

O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

THE RIGHT TO PROPERTY AS A FUNDAMENTAL RIGHT THEORY AND RATIONALE AND SETTLEMENT OF DISPUTES

Diogo de Calasans Melo Andrade¹

Paulo Fernando Santos Pacheco²

RESUMO: Inicialmente trata-se dos direitos fundamentais e da constitucionalização da propriedade e percebeu-se que a propriedade é um direito fundamental em quase todos os países do mundo e só tem sentido se estiver em conformidade com a ordem social. Além disso, analisou-se a inserção do conteúdo humanitário e dos valores no direito positivo, juntamente com a possibilidade da exigência de uma ação do Estado no sentido de melhorar a condição de vida do cidadão com a utilização de políticas públicas relacionadas com a propriedade e a moradia. Defendeu-se que a propriedade é, ao mesmo tempo, direito do homem, fundamental e humano; e foi inserida como direito fundamental de primeira geração ou dimensão. Já a sua função social, foi efetivada, tempos depois, na segunda geração; devendo esses direitos serem colocados na vida do indivíduo e não constar apenas no papel. Para compreender o instituto propriedade, fez-se necessário estudá-lo desde o jusnaturalismo - corrente filosófica baseada no direito natural - passando pelo positivismo até chegar ao pós-positivismo - base filosófica do neoconstitucionalismo, fundada na moral, valores e ética. Quanto às características dos direitos fundamentais, elegeram-se a não taxatividade, a titularidade abrangente desses direitos, sua supremacia e a existência cláusulas pétreas. Discorreu-se sobre as diferenças entre regras e princípios, tema importante para os direitos fundamentais, pois é a base da teoria da fundamentação e solução de grandes litígios, sem esquecer a colisão, concorrência, a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação das regras e princípios.

Palavras-chaves: propriedade; fundamentação; litígio.

ABSTRACT: Initially it is of fundamental rights and the constitutionalization of property. It was realized that the property is a fundamental right in almost every country in the world and that only makes sense if it is in accordance with the social order. Furthermore, we analyzed the insertion of humanitarian content and values in positive law, along with the possibility of a requirement of state action to improve the living conditions of citizens and the use of public policies related to ownership and housing. It was argued that the property is at the same time, human right, fundamental and human; and was inserted as a fundamental right of first generation or dimension. Have a social function, was honored, some time later, in the second generation; these rights should be placed in the individual's life and not just appear on paper. To understand the institute property, it was necessary to study it from the natural law - philosophical movement based on natural law - passing by positivism to reach the post-positivism - the philosophical basis neoconstitutionalism founded on morals, values and ethics. Regarding the characteristics of fundamental rights, it chose not concrete, comprehensive ownership of these rights, supremacy and entrenchment clauses existence. It

¹ Mestre em direito pela UFS, especialista em direito civil pela UNIT, professor universitário e advogado.

² Professor do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. Advogado OAB/SE 5003. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (2014/2015). E-mail: paulopachecoadvogado@gmail.com.

talked about the differences between rules and principles, important for the fundamental rights issue, it is the basis of the theory of reasoning and solve major disputes, without forgetting the collision, competition, proportionality and reasonableness in applying the rules and principles.

Keywords: property; reasoning; dispute.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

1.1 O direito de propriedade como direito fundamental

Nossa Constituição Federal protege a propriedade em diversos artigos, dentre eles, o art. 5º, XXII e XXIII, protegendo a propriedade privada, garantia do capitalismo, do sistema liberal e da nossa Constituição. Quase todos os países consideram a propriedade como um direito fundamental. Mas esse direito de propriedade tem que estar em conformidade com a função social, senão vejamos os ensinamentos de Marmelstein (2011, p. 165):

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.

Não só a propriedade material foi protegida, mas também a propriedade intelectual, segundo o art. 5º, XXVII, XXVIII, “a” e “b”, e o XXIX da Constituição Federal, chamados direitos autorais, que permitem aos autores o direito exclusivo de uso, publicação e reprodução, com as ressalvas legais. Também ligada à propriedade é a proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, consagradas no art. 5º, XXXVI da Lei Maior.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais sofreram uma grande evolução no cenário jurídico brasileiro da Constituição Federal de 1988 até os nossos dias, devido uma grande mudança na interpretação doutrinária e jurisprudencial, inserindo valores, ética e moral no Direito.

A primeira delas é considerar que tais direitos não são taxativos, pois podem decorrer da Lei Maior, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais. Depois percebemos que a titularidade desses direitos foi estendida a qualquer pessoa, inclusive o morto. Notamos

também que é inquestionável a sua supremacia em relação a outros direitos, mas, questionável a característica imodificável.

No que pertine à propriedade, como direito fundamental e a sua função social, percebemos que toda propriedade só faz sentido se estiver em conformidade com o social. Por fim, existindo conflitos entre um direito fundamental e outra norma constitucional, o intérprete deve se valer da interpretação sistemática e da proporcionalidade para solucionar o litígio.

