

Alguns aportes doutrinários para a proteção dos Direitos Fundamentais no processo penal do Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo

*Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin**

RESUMO. O presente artigo busca projetar aportes doutrinários aplicáveis ao processo penal no Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo. São trabalhados subsídios teóricos com o objetivo de enaltecer a importância da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e, com isto, efetivar a legitimidade da intervenção estatal (a qual se dá, inclusive, por meio do processo penal na esfera das liberdades e dos direitos da pessoa). Isto tanto no plano interno dos Estados, quanto no cenário internacional. O texto aborda o Estado Constitucional Cooperativo, a Democracia deliberativa e o Princípio da proporcionalidade, dentre outros institutos.

PALAVRAS-CHAVE. Direitos fundamentais; Estado Constitucional Cooperativo; Democracia deliberativa; Princípio da proporcionalidade.

* Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Dr. Rui Cunha Martins; Doutor em Direito pela PUCRS; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Professor das disciplinas de Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica na Faculdade de Direito da PUCRS; Investigador internacional do ICEPS (*International Center of Economic Penal Studies*); Advogado criminal.

SUMARIO. 1. O Estado Constitucional Cooperativo e a Democracia Deliberativa 2. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais. Considerações finais

Abstract. This article seeks to design doctrinal contributions applicable to criminal proceedings in the Democratic Constitutional State of law and cooperative. Are worked out theoretical subsidies in order to enhance the importance of the protection of fundamental rights of the person, and, with this, effect the legitimacy of State intervention (which is given, including, through the criminal process in the sphere of liberties and the rights of the individual). This both internally, as States on the international stage. The text discusses the Constitutional State cooperative, the deliberative democracy and the principle of proportionality, among other institutes.

KEYWORDS. Doctrine (Law). Humans rights. Rule of law. Deliberative democracy. Principle of proportionality.

RESUMEN. Este artículo pretende diseñar contribuciones doctrinales aplicables a los procedimientos penales en el estado constitucional democrático y cooperativo de derecho. Se trabajan los subsidios teóricos para realzar la importancia de la protección de los derechos fundamentales de la persona a los efectos de la legitimidad de la intervención del estado (que se da, incluso, mediante el proceso penal en el ámbito de las libertades y los derechos del individuo), tanto internamente, como en el escenario internacional. El texto aborda el estado constitucional cooperativo, la democracia deliberativa y el principio de proporcionalidad, entre otros institutos.

PALABRAS CLAVE. Derechos fundamentales. Estado constitucional. Democracia deliberativa. Principio de proporcionalidad.

1.

O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

São de grande significado para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa no Estado Democrático de Direito as contribuições teóricas, encontradas na obra *Estado Constitucional Cooperativo*, de Peter Häberle¹, bem como a teoria de democracia deliberativa, de Cláudio Pereira de Souza Neto².

Esses aportes são de grande valia para a conformação do processo penal, enquanto instrumento de proteção da pessoa em face do Estado, pois exatamente no seu bojo haverá de ser empreendido este comprometido esforço de afirmação cotidiana dos direitos fundamentais daquele que figura no pólo passivo da relação processual, viés explorado no presente texto acadêmico. De início, analisam-se os principais aspectos do Estado Constitucional Cooperativo, pois este modelo de Estado se constitui em uma estrutura mais completa do que o Estado Democrático Constitucional, sem, no entanto, perder a noção de limitação que o caracteriza.

Peter Häberle³ sustenta que o Estado Constitucional ocidental possui uma estrutura *constituída*, juridicamente delimitada, e *aberta* (tanto para dentro, como para fora). Essa conformação é garantida pela democracia pluralista, pelos direitos fundamentais, pela

¹ HÄBERLE, Peter: *Estado Constitucional Cooperativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Muito adequada a contribuição de Carlos A. Molinaro, com a concepção do *Estado socioambiental*, perfeitamente harmônica com a ideia de Estado democrático constitucional cooperativo. No Estado socioambiental, as relações entre as pessoas são marcadas pela solidariedade e ambientalidade, entendida esta como manifestação de *ecossistemas sociais*, onde a paridade de armas entre os integrantes da coletividade deve ser garantida e promovida. É nesse ambiente, natural ou artificial, porém concebido como um *lugar de encontro*, que o imperativo da segurança jurídica deve ser esteio da dignidade humana. MOLINARO, Carlos A. *Direito Ambiental e proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. op. cit., p. 2-3.

divisão dos poderes, e por um Judiciário independente. Sustenta esse autor que a cooperação se constitui, para o Estado Constitucional, em uma parte de sua identidade, e que deve ser materializada em seus textos jurídicos, especialmente nos documentos constitucionais.

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que encontra a sua identidade também no Direito Internacional, na troca das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, bem como no âmbito da solidariedade. Portanto, ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz⁴.

