fomentar* ou *alcançar* já demonstra a subjetividade do exame: uma medida que seja apta a *fomentar* um objetivo será considerada adequada por uns, mas não por outros. Já no exame da necessidade, também não existem modelos matemáticos que respondam às questões acerca de que medida realiza melhor o objetivo perseguido ou que medida restringe menos o direito afetado. Estas perguntas envolvem, sem sombra de dúvidas, valorações subjetivas por parte do juiz, mesmo nos casos mais simples. Nos casos que envolvam diversas medidas estatais, diversos direitos restringidos e vários objetivos perseguidos, o exame da necessidade pode ser muito mais complexo e exigir mais valorações subjetivas que a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, V., 2011, p. 178)¹¹.

3.4 Proporcionalidade e sopesamento

Algumas vezes no decorrer deste trabalho, já fora aventado que em alguns casos se deve recorrer ao *sopesamento* e, em outros, à *regra da proporcionalidade*. Apesar da importância desta distinção, ela é praticamente ignorada pela doutrina e jurisprudência.

As restrições a um direito fundamental se dão por meio de regras ou princípios. Na maioria das vezes, esta restrição se dá por meio de regra veiculada em um texto normativo infraconstitucional, o que ocorre sempre que o legislador realiza, de antemão, um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado é expresso por meio da regra. Esta é a principal

¹¹ Vale ainda comentar que Alexy tem tentado diminuir a subjetividade deste subprincípio com a utilização de modelos numéricos para maior controlabilidade de argumentações de sopesamento. Exemplo simples deste uso pode ser visto no modelo baseado na diferença do grau de intensidade na realização de um princípio e o grau de intensidade da restrição em outro princípio. Caso utilizarmos como variáveis os princípios P_i e P_j e para os graus de intensidade da realização e da restrição as variáveis I_i e I_j , teríamos a fórmula: $G_{ij} = I_i - I_j \cdot C_i$, para os métodos de controle dos subprincípios da proporcionalidade: ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 587-611.

função da regra infraconstitucional no ordenamento. Tais regras, não raro, são questionadas judicialmente via controle de constitucionalidade e na verificação de constitucionalidade da regra que restringe direito fundamental, deve-se recorrer à *regra da proporcionalidade* para solucionar o caso, ou seja, indagar: (1) se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos; (2) se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva; e (3) se há um *equilíbrio* entre a restrição de um direito e a realização de outro (SILVA, V., 2011, p. 179).

Nos raros casos, porém, da colisão ainda não ter sido objeto de ponderação pelo legislador (i.e., no caso em que não há regra infraconstitucional disciplinando a colisão), deve haver uma aplicação *direta* dos princípios constitucionais ao caso concreto, com o *sopesamento* entre os princípios aplicáveis na resolução do caso concreto.

Mas por que é assim? Por que não se pode aplicar a regra da proporcionalidade nos casos em que não há regra disciplinando a colisão? Por um motivo muito simples: a aplicação da regra da proporcionalidade exige *uma medida concreta a ser testada*. Para responder se: (1) a *medida* é adequada para fomentar o objetivo fixado? (2) a *medida* é necessária? e (3) a *medida* é proporcional em sentido estrito? É de clareza solar que é necessária uma *medida* a ser testada. Nos casos em que se aplicam diretamente os princípios constitucionais, esta medida que deve servir como referência não está presente. “Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.” (SILVA, V., 2011, p. 179).

Regra da proporcionalidade e sopesamento – puro e simples –, então, não são sinônimos e nem aplicáveis indistintamente, embora a última etapa da regra da proporcionalidade seja uma aplicação do sopesamento.

3.5 Proporcionalidade e teoria dos princípios

Neste ponto devemos relacionar a regra da proporcionalidade com a teoria dos princípios.

Alexy diz que: “A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios.” (2005, p. 159). Afirmar isto nos parece possível, já que a natureza dos princípios implica a regra da proporcionalidade (e suas máximas parciais). Dito de outro modo, a regra da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios e dela é deduzível.

Se princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e jurídicas, parece-nos que a adequação e a necessidade nada mais são que a relativização dos princípios face às possibilidades *fáticas*, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas* (ALEXY, 2011, p. 117-120). Quem rejeita a teoria dos princípios, então precisa rejeitar também a regra da proporcionalidade (ALEXY, 2005, p. 159).

Isto, entretanto, não é o que acontece.

A maior parte de nossa doutrina defende pressupostos dogmáticos incompatíveis com a teoria dos princípios, em especial o suporte fático restrito e o recurso aos limites imanentes.