1.2 Considerações iniciais sobre os direitos fundamentais

É sabido que após o nazismo criou-se uma teoria jurídica baseada nos valores humanitários com o intuito de legitimar a ciência do direito que estava abalada, uma vez que no regime de Hitler somente os arianos tinham dignidade, não sendo um atributo do ser humano, o exemplo disso foi o holocausto que ocasionou a morte de milhões de minorias, com proteção do regime legal vigente à época. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Por outro lado, com o julgamento de Nuremberg, cidade onde foram aprovadas as leis nazistas, surgiu um questionamento de que as leis desse julgamento, por piores que fossem, seriam válidas segundo o ordenamento da época, logo deveriam ser cumpridas, mesmo com o conteúdo duvidoso. Mas a importância desse julgamento foi que, após suas decisões, qualquer violação à dignidade humana, com base na política de governo, tornou-se desrespeito à humanidade. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Depois do final da Segunda Guerra e do fim do regime nazista, os juristas alemães passaram por uma crise de identidade. Percebeu-se que a atividade jurídica deveria ter um conteúdo humanitário, para que não acontecessem novamente as atrocidades do passado, inserindo valores dentro do direito positivo. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Antigamente, no positivismo, a lei era tudo, mas, com o pós-positivismo, a lei abriu espaço aos valores e aos princípios. Esse pós-positivismo entende que os princípios constitucionais são normas jurídicas e Robert Alexy foi um dos principais juristas defensores desse movimento. Comentando essa nova mentalidade, Marmelstein, (2011, p. 13) assim leciona:

- (a) os princípios constitucionais possuem um forte conteúdo ético-valorativo; (b) a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas; (c) a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; (d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais teve destaque após a Constituição Federal de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização. Esses direitos têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), são cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) e possuem hierarquia constitucional. Explicando a característica aplicabilidade imediata, entende-se que é a mais importante e assim discorre:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art. 5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (SARLET, 2010, p. 66)

É utilizada a expressão direitos fundamentais primeiro pelo fato da própria Constituição utilizar essa palavra, segundo porque é bastante genérica abarcando os direitos sociais, políticos, de liberdade e igualdade e, terceiro, porque os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos podendo o legislador ordinário criar outros. A definição dos direitos fundamentais é trazida por Dimoulis (2012, p. 40) como:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Para Alexy (2012, p. 69) o conceito de direitos fundamentais pode assim ser definido:

Segundo as definições que acabam de ser formuladas, de caráter ainda provisório, são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais)

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético no seu aspecto material, pois são valores mínimos para uma vida digna e essa dignidade é a base axiológica de tais direitos. E a dignidade tem alguns atributos comentados por Marmelstein (2001, p. 19): "(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não classificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial". E todos esses atributos estão relacionados com o respeito ao outro.

Além desse conteúdo, possui o normativo (aspecto formal) pois somente são direitos fundamentais aqueles valores reconhecidos e com proteção especial. Sua fonte primária é a Constituição. E são direitos fundamentais os inseridos no Título II da Constituição que vai do artigo 5º ao 17. Mas o constituinte entendeu que esse rol não é exaustivo (art. 1º, III c/c art. 5º,

parágrafo 2º da Constituição Federal), mas para se constatar que tal direito é fundamental percebe-se se a Lei Maior confere alguma proteção especial a ele. Esse conteúdo normativo refere-se ao indivíduo que tem o direito de resistir à intervenção do Estado em sua liberdade e está ligada à dimensão subjetiva. Nesse caso, o Estado tem um dever de fazer algo.

Os direitos fundamentais permitem aos indivíduos a pretensão de resistência à intervenção do Estado ou direito de defesa, ou seja, protegem a liberdade do indivíduo e limitam a atuação do Estado. Trata-se assim de uma obrigação negativa do Estado em abster-se da intervenção arbitrária na liberdade dos indivíduos.

De mais a mais, entende Aronne (2001, p. 422) que os direitos fundamentais são elementos conformadores do mínimo social que assegura a dignidade da pessoa humana, *litteris*:

Os direitos fundamentais começam a plasmar uma eficácia horizontal, de exigibilidade nas relações interprivadas. A Constituição passa a regular matérias anteriormente acometidas ao direito privado, pois os direitos fundamentais deixam de ser um direito de defesa contra o Estado e vêm a ser o elemento conformador do mínimo social que assegura a dignidade da pessoa humana, exigível não só nas relações com a Administração Pública, como também nas interpessoais.

Por outro lado, esses direitos possuem um *status* positivo ou social pois permitem aos indivíduos cobrarem uma ação do Estado com o intuito de melhorar sua condição de vida com a utilização de políticas públicas. Os direitos fundamentais possibilitam a participação do indivíduo na política estatal de forma ativa, com a possibilidade de escolher seus representantes e participar da formação na vontade política (como por exemplo, os referendos e partidos políticos).

Assim, temos que diferenciar os direitos fundamentais, normas vinculadas à dignidade e à limitação do poder, dos direitos do homem e direitos humanos. Os direitos do homem são valores éticos-políticos não positivados, e estão acima do direito positivo e possuem um conteúdo semelhante ao direito natural. Os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados. Já os direitos humanos são valores positivados na esfera do direito internacional, tratados e pactos internacionais. A propriedade é ao mesmo tempo direito do homem, fundamental e humano. Senão vejamos o que explica Sarlet (2010, p. 29) sobre a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais:

..."direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, para referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal...

Assim, após essas breves considerações sobre o tema, conceituando e diferenciando dos outros institutos jurídicos, podemos agora realizar um breve passeio na história, mostrando as conquistas dos direitos fundamentais em cada uma das suas gerações.

1.3 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais

Faz-se necessário, em um primeiro momento, lembrar quais foram as gerações de direitos e suas conquistas: 1ª geração: liberdade, direitos negativos, direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial, direitos individuais e Estado Liberal, onde a propriedade foi inserida; 2ª geração: igualdade, direitos a prestações, direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de uma coletividade, Estado Social, onde a função social da propriedade foi efetivada; 3ª geração: fraternidade, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz, direitos de toda a humanidade, no Estado Democrático de Direito.

A crítica que a doutrina faz ao uso do termo gerações é no sentido de que pode dar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, assim a moderna doutrina entende mais adequado o uso do termo dimensões, não havendo qualquer hierarquia pois elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica.