Para Peter Häberle⁵, o Estado Constitucional Cooperativo já assumiu, atualmente, conformação na realidade, e é necessariamente, uma forma de estatalidade legítima do amanhã. Enquanto o Estado Constitucional se caracteriza pela limitação dos princípios constitucionais materiais e formais (direitos fundamentais, Estado Social de Direito, divisão de poderes, independência dos Tribunais), o Estado Constitucional Cooperativo trata —ativamente— da relação com outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos estrangeiros. O Estado Constitucional tem como característica a limitação crescente do poder social por meio da política de direitos fundamentais e da separação social dos poderes, sendo o tipo ideal de Estado da sociedade aberta, abertura esta que tem uma crescente dimensão internacional ou supranacional, enquanto que o Estado Constitucional Cooperativo corresponde ao desenvolvimento de um Direito Internacional Cooperativo.

Peter Häberle⁶ —como se vê— agrega às características do Estado Constitucional o apanágio da internacionalidade e da colaboração, como traços marcantes de uma nova conformação que já é atual e que se denomina Estado Constitucional Cooperativo. E mais: aduz que esse não deve ser «egoísta», «individualista» ou «agressivo», como o Estado Constitucional, devendo ser o *oposto típico ideal* disso.

Sustenta esse autor, que o momento participativo *da* e *na* cooperação possui um lado *processual jurídico-formal* (o procedimento para acordos, ajustes, tratados entre os Estados) e um lado *material* (objetivos solidários, direitos humanos, justiça social, desenvolvimento de outros países), os quais andam juntos. Apregoa que o Estado Constitucional Cooperativo toma para si as estruturas constitucionais do Direito Internacional Comunitário sem perder ou abandonar, completamente, os seus próprios contornos. Ele assume responsabilidades com outros Estados sem querer ou deixar ocultar sua responsabilidade individual. O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre

⁴ HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 4.

⁵ Ibid. p. 6-7.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 7.

e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. Advoga o autor que o Estado Constitucional aberto somente pode existir, em longo prazo, como Estado Cooperativo, ou não é um Estado «Constitucional»⁷.

Ainda estruturando a conformação do Estado Constitucional Cooperativo, Peter Häberle⁸ não vê primazia do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; vê —isto sim— reciprocidade entre eles, crescendo juntos dentro de um *todo*.

Essa sociedade *aberta* — da qual fala Peter Häberle⁹— também se deve projetar no plano internacional. Os direitos fundamentais e os direitos humanos remetem o Estado Constitucional e seus *cidadãos* ao *outro*, ao *estrangeiro*, sendo imperiosa a formação de uma *consciência de cooperação*, a qual vai se integrando pela internacionalização da sociedade, da rede de dados, da opinião pública internacional, das demonstrações com temas de política externa, da legitimação externa.

A construção de democracia cooperativa teve em John Dewey¹⁰ um precursor digno de registro, pois concebeu —por meio dela— uma nova teoria da democracia. Para ele, a democracia cooperativa não se refere nem apenas, nem praticamente, ao funcionamento das instituições políticas, mas se constitui em um modo de vida baseado nas possibilidades da natureza humana, nas atitudes que os seres humanos revelam em suas mútuas relações. Para esse doutrinador, a democracia é o único modo de vida que acredita sinceramente no processo de experiência como fim e como meio, sendo a mais livre e mais humana das experiências¹¹.

Segundo Dewey¹², os meios aos quais a democracia se dedica são as atividades voluntárias dos indivíduos ao invés da coerção, são consentimentos ao invés da violência, é a força da organização inteligente em detrimento da organização imposta de fora e de cima. Em suas palavras, «[...] o princípio fundamental da democracia é que os fins de liberdade e individualidade para todos apenas podem ser obtidos por meios que estejam de acordo com esses objetivos»¹³.

⁷ Ibid. p. 6-7.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 12.

⁹ Ibid., p. 19.

¹⁰ DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de; PROGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa. Escritos escolhidos de John Dewey*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. .p. 138-139.

¹¹ DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de. PROGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa: Escritos escolhidos de John Dewey*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 142.

¹² Id. *A democracia é radical* (1937). In: FRANCO e PROGREBINSCHI, op. cit., p. 131.

¹³ Id. *A democracia é radical* (1937). In: FRANCO e PROGREBINSCHI, op. cit. p. 131.

Na linha do que modernamente sustenta, e.g., Cláudio Pereira de Souza Neto, que a seguir será comentado, John Dewey¹⁴ percebeu que a democracia é essencialmente um projeto comunitário, antevendo as noções de redes comunitárias e sociais que hoje são uma realidade. O caminho natural é a participação cooperativa dos cidadãos em sua comunidade, deliberando sobre as questões comuns, coletivas, em um processo de integração voluntária, ensejando a perene construção de um espaço público democrático. Esse ambiente democrático é composto de práticas cooperativas das pessoas que se conectam uma às outras e atuam de modo coletivo, em prol de projetos e objetivos comuns, caracterizando múltiplas relações horizontais entre os membros da comunidade.

Percebe-se perfeitamente adequada e harmônica com a construção de Peter Häberle, bem como com a de John Dewey, a concepção de democracia deliberativa de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁵, em sua obra *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. É decorrência da democracia deliberativa a participação das pessoas na sociedade em que vivem, tanto no universo político, quanto no jurídico, colocando-se esta verificação no plano da própria legitimidade de reconhecimento desta necessidade, de parte do Estado.