Em pouquíssimas palavras, a principal característica das teorias que advogam um suporte fático restrito é o fato de não garantirem algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em tese (*in abstracto*), subsumidas no âmbito de proteção das respectivas normas.

Esta tese parece contar com o maior número de seguidores entre nós. Embora dificilmente se os autores digam expressamente que defendem um suporte fático restrito, essa conclusão pode ser extraída de suas ideias. Paulo Gustavo Gonet Branco, por exemplo, diz que

nem todas as situações pensáveis a partir do referencial linguístico de um preceito jusfundamental se incluem no âmbito de proteção da norma. [...] Há situações que, embora semanticamente incluídas na norma de direito fundamental, não acham nela proteção. (2009, p. 323).

Gilmar Mendes afirma que “nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção” (2009, p. 375). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a seu turno, defendem que

a Constituição Federal indica os casos nos quais uma comunicação [no exemplo que utilizavam] que faz parte da área de regulamentação *não goza de proteção constitucional, excluindo-os, portanto, da tutela constitucional*. (2009, p. 126).

Por fim, André Ramos Tavares advoga que os direitos fundamentais: “1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil” (2011, p. 534).

A jurisprudência do STF também é prenhe de considerações nesse sentido. Ela já disse, por exemplo, que “não há direito constitucionalmente assegurado à prática do *trottoir*, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” (RHC 59.104, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 3 nov. 1981). Decidiu também que práticas de curandeirismo não estariam albergadas na liberdade de religião (RHC 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 114/1038). Ou ainda que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 176/1136). Todas essas são exclusões de condutas *a priori* do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais.

Desta exclusão *a priori* surge a principal dificuldade desta teoria: com base em quais critérios essas condutas que, *prima facie*, poderiam ser consideradas como garantidas pelo direito em questão, poderão ser excluídas em abstrato e em definitivo do âmbito de proteção da norma? Nenhum autor responde a essa pergunta de maneira clara¹².

As debilidades destas teorias, diz Alexy, “consistem na não-fundamentação da exclusão definitiva da proteção do direito fundamental como um jogo de razões e contra-razões...” (2011, p. 321). Como se defendeu até agora, uma das principais características da teoria dos princípios é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção sedimenta a base da ideia de um suporte fático amplo. É por isso que toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental, deve ser tida como abrangida, *prima facie*, por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, V., 2011, p. 109; Id., 2006, p. 34-35).

O recurso aos limites imanentes, a seu turno, serve como forma de autolimitação dos direitos fundamentais, restringindo de antemão seu suporte fático. Para não ter que partir de um pressuposto insustentável de “direitos absolutos”, defende-se que os direitos fundamentais têm seus *limites definidos* pela própria Constituição. Foi o que fez o STF quando afirmou que as garantias constitucionais “não são incondicionadas, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal”. (HC 82.424, Rel. Min. p/ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 19 mar. 2004). Também é o que afirma Paulo Gonet Branco ao dizer que: “A especificidade do bem que o direito fundamental visa proteger

¹² Em verdade, esta teoria se apoia em uma “intuição”. Em casos mais complexos (como o caso de nosso exemplo ou o caso da “Farra do Boi” julgado pelo STF no RE 153.531, Rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, j. 03/06/1997 ou o caso da “briga de galo” também julgado pelo STF na ADIn 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/2011) é absolutamente impossível se dizer, desde logo, se a ação está ou não acolhida no âmbito de proteção.

conduz à revelação de *limites máximos de conteúdo*." (2009, p. 323, grifos nossos).

O STF, ao se dizer que o antissemitismo não é abrangido pela liberdade de expressão, indiretamente decidiu que essa liberdade encontra seu *limite* no próprio texto constitucional. Ou seja, possui um *limite* que lhe é *imane*nte.

Mas se os direitos fundamentais são garantidos quase sempre por uma norma que consagra um direito *prima facie* (norma com estrutura de princípio) e seu suporte fático é o mais amplo possível, é inevitável sua colisão com outras normas, as quais poderão exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas colidentes, então, constituem restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em jogo.

Um princípio, como mandamento de otimização, é *prima facie ilimitado*; mas como o ordenamento não pode consagrar direitos absolutos, a própria ideia de mandamento de otimização já revela que a realização de um princípio pode ser *restringida* por princípios colidentes (o que é justamente o critério distintivo entre regras – consagradoras de direitos *definitivos* – e princípios – que consagram direitos *prima facie*).