Os direitos fundamentais abrem a Constituição de 1988, demonstrando o seu prestígio além de serem cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos. Mas não basta anunciar direitos temos que protegê-los e concretizá-los, ou seja, retirá-los do papel e colocá-los na vida real.

Para isso, é ainda necessário o patriotismo constitucional que nada mais é do que levar a sério os direitos fundamentais colocando-os na vida dos indivíduos. Os direitos fundamentais têm uma linguagem abstrata e genérica, tornando difícil sua compreensão com a utilização de uma interpretação literal, sendo necessário procurar um sentido finalístico, qual seja, a sua razão de ser.

Mais adiante far-se-á uma evolução histórica desde o direito natural e o jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegar ao pós-positivismo analisando os valores, a ética e a moral no direito.

1.4 O direito natural e o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo

Jusnaturalismo é uma corrente filosófica fundada no direito natural. Sua ideia é que existem valores na sociedade que não decorrem da norma jurídica, do direito positivo. Esses valores e direitos decorrem da condição humana. O direito natural tem fundamento na ética que estabelece limites à norma do Estado e possui duas versões, uma em que a lei é estabelecida por vontade de Deus e outra que a lei é fundada na razão. Foi considerado como metafísico e anticientífico. O jusnaturalismo moderno, do século XVI, aproximou a lei da razão e tornou-se uma filosofia natural do direito. Teve fundamento no princípio da justiça e foi base para as revoluções liberais, tendo seu auge com a codificação.

A escola do direito natural buscou um sistema jurídico perfeito, aplicável a todas as situações, contribuindo para os fundamentos do moderno sistema jurídico. Dentre as maiores contribuições temos: a liberdade de movimento e de vocação profissional; o início de uma era de liberdade espiritual e religiosa; a eliminação da tortura e a humanização da pena, no direito penal; o fim dos julgamentos por bruxaria; a busca da segurança legal para todos e o estabelecimento do princípio da igualdade perante a lei; a elaboração dos princípios gerais do direito internacional.

O apogeu do direito natural se deu com o Estado Liberal e com as Constituições escritas que também representam a sua superação histórica, pois esses direitos cultivados por mais de dois milênios foram positivados. Esse é o ensinamento de Barroso (2010, p. 238):

O advento do estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, simbolizaram a vitória do direito natural, ou seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos.

Esse direito natural individualista foi o que ajudou no surgimento da revolução francesa, uma vez que garantiu aos indivíduos direitos contra excesso do poder, criando a vontade geral. Sobre a influência da escola de direito natural surgiu um movimento em favor da codificação, como, por exemplo, o código civil francês de 1804. Essa escola perdeu sua força com o positivismo jurídico, mas mesmo assim os seus traços estão presentes no pensamento jurídico atual.

Segundo Azevedo (2000, p. 106) a razão é direito natural, direito das gentes, significando razão universal e razão suprema, senão vejamos:

A razão, enquanto governa indefinidamente todos os homens, chama-se direito natural; e é chamada direito das gentes nas relações entre os povos.

.....
Esse direito natural, significando a “razão universal” ou “a razão suprema fundada na natureza das coisas”, através de que são governados os homens, é diverso do direito natural e racionalista, na medida em que é tido como incorporado à legislação napoleônica, neutralizando-se, por essa forma, sua função crítico-valorativa, em que resida seu caráter distintivo e revolucionário.

Por outro lado, o positivismo jurídico funda-se no positivismo filosófico, com a intenção de criar uma ciência jurídica, similar às ciências exatas e naturais. Seu auge foi com o normativismo de Hans Kelsen. Procura a objetividade científica, vinculando o direito à lei, desvinculando-se da filosofia e perdurou na primeira metade do século XX. Barroso (2010, p. 240) ensina quais são as suas características:

- (I) A aproximação quase plena entre direito e norma;
- (II) A afirmação da estabilidade do direito: a ordem jurídica é uma e emana estado;
- (III) A completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir do elemento do próprio sistema;
- (IV) O formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

O positivismo jurídico, enquanto movimento filosófico fundava-se, resumidamente, na ideia de direito como um fato e não como um valor; na conceituação do direito em função da coatividade; no mecanismo de solução de antinomias consistente na prevalência de uma norma sobre a outra; na interpretação mecanicista, a fazer prevalecer o elemento declarativo e desprezando qualquer processo criativo do direito por parte do aplicador e, por fim, na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, sintetizada no aforismo “lei é lei”. (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

No início do século XX, o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas. Sua decadência está ligada à decadência do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha. A derrota do jusnaturalismo e a decadência do positivismo abriram caminho para indagações sobre o direito, principalmente sobre função social e interpretação. Terminada a Segunda Grande Guerra, a ética e os valores ganharam respaldo no direito.

É nesse momento que surge o pós-positivismo, base filosófica do neoconstitucionalismo, que abandona o modelo de Kelsen para colocar a Constituição no ápice do ordenamento jurídico, passando a ser núcleo, base do ordenamento jurídico. Nesse trilhar de ideias explica Barroso (2010, p. 242):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo e a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da

lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada norma hermenêutica.