Aqui reside o ponto de toque, em nosso ver, entre as doutrinas de Peter Häberle e Souza Neto nas citadas obras literárias. A democracia deliberativa é essencial ao Estado Constitucional Cooperativo e condiciona a legitimidade da intervenção estatal ao reconhecimento e valorização da pessoa, inclusive concebendo-a como um sujeito atuante e participativo para a construção do Estado e do Direito. Esse reconhecimento e valorização servem, pois, dentre outros desdobramentos sistêmicos, para justificar o direito ao contraditório àquele que figure como suspeito ou na qualidade de acusado de uma imputação de natureza criminal, e.g..

Souza Neto¹⁶ —valendo-se de Canotilho—, refere que atualmente se fala em um *Estado constitucional de direito democrático e socialmente sustentado*, mas esta noção não

¹⁴ FRANCO, Augusto. Introdução. In: FRANCO; PROGREBINSCHI, op. cit., p. 18-23.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Partindo dos conceitos de Rawls e Habermas acerca da democracia deliberativa, esse autor de modo lapidar, desenvolve o seu próprio conceito, tendo por escopo a consolidação de «termos justos para a cooperação na deliberação democrática». Ibid., p. 11, 159. Essa obra produz uma nova teoria constitucional, sendo de grande valia para a interpretação do Direito Constitucional de parte dos operadores do Direito em geral. Os procedimentos acabam por intermediar a realização dos valores consagrados em um sistema constitucional, e este mesmo sistema também prevê a forma dessa consecução. Por sua vez, a concepção material de Constituição está embasada em dois fatores, segundo Fábio de Oliveira enaltece: a) a necessidade de obediência de certos conteúdos por todo o procedimento democrático; b) a participação ativa do Poder Judiciário na vida social e política. OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42-43.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

abandona o caráter político-liberal que está em sua origem, aplicando-se esta premissa, em nosso sentir, ao Estado Constitucional Cooperativo. E nessa origem reside, precipuamente, a proteção dos direitos fundamentais¹⁷.

Esses se constituem, em síntese, como condições materiais para a cooperação democrática, segundo Souza Neto¹⁸.

Há uma íntima e inseparável relação entre a cooperação social e a deliberação, pois quando esta estabelece padrões justos de cooperação social possibilita a defesa de interesses legítimos, de interesse comum.¹⁹

Para Souza Neto²⁰, a democracia envolve inúmeras atividades que vão muito além do simples ato de votar em um representante (democracia representativa) ou na participação direta das pessoas nas decisões políticas (democracia direta). A democracia implica, igualmente, a educação política, a organização política, bem como a mobilização. Assevera-se que a mobilização das pessoas por seus direitos, com as mais variadas formas de expressão que tal mobilização possa ensejar, constitui-se no mais genuíno exercício da democracia deliberativa, essencial, repita-se ao Estado Constitucional Cooperativo. A democracia — ao lado do liberalismo político — são as duas principais diretrizes do pensamento político moderno²¹.

Nesse sentido, o princípio da soberania popular (ou princípio democrático), que garante a participação efetiva das pessoas nas deliberações estatais, pressupõe a compreensão da democracia como forma de Estado, de governo e de sociedade. Ou seja, a participação popular deve invadir a esfera não estatal, propiciando uma interação livre e igualitária no espaço público das decisões sociais, permitindo-se, com isto, que haja uma influência permanente nos fóruns oficiais²².

O que Souza Neto assim qualifica como uma exigência da legitimação material da participação popular sob um enfoque político advoga-se possa ser um dos fundamentos da legitimidade da pessoa para o exercício do contraditório, como regra, na estrutura do processo penal.

¹⁷ Sustenta Souza Neto que sem os direitos fundamentais não é possível a formação livre da «opinião» e da «vontade» coletivas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 129.

¹⁸ Ibid. p. 57.

¹⁹ Ibid., p. 92-93.

²⁰ Ibid., p. 87.

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 40.

²² Apregoa o autor que, sem liberdade e sem igualdade, as quais devem ser garantidas pelo Estado de direito, não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador. Somente em uma comunidade em que são reconhecidos os participantes como «dignos de igual respeito e consideração», em um contexto pluralista, é possível o desenvolvimento de um sentimento de *pertencimento*, viabilizando a deliberação democrática. Portanto, reforça o autor a relevância da definição das *condições* para a cooperação democrática, sendo estes elementos constitutivos da democracia deliberativa, integrando o seu núcleo essencial. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 43, 129, 156, 159, 161, 175, 177.

A soberania popular, na constituição da democracia deliberativa, é elevada à condição de sua dimensão essencial, e a ela se associa o próprio Estado de direito. Além dos direitos civis e políticos, também os direitos sociais e difusos, indispensáveis à cooperação democrática, integram o núcleo material da democracia deliberativa²³.

Oportuna a menção de Souza Neto²⁴, segundo a qual esta legitimação material importa igualdade e igual reconhecimento das diferenças, além de liberdade, entre as pessoas participantes da deliberação.