A natureza dos princípios, ao garantir direitos *prima facie* que podem ser restringidos em determinadas circunstâncias do caso, revela uma de suas principais características: a possibilidade de seu *sopesamento*. Este sopesamento é aquilo que liga e – fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* do princípio com o dever-ser definitivo em cada caso concreto (SILVA, V., 2011, p. 165). Foi justamente como *alternativa ao sopesamento* e à ideia de *restrição* que os limites imanentes são concedidos. Se os limites já estão contidos no próprio direito, jamais se poderá conceber uma restrição imposta a partir do exterior (sopesamento). Não pode haver, pois, uma distinção entre princípios e regras nas teorias que acolhem limites imanentes.

Isto também já se leva a intuir a *incompatibilidade* do conceito de limites imanentes e a exigência de sopesamento.

Se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais. (SILVA, V., 2011, p. 165).

Esta incompatibilidade decorre de uma conclusão lógica: a de que as colisões deixam, simplesmente, de existir. Situações de colisões aparentes são resolvidas por meio da interpretação da norma constitucional, a qual revelará que uma das condutas ultrapassou os limites imanentes do direito em questão (caso em que, então, o direito não existe). Isto afasta automaticamente a figura do sopesamento, cuja realização pretende justamente resolver colisões. “Sem colisões não há sopesamento.” (SILVA, V., 2011, p. 166).

Em ambos os casos, já se disse, há uma diminuição no âmbito de proteção desses direitos, pois menos condutas e posições jurídicas são consideradas protegidas, *prima facie*, sendo que esta redução não é acompanhada de uma exigência de fundamentação, pois é feita *ab initio*. Portanto, o recurso à regra da proporcionalidade torna-se dispensável e mesmo inviável, já que não é necessário fundamentar a vedação daquilo que sequer faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental.

É aqui que se revela em plenitude a contradição que foi apontada quando tratamos do suporte fático restrito. Como lá dissemos, autores como Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 323), Gilmar Mendes (2009, p. 375), Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 126) e André Ramos Tavares (2011, p. 534) defendem – ainda não expressamente – um modelo de suporte fático restrito e, ainda assim, sustentam a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e a necessidade de se utilizar a regra da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 318-325, 328-392; DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 153-209;

TAVARES, 2011, p. 772-788). Isso não é possível do ponto de vista dogmático, já que tais pressupostos são não só inconciliáveis, mas mutuamente *excludentes*. Como diz Virgílio Afonso da Silva, “escolher uma teoria” não é “uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada” (2011, p. 185).

Seja pelos limites imanentes, seja por um suporte fático restrito, é facilmente percebida a diminuição na capacidade de protetora de direitos fundamentais, devido à exclusão total e de antemão de um mecanismo controlador de intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que é a regra da proporcionalidade.

4 Conclusão

Normas de direitos fundamentais podem ter a natureza jurídica de regra ou princípio, a depender da estrutura dos direitos fundamentais que essas normas garantem: caso se trate de direitos definitivos, trata-se de uma regra; já no caso de princípios, são garantidos direitos *prima facie*.

Esta natureza dúplice das normas de direitos fundamentais é o que dá sustento dogmático e lógico à regra da proporcionalidade. Se princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e jurídicas, a exigência de adequação e necessidade da medida nada mais é que a relativização dos princípios face às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Assim, ao contrário do que vem sendo afirmado pela doutrina e aplicado pela jurisprudência, somente se poderá valer da regra da proporcionalidade como forma de resolução de conflitos entre direitos fundamentais caso seja aceita a Teoria dos Princípios.

Fundamental Rights Norms: Rules, Principles and Proportionality

Abstract: This article deals with the legal nature of fundamental rights norm and their relation to the rule of proportionality. Along this line, it problematizes the issue with the following question: how important is the legal nature of fundamental rights norms in order to accept or not the rule of proportionality as a resolution of conflicts between fundamental rights? After performing a preliminary analysis about both institutions, the article introduces a discussion on the subject, pointing the need to accept the theory of rules and principles to be able to use the technique of balancing as a method of competing resolution. Furthermore, the article includes a theoretical framework guided the neoconstitutionalism, follows the guidelines of the deductive method and as a technique for data collection, using the literature. It is a review article.

Keywords: Fundamental Rights. Rules. Principles. Competing. Proportionality.

Referências

- ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005a
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montivideo: Konrad-Adenauer-Stifung, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, abr. 2003.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011a.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006a.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.