O pós-positivismo defende a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais na construção de uma hermenêutica constitucional concretizadora de direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que se funda na dignidade humana. Nesse contexto, o direito e a filosofia voltam a caminhar lado a lado. Barroso (2010, p. 249) comenta essa nova fase como uma leitura moral da constituição das leis:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Pelo exposto, percebe-se que existiu uma grande mudança desde a época do direito natural até o pós-positivismo atual que influenciou grandes teóricos no mundo e no Brasil. Essas mudanças fizeram com que o direito não fosse interpretado utilizando apenas a lei, mas também a moral, os valores e a ética. De mais a mais, para compreender melhor os direitos fundamentais, far-se-á um estudo da não taxatividade e a titularidade desses direitos, conforme a doutrina e a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

1.5 Os direitos fundamentais não taxativos

Segundo o artigo 5º, 2º da Constituição Federal os direitos fundamentais são exemplificativos, uma vez que podem estar no Título II (arts. 5º a 17), decorrer dos princípios (art. 5º, 2º) ou de tratados (art. 5º, 2º e 3º). Comentando essa característica Salet (2010, p. 68) explica:

Basta citar, ainda no que diz respeito a esse aspecto, a posição geográfica dos preceitos que consagram a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (art. 5, 1, da CF), bem como a abertura para outros direitos fundamentais, ainda que não expressos no texto da Constituição (art. 5, 2, da CF), ambos situados no final do rol do art. 5, mas antes dos demais direitos fundamentais do Título II.

Com o mesmo sentir, foi a decisão da Corte Superior sobre direito ao sigilo bancário como direito fundamental, por entender que o rol dos artigos é apenas exemplificativo:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB

PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa - quando ausente a hipótese configuradora de causa provável - revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. ... (STF, MS 23851 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) (grifo nosso)

Diferente não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS 23851/DF, quanto ao direito à alimentação e o direito de fiscalizar o governo como direito fundamental não taxativo:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar... O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.(STF, MS 24831 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) (grifo nosso)

Outros exemplos são o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF) e o princípio da anterioridade tributária (art.150 da CF) e as imunidades fiscais que estão fora do Título II. Os direitos fundamentais também podem decorrer de tratados internacionais de direitos humanos que podem ser incorporados ao nosso direito como norma constitucional, similar a uma emenda constitucional conforme o art. 5º, 3º da CF. Comentando o citado artigo Marmelstein (2011, p.235) assim leciona:

Aparentemente, a ideia da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é mais simples e, por isso mesmo, mais elegante. Além disso, é mais compatível com a Constituição de 88 que estipulou no art. 4º II: prevalência dos direitos humanos.

Por outro lado, uma violação grave a esses direitos humanos ocasiona o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal processar e julgar tais

litígios. (Art.109, V-A da CF/88). Em uma primeira decisão o Superior Tribunal de Justiça não deslocou a competência IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima e na segunda autorizou a descolamento IDC 2/2009. Mas para existir esse deslocamento é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) grave violação a direitos humanos, b) inércia do Estado-membro, c) descumprimento de tratados internacionais, d) pedido do Procurador Geral da República, d) apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, se os tratados forem aprovados com o quórum qualificado (três quintos dos membros do Congresso em dois turnos), serão emendas constitucionais e, se forem aprovados sem o quórum qualificado, eles terão força de lei ordinária.

1.6 Titulares dos direitos fundamentais

Qualquer pessoa, em regra, é titular dos direitos fundamentais, mesmo que incapaz e até mesmo os nascituros (fetos e embriões). Até mesmo o morto tem esse direito resguardado, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos Caso Oreco (REsp 113.963/SP) e no Caso Garrincha (REsp 521.697/RJ).

Com relação aos estrangeiros não residentes no Brasil, o artigo 5º da Constituição Federal diz que os direitos fundamentais são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Apesar desse dispositivo ter uma literalidade, devemos fazer uma interpretação conforme a dignidade da pessoa humana para entender que todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, terão resguardados esses direitos. Mesmo aqueles estrangeiros que nem mesmo estejam no território brasileiro podem ser titulares. Com o mesmo trilhar de ideias Marmelstein (2011, p. 249) explica:

Assim, levando em conta o espírito humanitário que inspira todo o ordenamento constitucional, conclui-se que qualquer pessoa pode ser titular de direitos fundamentais. O importante é que a pessoa esteja, de algum modo, sob a jurisdição brasileira.

Nesse caminho, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região permitiu que um estrangeiro em situação irregular no país realizasse um transplante de medula pelo SUS (AG 2005040132106/PR). No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que rejeita a interpretação literal do artigo da Constituição nos acórdãos HC 75.051 e HC 72.391 e RE 215.267. Mas diferente é o entendimento de Dimoulis (2012, p. 70) que condena essa interpretação extensiva:

A tentativa de parte da doutrina de propor uma interpretação extensiva considerando que é residente qualquer estrangeiro que se encontre em trânsito no território

nacional carece de fundamento constitucional, pois equipara os não residentes aos residentes. Se a Constituição objetivasse oferecer tal garantia seria suficiente se referir a 'estrangeiros' sem incluir o requisito da residência.

Já as pessoas jurídicas privadas podem ser titulares desses direitos naquilo que for compatível pois tem direito à propriedade, à livre iniciativa e aos direitos fiscais. Assim, uma empresa jornalística tem direito à liberdade de imprensa e uma igreja direitos de religião. Com o mesmo pensar, Dimoulis (2012, p. 82) assim entendeu:

De acordo com a regra geral, para efeitos da titularidade de direitos fundamentais, as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, quando o exercício de um direito for compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica e, principalmente, com a sua inexistência biológica ou caráter artificial.

Por fim, com relação aos direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito público, apesar da divergência, a maioria entende que elas possuem alguns direitos fundamentais. Mais adiante, elegemos algumas características dos direitos fundamentais, tais como sua supremacia e as cláusulas pétreas para interpretá-las conforme o entendimento da moderna doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

1.7 Características dos direitos fundamentais

1.7.1 A supremacia

Os direitos fundamentais, por serem normas constitucionais, possuem supremacia formal e material e gera três consequências: torna inconstitucional a lei ordinária contrária a esses direitos, a não recepção das normas anteriores à Constituição Federal e incompatibilidade com os direitos fundamentais.