Em outras palavras, a democracia vincula a legitimidade do poder estatal à vontade popular, nas palavras de Souza Neto²⁵. Ou seja, se a participação popular não é reconhecida, tampouco viabilizada, não somente é ilegítima a decisão política, quanto será ilegítima a intervenção estatal na esfera de suas liberdades e de seus direitos, em princípio²⁶.

A legitimidade das decisões estatais (políticas) decorre não somente do fato de terem sido aprovadas por uma maioria, mas também de terem sido resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas as razões de decidir²⁷. Ora, isso trazido ao contexto jurídico, impõe ao julgador não somente a necessidade de exposição de uma motivação suficiente para a decisão que proferir, mas, igualmente, a imperiosa condição de garantir às partes um contraditório pleno e prévio a esta decisão, como forma de lhe emprestar legitimidade.

Portanto, recolhe-se da teoria de Souza Neto que o contraditório, no cenário jurídico, deve-se constituir na regra do jogo, pois é garantia da legitimidade da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, sendo que tal contexto deve ser estendido, inclusive, à cooperação judicial internacional.

As razões publicamente expostas podem ser objeto de crítica e o esforço para superá-la desempenha as funções de racionalização e legitimação, sendo que esta possibilidade de crítica pública e livre é um aspecto fundamental da democracia deliberativa²⁸.

²³ O autor identifica a teoria constitucional criada em sua obra como sendo *ideal-pragmática*, pois a partir de um reconstrutivismo defende que as cláusulas constitucionais sejam interpretadas não somente com fulcro na realidade constitucional, mas também que observem os pressupostos normativos que a legitimam. Ou seja, a sua aplicação tanto poderá fornecer um padrão normativo para a estabilização das relações sociais, como poderá suscitar a transformação dessas mesmas relações, dependendo da coerência ou incoerência com os padrões normativos reconstruídos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 205, 211-212.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 44-45, 60-61.

²⁵ *Ibid.*, p. 55.

²⁶ A participação popular ativa nos processos decisórios caracteriza a *democracia comunal*, na expressão de Conrado Hübner Mendes. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 10, 86. Sustenta esse autor que «[...] a democracia deliberativa se caracteriza pelo fornecimento de razões para decidir que possuem a pretensão de convencer também os adeptos de outras doutrinas». *Ibid.*, p. 89.

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 93.

Adequada a lição de Souza Neto de que a publicidade (e, agrega-se, o contraditório) não são exigências absolutas no Estado Constitucional Cooperativo. Admitem exceções. Porém, essas exceções devem ser publicamente justificadas, prévia e amplamente. O princípio da proporcionalidade serve como um importante critério, na linha do que defende Souza Neto²⁹, para traçar as hipóteses em que o sigilo se justifica no âmbito jurídico, desde que a medida se mostre necessária, adequada e resulte na promoção concomitante de outros princípios que mereçam igualmente amparo.

A democracia não é meramente uma forma de exercício da política, mas um marco de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre os cidadãos e amplia a autorização para exercer o poder público, mediante o estabelecimento de um esquema de disposições que garantam a responsabilidade e a prestação de contas de parte daqueles que estejam no exercício do poder estatal³⁰.

Comunga-se da posição de Souza Neto³¹, na obra referida, na qual apregoa que a democracia deve ser entendida como um *princípio democrático*, essencial, portanto, para a formatação do Estado Constitucional. Os princípios têm como uma de suas primordiais funções a de estabelecer critérios para a interpretação das demais normas constitucionais, o que se denomina *eficácia interpretativa e irradiante dos princípios constitucionais*. O Estado de direito é condição da democracia, inexistindo esta sem o respeito, e.g., aos direitos fundamentais³².

A teoria constitucional de Souza Neto³³, esteeda na sua concepção de democracia deliberativa, pretende avançar em relação ao jusnaturalismo, propugnando o pós-positivismo. Ele está presente em uma sociedade plural, marcada por profundo desacordo moral, o que impede a viabilidade de justificações metafísicas da ordem jurídica. Todavia — adverte o autor — os direitos naturais existentes no jusnaturalismo são o embrião dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo os primeiros aqueles proclamados pelas declarações internacionais e, os segundos, aqueles previstos nas Constituições. Como se tem conhecimento, o rol desses direitos vem sendo ampliado pelo que se denomina *gerações de direitos*

²⁹ Ibid., p. 94-95. Esse doutrinador elenca, dentre esses outros princípios que podem merecer amparo, tanto os direitos fundamentais (intimidade, vida privada, igualdade de oportunidades etc.), quanto metas coletivas (desenvolvimento, segurança etc.).

³⁰ COHEN, Joshua. *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Sylla (Org.) *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 99 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 86.

³¹ SOUZA NETO, op. cit., p. 06. Para o autor, o Estado de direito constitui-se em um dos elementos que integram o princípio democrático. Ibid., p. 10.

³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 11.

³³ Ibid. p. 27-28.

fundamentais, as quais atribuem *status* de fundamentalidade, por corolário a direitos civis, políticos, sociais e ambientais. Face essa ampliação, esses direitos deixaram de ser exclusivamente *de defesa*, e passaram a ter também um caráter *prestacional*, isto é, passaram a exigir do Estado não apenas a abstenção de um fazer, mas também uma ação positiva em determinadas matérias (como saúde, educação etc.).