Como os direitos fundamentais estão positivados na Constituição e qualquer norma incompatível com esses direitos será inconstitucional. Assim a fiscalização deles poderá ser feita mediante o controle de constitucionalidade. Exemplo disso, foi o conflito de normas na ADIn-MC 1969-4/DF, relatado pelo Min. Celso de Mello, onde de um lado havia um decreto do governo que proibia a realização de manifestações públicas em Brasília e de outro a liberdade de reunião e de manifestação pública prevista no art. 5, XVI da Constituição Federal, declarando o STF como inconstitucional o decreto autorizando as manifestações:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas

democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto Distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Distrital 20.098/99.(ADI 1969 / DF - DISTRITO FEDERAL , Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI) (grifo nosso)

Outro caso foi o da ADIn 869/DF que discutiu a constitucionalidade do art. 247, 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual punia qualquer meio de comunicação que divulgasse nome ou retrato identificável de criança, entendendo o Supremo Tribunal Federal que essa lei seria contrária à liberdade de imprensa da Lei Maior:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. ... A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 869 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO) (grifo nosso)

Assim, se um juiz estiver diante de uma norma anterior à Lei Maior que seja incompatível deverá entender que está revogada, ou seja, não foi recepcionada pela Constituição. Existem vários exemplos disso, senão vejamos: o art. 51 e 52 da Lei de Imprensa que traz o dano moral tarifado, mas o STJ através da Súmula 281 entendeu que: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Uma das consequências da supremacia dos direitos fundamentais é que toda a legislação anterior à Constituição deve ser reinterpretada conforme a Carta Magna, para se adequar aos valores desses direitos. Para ilustrar tal fato, o Supremo Tribunal Federal na PET 3486/DF, em que objetivaram a abertura de procedimento penal contra o jornalista Diogo Mainardi por ter escrito uma coluna "Quero derrubar Lula", o mesmo afastou a prática do crime de subversão por estar, o polêmico jornalista, protegido pelo direito fundamental à manifestação do pensamento:

LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c O ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A

Essas decisões do Supremo Tribunal de Federal ilustram uma corrente constitucional que modificou o anterior entendimento, qual seja o pós-positivismo, afastando-se do positivismo e aproximando-se dos valores, da ética e da moral.

1.7.2 Cláusulas pétreas

Um dos motivos de tornar os direitos fundamentais imodificáveis (art. 60, 4º, IV da Constituição Federal) é que o Estado, inclusive o Legislador, pratica ilícitos. Esse citado artigo trouxe a expressão “direitos e garantias individuais” que merece ser interpretada. A análise mais adequada é que todos os direitos fundamentais, não só os do art. 5º, da Constituição Federal, são proibidos de serem abolidos. Comentando essa característica de garantia de eternidade Sarlet (2010, p. 66) explica:

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das "cláusulas pétreas" (ou "garantias de eternidade") do art. 60, 4º da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

E o significado da palavra abolir ou atingir o núcleo essencial do Direito Fundamental é bem explicada por MOREIRA (2012, p. 58):

Entre nós vigora tanto abolir como retirar da Constituição, tanto abolir quanto atingir o núcleo essencial do direito fundamental em exame. Isso porque, em um rol tão extenso de direitos fundamentais, a imutabilidade não fecha o texto constitucional a ponto de proibir o acréscimo de uma palavra ou leve mudança de sentido.

...

Correlacionado o § 4º do art. 60 da Constituição de 1988 à interpretação do STF e, ainda, às garantias de imunidades, chegamos à conclusão de que as reformas constitucionais somente podem ser feitas nos direitos fundamentais para melhorá-los, nunca para enfraquecê-los ou alargar o rol de exceções às garantias. Essa é a medida interpretativa do “abolir”.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu na ADIn 3685/DF que desrespeitar a chamada anualidade da lei eleitoral, ainda que por emenda constitucional, viola a segurança jurídica e a estabilidade do país, pois a emenda pretendia ser aplicada no ano de 2006, mesmo contrariando o art. 16 da Carta Magna:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º,

CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. ... 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)... (STF, ADI 3685 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE) (grifo nosso)

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal foi a da ADIn 939-7-DF que discutia-se a possibilidade de uma emenda constitucional excepcionar o princípio da anterioridade tributária foi entendido que todos os tributos tem que respeitar esse princípio:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. ... 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição);... (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755) (grifo nosso)

No mesmo trilhar de idéias, o Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.946/DF entendeu que a licença gestante remunerada de 120 dias, por estar ligada ao princípio da igualdade, estaria preservada da modificação:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal... (ADI 1946, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123) (grifo nosso)

E sobre essa interpretação extensiva dos direitos fundamentais assim conclui Marmelstein (2011, p. 302): “Tendo como base as decisões acima, pode-se concluir que todos os direitos fundamentais são protegidos pela garantia de eternidade e não apenas os previstos no artigo 5º da Constituição”.

De mais a mais, existe na doutrina um princípio da vedação do retrocesso, que consiste na regra de que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos

sociais já previstos nas leis, sem a criação de outros com o intuito de compensar a retirada dos anteriores.

Por outro lado, prevalece no Brasil o princípio da unidade da Constituição onde determina que todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, assim não existe possibilidade de ser declarada inconstitucional uma norma constitucional originária. E se duas normas originárias colidirem prevalece o Princípio da Especialidade, ou seja, a mais específica tem prioridade.

Mas a regra que as cláusulas são pétreas não é um tema pacífico, uma vez que no próprio Supremo Tribunal Federal existe entendimento contrário a elas como o do voto do Min. Joaquim Barbosa, na ADI 3105. Com o mesmo raciocínio Marmelstein (2011, p. 311): "Na verdade, é preciso reconhecer que a Constituição de 88 pode sim ser melhorada, inclusive naquilo que foi considerado como cláusula pétrea".