Essa mudança, inclusive, acarretou a consolidação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais figuram princípios que devem ser observados inclusive pelos particulares, não somente pelo próprio Estado, cabendo a este garantir tal observância. O Estado passa a promovê-los, por meio de prestações públicas, além de ser limitado por eles³⁴.

Leciona Perez Luño³⁵ que o termo *direitos fundamentais* (*droits fondamentaux*) apareceu na França, em 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Porém, foi na Constituição de Weimar de 1919, que recebeu especial relevo, sob a denominação *Grundrechte*, a partir do reconhecimento de um sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política. Esse, aliás, foi o sentido adotado na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 1949.

Os direitos fundamentais representam a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teve seu ponto de conexão nos direitos humanos³⁶.

³⁴ Ibid. p. 29.

³⁵ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004. p. 29. Alude, ainda, que «[...] durante a segunda metade do século XVIII se produziu uma paulatina substituição do termo clássico dos *direitos naturais* pelo termo *direitos do homem*, denominação definitivamente popularizada, doutrinariamente, por Thomas Paine, na obra *The Rights of Man* (1791-1792)». Ibid. p. 32. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37 et seq. Também em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 248 et seq.

³⁶ Os direitos fundamentais resultaram de uma dupla confluência, segundo leciona Perez Luño: «[...] a) de um lado, implicam o encontro entre a tradição filosófica humanista (representada, prioritariamente, pelo jusnaturalismo de orientação democrática), com as técnicas de positivação e proteção reforçada das liberdades próprias do movimento constitucionalista, encontro que se plasma no Estado de Direito e; b) de outro lado, constituem um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais de traço individual, com o sistema de necessidades radicais de caráter econômico, cultural e coletivo, a cuja satisfação e tutela se destinam os direitos sociais». PEREZ LUÑO, op. cit., p. 43. Esse mesmo autor oferece, ainda, importante distinção conceitual entre os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais*. Os primeiros são os direitos naturais positivados nas Declarações e Convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo; os *direitos fundamentais* são os direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte das vezes previstos na Constituição, e que costumam gozar de uma tutela reforçada. Ibid., p. 44, 46. Além disso, o autor diferencia as *liberdades públicas* dos conceitos já mencionados, identificando-as como aquelas que «[...] referem-se a facultades e situações subjetivas reconhecidas pelo ordenamento jurídico que dizem respeito a direitos tradicionais de signo individual e que têm como finalidade precípua garantir as esferas de autonomia subjetiva». Ibid., p. 51. Vide SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 248 et seq.

Nas palavras de Ingo Sarlet³⁷, são *direitos fundamentais* aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), foram integradas ao texto constitucional e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem assim aquelas que lhes possam ser equiparadas, ainda que não tenham assento na Constituição formal.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados e formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático³⁸, fixando uma prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico³⁹.

Há uma dupla função desempenhada pelos direitos fundamentais no constitucionalismo atual, conforme Perez Luño⁴⁰: «a) em um plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual (se bem que a este clássico papel foi incorporada a defesa dos direitos sociais e coletivos da subjetividade) e; b) em um plano objetivo, assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve-se funcionalizar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados».

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91. Os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional que reconhecem a condição humana como tal, independentemente de sua vinculação com a ordem constitucional, e que possuem, portanto, validade universal para os povos, revelando um caráter supranacional (ou internacional). Ibid. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 36.

³⁹ Os direitos fundamentais se constituem em direitos subjetivos qualificados ou reforçados, os quais se caracterizam por sua especial resistência frente aos poderes públicos. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 269. Consoante Cristina Queiroz, os direitos fundamentais são direitos constitucionais que devem ser compreendidos como «[...] definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva», proclamando uma cultura jurídica e política de concreção objetiva de um «sistema de valores». QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 39.

⁴⁰ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004. p. 25. Também Ingo Sarlet, na obra SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 292 et seq.

Na conceituação de Luigi Ferrajoli⁴¹, direitos fundamentais são os direitos subjetivos que correspondem universalmente a *todos* os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de trabalho⁴².

Todavia, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais também adquiriram o *status* de garantia constitucional.

Segundo Ingo Sarlet⁴³, «todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos

⁴¹ Os direitos fundamentais apresentam esse duplo aspecto: formal e material. O elemento formal se refere ao *status* de garantia constitucional; materialmente, vinculado a seu caráter de direito subjetivo. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82. Há diferença conceitual, a propósito, entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, como observa J. J. Gomes Canotilho: os primeiros são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos são os que derivam da própria condição humana e daí seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os segundos, os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, aqueles objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 37. Igualmente em FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 19, 22 et seq. Nesse aspecto, Ingo Sarlet diverge de Ferrajoli. Para esse autor gaúcho, é insuficiente o critério exclusivo da titularidade universal para a definição formal dos direitos fundamentais, como advoga o autor italiano, sendo imprescindível para a caracterização dos direitos fundamentais a previsão expressa no texto da Constituição respectiva. Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são *universais*, em um sentido puramente lógico e avalorativo, porque decorrem da «quantificação universal da classe das pessoas que são deles titulares», figurando neste rol «a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares» (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 20). Ainda segundo Ferrajoli, «a previsão dos direitos fundamentais no direito positivo de um determinado ordenamento jurídico é, em suma, condição de sua existência ou vigência *naquele específico ordenamento*, mas não influencia ou importa para o significado do conceito de direitos fundamentais» (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 20, 21). Ingo Sarlet, por sua vez, desdobra os direitos fundamentais em fundamentalidade formal e material. Em síntese, quanto à fundamentalidade formal, encontra-se ligada ao Direito Constitucional Positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) ser parte integrante de uma Constituição escrita (o autor declara a natureza supralegal dos direitos fundamentais, a propósito); b) na qualidade de normas constitucionais, são classificáveis como *direitos péticos*, submetidos que são aos limites formais e materiais da reforma constitucional; c) são normas diretamente aplicáveis e que vinculam direta e imediatamente as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º, CF); no que pertine à fundamentalidade material, decorre do fato de integrarem a Constituição material, contendo mandamentos essenciais para a estrutura do Estado e da sociedade. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75. Parece-nos adequada a advertência feita por Ingo Sarlet, e bem realça a diferença conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo recomendável a expressa previsão escrita nas respectivas Constituições dos Estados no que pertine aos direitos fundamentais.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 86-87. E o mesmo autor, na mesma obra: Ibid. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75. José Afonso da Silva também sustenta que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata pelo Poder Judiciário. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 165. Nesse sentido, apregoa Ruy Alves Henriques Filho: «Na ausência de norma legislativa, aqueles que buscam a jurisdição (como atividade que interpreta a lei), encontram socorro na aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais necessários à solução do caso, por intermédio da concreção judicial e independente da existência de norma aberta para sua aplicação. Cuida-se, sem dúvida, e em se tratando de direitos fundamentais sociais de defesa, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas seja inaplicável o disposto no art. 5º, parágrafo 1º de nossa Lei Maior». HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94-95. A propósito, ainda explica esse autor que a *proibição de insuficiência* remete ao princípio da proporcionalidade, pois se constitui na «[...] garantia de que os direitos fundamentais sejam protegidos pelo Estado de modo suficiente e eficaz». Alude, ainda, o referido doutrinador que «[...] o princípio da proibição da insuficiência é aquele que obriga o Estado de modo imperativo na proteção de tutela emanada da Constituição Federal democraticamente promulgada. Proíbe, em

jurídicos». Isso porque os direitos fundamentais possuem eficácia vinculante⁴⁴, sendo esta umbilicalmente atrelada à condição normativa da Constituição e — de modo mais concreto — ao seu caráter de norma básica e elemento de unidade de todo o ordenamento jurídico. Em realidade, como bem objeta Juan María Bilbao Ubillos⁴⁵, a Constituição deixou de ser simplesmente o estatuto do poder público para se converter na «ordem jurídica fundamental da comunidade, de acordo com a conhecida fórmula de Hesse».

Os direitos fundamentais, com efeito, constituem a base da moderna igualdade que é precisamente uma igualdade em direitos, precipuamente universais, indisponíveis e inalienáveis. A constitucionalização desses direitos serviu para emprestar uma dimensão substancial não somente ao Direito, senão também à democracia⁴⁶. Essa dimensão material da democracia tem relação ao conteúdo da decisão da maioria, vinculando a validade de tais decisões ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa e aos demais princípios constitucionais estabelecidos em conformidade com ela⁴⁷.

Os direitos fundamentais, enquanto expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada constituem-se em parâmetro de legitimidade formal e material da atuação do Estado Democrático de Direito

relação aos direitos fundamentais humanos ali consagrados, que sejam rebaixados aquém de um mínimo de proteção. Foi encampado pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão de 1971». *Ibid.*, p. 95.

⁴⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 268. Face à previsão do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, por terem aplicação imediata, impõem aos órgãos estatais a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais, em todos os setores da vida social e da ordem jurídica. Tal norma constitui-se em uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 270. Essa eficácia direta dos direitos fundamentais aplica-se, inclusive, entre particulares, como bem explicitou SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25 et seq. Também Ingo Sarlet, na obra SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313 et seq.

⁴⁵ Ressalta esse autor que o protagonismo ou o êxito dos direitos fundamentais na cultura jurídica atual se deve ao fato de que as normas que os reconhecem são de aplicação direta e imediata, porém possuem um conteúdo principal, um substrato muito aberto, pelo que tendem a penetrar e preencher todos os interstícios do ordenamento jurídico. UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 266, 268.