É permitido também aplicar a mutação constitucional nos direitos fundamentais, como o próprio Supremo Tribunal Federal em diversas decisões assim o fez. A primeira é que não é mais permitida a prisão civil em caso de alienação fiduciária, RE 446.343-1/SP, Rel Min César Peluso. Outra mudança foi no sentido de que não é mais permitido condicionar o recurso administrativo a um depósito recursal, e o Supremo Tribunal Federal no RE 388359/PE assim decidiu:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - § 2º DO ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. (STF, RE 388359/ PE – PERNAMBUCO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO) (grifo nosso)

Em outra decisão do STF, no processo de extradição, o Estado requerente precisa assumir o compromisso de substituir a pena de morte ou prisão perpétua por uma pena de prisão não superior a 30 anos(STF, 855, República do Chile, Rel. Celso de Mello). Por outro lado, a maximização de todos os direitos fundamentais é defendida por MOREIRA (2012, p. 61):

Um dos pontos mais ricos da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais não devem ser limitados por construções teóricas; ao contrário, cabe ao jurista, preocupado com o direito como transformação e com o cumprimento dos objetivos da Constituição, defender a maximização de todos os direitos fundamentais.

E sobre esse sistema aberto, flexível e receptivo Sarlet (2010, p. 72) conclui:

Postas estas questões preliminares, há como concluir, desde já, que, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo, mas sim um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos,

integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circulante.

Assim, claro está que a supremacia dos direitos fundamentais colocou-os hierarquicamente superior às demais regras, como também que a impossibilidade de serem abolidos demonstra a importância desses direitos para o nosso ordenamento jurídico.

2. REGRAS, PRINCÍPIOS E SUAS DIFERENCIAÇÕES

A diferença entre regras e princípios, para a teoria dos direitos fundamentais, é muito importante, pois é a base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos e a solução de dilemas centrais. Robert Alexy traçou critérios tradicionais para essa distinção, senão vejamos:

O primeiro critério é o da generalidade, que segundo Alexy (2012, p. 87): “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. A segunda distinção é qualitativa pois os princípios são mandamentos de otimização, explica Alexy (2012, p. 90): “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Já as regras contêm determinações, pois diz Alexy (2012, p. 91): “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos”. De mais a mais, Ávila (2012, p. 30) faz a distinção entre regras e princípios e defende que as normas ou são princípios ou são regras:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas.

Pelo exposto, após realizada essa importante diferenciação entre regras e princípios, analisar-se-á a colisão, a concorrência e o critério da proporcionalidade na aplicação das regras e princípios jurídicos.

2.1 Colisão, concorrência e o critério da proporcionalidade

A colisão ocorre quando o exercício do direito fundamental colide com outros preceitos constitucionais, no caso concreto é o Poder Judiciário que irá limitar o direito desde que fundamentado e, para isso, utilizará da interpretação sistemática e o critério da proporcionalidade. Sobre o tema, explica Dimoulis (2012, p. 161):

A colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, como aqui feito, porque um direito fundamental de outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal.

Para Alexy (2012, p. 92) quando existe um conflito entre regras trata-se da dimensão de validade, pois “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”.

Por outro lado, quando existe colisão entre princípios explica Alexy (2012, p. 93): “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder... Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Ainda sobre a colisão de regras e de princípios, Ávila (2012, p.30) assim discorre com propriedade:

Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Já a concorrência ocorre quando o indivíduo pode se utilizar de pelo menos dois direitos fundamentais em face da mesma intervenção do Estado em relação à intervenção Estatal quando atinge dois direitos fundamentais do mesmo titular. É sabido que quando existe violação de um direito fundamental, a intervenção é considerada inconstitucional. Assim leciona Dimoulis (2012, p. 161):

Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.

O legislador tem o dever de respeitar os direitos fundamentais quando cria regras gerais e abstratas e essa observação está intimamente ligada ao critério da proporcionalidade na Constituição. Ele é considerado um princípio direcionado ao controle de

constitucionalidade no entender de Robert Alexy e como regra no pensar de Dimitri Dimoulis. Comentando citado critério da proporcionalidade Dimoulis (2012, p. 145) ensina:

Objeto da revisão jurisdicional constitucional não é a ponderação, mas a verificação de eventual desrespeito de norma constitucional pelo legislador. A proporcionalidade como exame de adequação e necessidade serve para aferir esse desrespeito específico e não para substituir a decisão política do legislador pela decisão política do órgão jurisdicional constitucional.

Diferente não é o sentir de Ávila (2012, p. 205) sobre o postulado da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre o meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Assim, na colisão do direito fundamental com outros preceitos constitucionais, em um determinado litígio, o julgador utilizará da interpretação sistemática e do princípio da proporcionalidade para chegar a uma solução mais justa.

2.2 Os princípios e sua aplicação na teoria dos direitos fundamentais

Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” trata da posição dos princípios no ordenamento jurídico e sua diferenciação das regras, ponto esse dos mais importantes na sua teoria. Trouxe uma inovação pois coloca os princípios como espécie de normas e mandamentos de otimização, além da vinculação da proporcionalidade à teoria da argumentação. Comentando essa importante característica, mandamentos de otimização, Alexy (2012, p. 90) discorre:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (grifo do autor)

Para o autor, tanto regra quanto princípios pautam-se pela noção de direito como argumentação e ambos são normas. No caso de colisão de princípios apresenta a regra da proporcionalidade e a sub-regra da ponderação para a solução. Explico:

Os princípios são espécie de normas porque dizem o dever ser. A diferença entre princípios e regras é qualitativa e não gradual. Os princípios, por serem normas, determinam que algo seja concretizado na maior medida possível, mas entre as possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Havendo de colisão de princípios, busca-se a solução utilizando a regra da proporcionalidade, com a sua sub-regra da ponderação – proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy (2012, p. 93) dá a solução para a colisão de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios tem que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, possuindo determinações. Existindo conflito entre regras deve ser solucionado pelos critérios clássicos: quais sejam, hierárquico, cronológico e de especialidade. Explicando essa importante característica, as determinações, Alexy (2012, p. 91) assevera:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (grifo no autor)

Assim, percebe-se que quando existe conflito de regras entramos na dimensão da validade, enquanto na colisão entre princípios adentramos na dimensão de peso. Analisar-se-á a proporcionalidade e a razoabilidade na interpretação das normas.

2.3 Proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de normas em conflitos com direitos fundamentais

2.3.1 A regra da proporcionalidade

A proporcionalidade é chamada de princípio ou de regra pelos autores, vamos aqui adotar a segunda opção, regra da proporcionalidade. Ela surgiu no Tribunal Constitucional Alemão, como o julgamento do Caso Luth, no ano de 1958, onde esse tribunal decidiu que os direitos constitucionais constituiriam uma ordem objetiva de valores a serem ponderados em cada caso. Seu conceito é trazido por Virgílio Silva (2002) orientando de Alexy, senão vejamos:

regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais

Ainda comentando a proporcionalidade, Ávila (2012, p. 184-185) assim discorre:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade... depende de uma relação de causalidade entre meio e fim... fim significa um estado desejado de coisas.

Para alguns doutrinadores, seu fundamento está no art. 5º, LIV da Constituição Federal e no Princípio do Estado de Direito (Gilmar Mendes, Luiz Roberto e Suzana Toledo). Já outra parte da doutrina entende que se encontra na estrutura dos Direitos Fundamentais (Virgílio Afonso, Alexy e Humberto Ávila).

Os seus elementos ou sub-regras são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como bem explica Ávila (2012, p. 183):

o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meus disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?) e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim corresponde às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Quanto ao primeiro elemento, a adequação, Silva (2002) assim adverte:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.

O Supremo Tribunal Federal, em relação à adequação, na ADC 9-6, suspendeu qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da MP 2.152-2, que disciplinava metas de consumo de energia e suas sanções. Assim, o STF entendeu que a MP era adequada, em face da crise de energia elétrica, proporcional e razoável.

Mas o *leading case* foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIn 855-2, que analisou a Lei estadual do Paraná n.º 10.248/93, onde determinava que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor, medida essa que foi considerada adequada para promover a proteção do consumidor, proporcional e razoável.

No que pertine à segunda sub-regra, necessidade, Silva (2002) explica que

Um ato estatal que limita um ato 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.

A adequação e a necessidade relacionam com a possibilidade fática, já a proporcionalidade em sentido estrito está ligada com a possibilidade jurídica. E essa análise

deve ser realizada de forma subsidiária, primeiro interpretando a adequação, para depois a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. É esse o entendimento de Silva (2002):

Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação, e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.

Além do mais, o exame da necessidade é um exame comparativo, já a adequação é absoluta. A doutrina traz alguns exemplos que ilustram esses elementos. O primeiro é trazido por Alexy (2004, p. 42) referente à adequação e trata de um caso a respeito da fabricação de doces e confeitarias com a utilização de cacau em pó adicionado à grande quantidade de gordura vegetal, principalmente arroz. A celeuma estava em torno da proibição da comercialização de tais produtos ou a proibição da utilização do termo chocolate no produto, com a advertência gordura vegetal. Ocorre que, entendeu-se como o meio mais adequado e menos restritivo ao direito de liberdade a etiquetagem dos produtos o que prevenia a confusão, medida considerada eficaz e menos gravosa.

Um segundo exemplo, trazido por Alexy (2012, p. 591), é o caso em que o Tribunal Constitucional Federal tinha que decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação e com a liberdade pessoal. Neste caso, como não existiam conhecimentos científicos suficientes, a decisão do legislador pela criminalização teria que ser aceita.

Um terceiro caso, ilustrado por Alexy (2012, p. 592), foi uma decisão do Tribunal Constitucional Federal que dizia respeito à proibição de que empresários da construção civil utilizassem mão-de-obra de trabalhadores temporários. Entendendo que a proibição dessa atividade não seria necessária, pois necessário seria um controle mais eficiente nos canteiros de obras para detectar as supostas infrações trabalhistas.

Por outro lado, uma faceta da regra da proporcionalidade é a proibição de excesso, onde é proibido a restrição excessiva a qualquer direito fundamental. Isso é o que leciona Ávila (2012, p. 167): “A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição do excesso.”

Além da análise da necessidade e da adequação faz necessário perceber se a medida é proporcional. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a

realizar uma finalidade, causalidade entre meio e fim, considerado um estado desejado de coisas (ÁVILA, 2012, p. 183).

Assim, conceitua Silva (2002) sobre a proporcionalidade em sentido estrito: “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

E o autor exemplifica com o caso da AIDS, pois se para o combate à disseminação da doença, o Estado decidisse que, além da obrigatória realização de exames para detectar a doença fossem todos os infectados com o HIV encarcerados, a medida seria adequada e necessária, mas não proporcional pois fere a liberdade e dignidade humana. Pois para o Silva (2002): “Para que seja desproporcional basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenha peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”

Diferente não é o conceito da proporcionalidade em sentido estrito dado por Ávila (2012, p. 195):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

...

Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Alexy (2012, p.594) defende, na ponderação de princípios, a lei de sopesamento, entendendo que deve existir a otimização em relação aos princípios colidentes:

A lei de sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-afetação do outro princípio.