⁴⁶ Ingo Sarlet identifica no fenômeno da constitucionalização (ou *neoconstitucionalização*) a afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que são subjacentes a toda ordem jurídica. SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado*: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 23. Segundo sustenta Ruy Alves Henriques Filho, os princípios da dignidade da pessoa humana, sociedade livre, solidária e justa, e o da democracia participativa, aprofundaram a noção de que o direito vai muito além da lei, o que acarreta a conclusão de que o programa constitucional não é estanque, nem taxativo. É, em verdade, cumulativo, e vai absorvendo novos direitos e novas situações fáticas e jurídicas, obrigando o atendimento pleno dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa e solidariedade. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 99.

e da ordem jurídica, consoante leciona Ingo Sarlet.⁴⁸ Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, pressuposto, garantia e instrumento da participação democrática em sociedade, constituindo-se no fundamento funcional da ordem democrática e parâmetro de sua legitimidade⁴⁹.

Desse modo, os direitos fundamentais se configuram em vínculos materiais ou substanciais impostos à democracia política: *vínculos negativos* gerados pelos *direitos de liberdade* que nenhuma maioria pode violar; *vínculos positivos* gerados pelos *direitos sociais* que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer⁵⁰. Os direitos fundamentais formam a *esfera do que não pode ser decidido* e daquilo que *deve ser decidido*, atuando como fatores de legitimação das decisões e das não decisões⁵¹.

Ingo Sarlet⁵² reitera essa dupla dimensão dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva), das quais se pode extrair uma série de efeitos e funções, como, e.g., ocorre com os deveres de proteção estatais (e a correspondente noção de *proibição de insuficiência* ou de *proteção deficiente*). Além disso, relembra esse autor o reconhecimento de uma dimensão *organizatória e procedimental* dos direitos fundamentais, mas também *democrático-participativa*, no sentido de um *status activus processualis*, do qual fala Peter Häberle.

Especificamente no que diz respeito aos chamados direitos fundamentais de defesa, é impositivo o reconhecimento acerca da aplicação imediata e a busca da maior efetividade possível, garantindo-lhes a plenitude eficaz⁵³.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰ Em uma primeira vista, os direitos fundamentais transparecem a proteção da pessoa frente ao Poder Público, impondo, pois, *deveres de abstenção*, ou seja, interditos ao exercício das liberdades públicas; porém, ao lado disto, há os *efeitos positivos* projetados pelos direitos fundamentais, qual seja, a imposição dos chamados *deveres de proteção*, consistentes na obrigação (positiva) de que o Estado adote medidas hábeis para assegurar a proteção ou promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos essenciais à pessoa. MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84. Para Ruy Alves Henriques Filho, «[...] os direitos fundamentais delimitam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento das pessoas (seja em seu aspecto jurídico ou social), as quais reclamam para si a proteção frente a qualquer intento de intromissão por parte dos poderes públicos em sua esfera privada (defesa). Em segundo plano, a atividade prestacional do Estado garante o acesso ao Poder Judiciário, mediante a aplicação do princípio da inafastabilidade que deverá, dentro da relação posta em juízo, dar a melhor solução para determinada situação, aplicando os mandamentos constitucionais de modo direto e irrestrito e considerando, inclusive, o *princípio da proibição de insuficiência*, que vincula todos os poderes constituídos». HENRIQUES FILHO, op. cit., p. 45 et seq.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. p. 24.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 158-159. Id. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 295 et seq.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 280.

De grande relevo a observação de Luigi Ferrajoli, segundo o qual a formulação de convenções e tratados internacionais recepcionados pelos países, e que tratem de direitos fundamentais⁵⁴, alçou-lhes ao patamar de *direitos supraestatais*, figurando como limites externos (não somente internos) aos poderes públicos e constituindo-se em base normativa de uma democracia internacional⁵⁵.

A Constituição da democracia deliberativa, na concepção de Souza Neto⁵⁶, é *dinâmica* ou *aberta*, isto é, permanece sensível ao influxo de novos conteúdos, de novos direitos e de novos valores. Todavia, isso não autoriza que as decisões majoritárias possam causar dano às condições para a cooperação na deliberação democrática⁵⁷, incluindo-se, aí a relevância da proteção aos direitos fundamentais de parte do Estado constitucional, pois sem eles fica inviabilizada tal cooperação.

Colhe-se, pois, da obra de Souza Neto⁵⁸, esse importante suporte teórico de reconhecimento da legitimidade ativa da pessoa ou do cidadão para a participação na deliberação democrática e, portanto, no processo penal. Segundo ele, «[...] consideram-se ‘materialmente fundamentais’ aqueles preceitos que configuram ‘condições para a cooperação na deliberação democrática’».

Com efeito, o reconhecimento da participação popular nas deliberações políticas também impõe, no plano jurídico, o reconhecimento da legitimidade ativa das pessoas no contexto do processo, devendo ser a regra a oportunidade de suas participações. Somente com tal reconhecimento é que se pode efetivar o exercício da cidadania, o qual depende, portanto, da plena efetivação do contraditório.

⁵⁴ Esses direitos, enquanto previstos no Tratado ou na convenção, seriam melhor denominados de *direitos humanos internacionais*; uma vez ratificado pelo país o Tratado ou a convenção, passariam ao *status de direitos fundamentais com origem convencional*, e que no sistema brasileiro, também adquirem *status constitucional*.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 25, 26.

⁵⁶ Nas palavras do autor, «[...] a Constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática». *Ibid.*, p. 225, 300. Nessa linha: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64.