Traz também Alexy duas regras de ponderação. A primeira denominada de Lei da Ponderação Material, trazida na sua obra *Teoria de los derechos fundamentales*. Alexy (2004, p. 93) assegura: “cuanto mayor es el grado de La no satisfaccion o de afectacion de un principio, tanto mayor tiene ser la importancia de La satisfaccion del otro”. Explicando essa regra Cardoso (2011, p. 233) adverte:

Por esta regra, a medida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro princípio colidente. Expressa claramente que o peso dos princípios não é tomado absolutamente, mas em regra relativamente.

E Alexy exemplifica com uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em um processo em que a revista de humor *Titanic* denominou um soldado de portador de necessidades especiais, no caso, paraplégico, de “aleijado”, decidindo o tribunal que a reportagem causava humilhação pública e desrespeito, ferindo a dignidade.

A segunda regra de ponderação é a Lei da Ponderação Epistêmica, fruto das decisões do Tribunal Constitucional Alemão onde Alexy (2004, p. 93) assim descreve: “Cuanto más intensa sea una intervención em um derecho fundamental, tanto mayor debe ser La certeza de las premisas que sustentan La intervención”. Explicando a citada teoria Cardoso (2011, p. 243-244) assegura:

Dirige-se à qualidade epistêmica das premissas, especialmente, as empíricas... Alexy propõe a utilização dos seguintes epistêmicos: “certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e). Estas variáveis também integram a “fórmula peso”, refletindo na decisão acerca da proporcionalidade ou não da medida”

...

Estabelecem, portanto, o campo e a carga da argumentação – os enunciados acerca dos graus de importância, afetação, peso e segurança empírica.

Para exemplificar essa lei, Alexy (2004, p. 82-84) trouxe uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão que entendeu constitucional a proibição de produção e comercialização de produtos derivados de maconha. No caso o Tribunal ao não estabelecer a verdade das premissas empíricas do legislador, decidiu, ao contrário, a falta de certeza destas. Aplicou a intervenção no direito fundamental de liberdade de comércio e ofício, reconhecendo que o legislador dispõe de uma margem epistêmica do tipo empírica. Comentando essas regras de ponderação, leciona Cardoso (2011, p. 244):

As regras de argumentação e da ponderação, embora não consubstanciem passos concatenados de um processo, pautam a conduta dos que integram qualquer procedimento que dependa de uma decisão jurídica. Delimitam, inclusive, os espaços de atuação do legislador, ao estabelecerem suas margens estruturais e cognitivas. Com fórmulas lógicas e matemáticas relacionadas ao método de aplicação da subsunção (regras) e da proporcionalidade (princípios), além de indicarem o caminho para a formação de uma norma correta, oferecem subsídios para a crítica e a revisão judicial de decisões de outros poderes e do próprio Judiciário.

Pelo exposto, percebe-se que as regras de ponderação devem ser utilizadas em qualquer decisão jurídica, delimitando o espaço do legislador, já a subsunção é utilizada no conflito das regras e a proporcionalidade no caso dos princípios, tudo isso com o fim de ser proferida uma norma correta. Assim, percebe-se que a regra da proporcionalidade é mais ampla que a razoabilidade que passaremos a analisar a seguir.

2.3.2 Regra da razoabilidade

Nada mais é, segundo a denominação inglesa de princípio da irrazoabilidade, do que rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. É uma sub-regra da adequação, mas não podemos generalizar que um ato desproporcional sempre será considerado irrazoável. E conceitua Cardoso (2011, p. 221):

Funciona como um dever de harmonização do geral com o individual, como instrumento para determinar que as circunstâncias do fato devam ser consideradas, ou ainda para expressar que a aplicação da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.

Dentre as várias acepções da razoabilidade, Ávila (2012, p.173) destaca três, a primeira como equidade, a segunda similar à congruência e a terceira equiparada à equivalência:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob a qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual se faz referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Na equidade deve-se analisar o que normalmente acontece, analisando as circunstâncias do fato e o aspecto individual do caso. Já na congruência, utilizaremos o suporte empírico e a relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Por fim, na equivalência, utiliza-se da equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

3. CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que a propriedade surgiu como direito do homem, natural, sem nenhuma positivação; passando a ser fundamental, quando inserida na Constituição; e, humano, a partir do momento em que foi inserida no âmbito internacional. Ela originou-se no direito privado, tornando-se, posteriormente, com a inserção da função social, a ser um princípio constitucional. Assim, deixou de ser um instituto patrimonialista para ser estudada conforme o interesse público, colocando a pessoa hierarquicamente superior ao seu patrimônio, o que se chama de despatrimonialização ou repersonalização.

De mais a mais, a propriedade e sua função social fundamentados nos princípios constitucionais é um meio de concretização dos direitos fundamentais e serve de limite para os abusos àquelas propriedades que não atendem a sua função social. Por isso, que a constitucionalização da propriedade é peça-chave para o julgador e todos os operadores do direito realizarem uma releitura do instituto propriedade, tendo em vista que terá que atender essa função social, com o objetivo de garantir a efetividade e a concretização desse importante direito fundamental e, por conseguinte, contribuir para a Democracia.

Por outro lado, apesar da Constituição Federal não prever a aplicação da regra da proporcionalidade, ela decorre do fato dos direitos fundamentais serem princípios e não regras. Além do mais, mesmo a doutrina não considerando a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimas, o Supremo Tribunal Federal entende que a proporcionalidade é um apelo da razoabilidade, equiparando a proporcionalidade à razoabilidade, por entender que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Epílogo à La teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva: 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível a partir do site <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível a partir do site <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível a partir do site <<http://www.stf.jus.br>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível a partir do site <<http://www.stj.jus.br>

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação – A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, a 91, n.º 798, p. 23-50, ano 2002