⁵⁷ Observa o autor que sempre serão possíveis *mutações* ocasionadas pela *dinâmica constitucional*. O Poder Judiciário, por meio da interpretação, pode alterar a compreensão, os limites e a abrangência até mesmo de cláusulas pétreas, e isto é decorrência da própria evolução histórica, todavia o que se deve impedir, ou dificultar, é que essas *mutações* atinjam as próprias condições que possibilitam ao povo continuar decidindo. SOUZA NETO, op. cit., p. 222-224.

⁵⁸ A norma é materialmente fundamental em razão de seu *conteúdo*, com o que se concorda integralmente com o autor. Em estando a norma, abrangida pela esfera da fundamentalidade, deve ser aplicada de imediato pelo Poder Judiciário. Ademais, essa norma deve ser protegida contra a ação abusiva do constituinte derivado e, também, figurar como limite ao retrocesso legislativo. Segundo o autor, «[...] a teoria democrático-deliberativa apoia apenas a ‘judicialização da política dos direitos fundamentais’, a qual se coaduna ao papel institucional do judiciário como guardião subsidiário das condições para a cooperação na deliberação democrática». SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 235, 241, 243, 281, 301.

Suprimir-se o contraditório de modo injustificado acarretará a violação dos critérios ou das condições de cooperação na deliberação democrática, no dizer de Souza Neto⁵⁹, daí resultando a ilegitimidade estatal para assim proceder. Essa ilegitimidade decorreria do fato de que a sua indevida supressão, sem qualquer motivação suficiente, implicaria a violação às regras da democracia deliberativa, calcada, como se viu, no princípio da soberania popular. A regra é a da participação democrática (exercício efetivo do contraditório), e a exceção, o afastamento de tal garantia.

Eleva-se, desse modo, a compulsoriedade da observância do contraditório no Estado Constitucional, em favor da pessoa, como regra, dada a sua fundamentalidade material, sob pena de tornar-se ilegítima (ou inválida) a intervenção estatal na esfera dos direitos e das liberdades do cidadão, ensejando a decretação de nulidade insanável do processo (no todo ou em parte), por certo.

Adota-se a classificação doutrinária de J. J. Gomes Canotilho, para quem o princípio do contraditório deve ser considerado como um *princípio-garantia*, ou seja, confere imediata e direta garantia à pessoa frente ao Estado, com *status* constitucional no Brasil.

Segundo expressam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶⁰,

[...] o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro *cardine della ricerca dialettica* pela justiça do caso concreto. Tamanha a sua importância que o *próprio conceito de processo* no Estado Constitucional está construído sob sua base.

O conteúdo do direito ao contraditório, erigido à categoria de princípio constitucional no Brasil (art. 5º, LV, da Constituição de 1988) vai além do clássico binômio *conhecimento-reação*. No Estado Constitucional, significa a participação ativa no processo, o exercício efetivo do *poder de influência* na decisão judicial, estando tanto as partes como o próprio julgador vinculados a tal princípio⁶¹.

Esse princípio está calcado na dignidade humana, bem como em todos os valores a serem tutelados e preservados em procedimentos inclusivos, não sendo admissível, do ponto

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 301.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 646-647.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 647-648. Lecionam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, por força do contraditório, «[...] as partes têm de se pronunciar previamente à tomada da decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato, questões de direito e questões mistas, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo». Ibid., p. 649.

de vista jurídico, que um discurso calcado na eficiência ou na utilidade da cooperação possa justificar o seu sacrifício. A *ratio* do princípio do contraditório sempre foi a de permitir a oportunidade do exercício do poder de influência na decisão judicial, a partir do clássico binômio *informação-reação*, como já comentado, consubstanciado na expressão *direito de vez e voz* (assegurando não somente a *voz*, mas também a *audiência*)⁶². Constitui-se, assim, em princípio inarredável do Estado Constitucional de natureza democrática e cooperativa.

Conforme Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Branco⁶³,

[...] a garantia do contraditório contém os seguintes direitos: a) *direito à informação*, o qual obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) *direito à manifestação*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.

De grande significado a categoria de princípio constitucional dada pelo legislador constitucional brasileiro ao contraditório. Os princípios, segundo Juarez Freitas⁶⁴, são critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem em disposições superiores hierarquicamente, em termos axiológicos, em relação às demais normas, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá conduzir o intérprete.

⁶² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 110-111. O referido autor empresta ao princípio, ainda, uma visão que denomina de *mais elástica*, ao agregar e enaltecer as funções de *poder de influência* e a de *dever colaborativo* ao contraditório. Por corolário, em um Estado Democrático, enquanto regra, «[...] impõe-se a participação (das pessoas) em todos os atos intermédios que compõem o procedimento prévio de formação da decisão». Aduz, acerca da *democracia deliberativa*, que «[...] num ambiente democrático, os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus autores, e as decisões estatais só podem ser impostas se legitimadas através de instâncias discursivas participativas». *Ibid.*, p. 112-114. Nessa esteira, Sergio García Ramírez aduz que a ampla defesa somente é observada quando é preservado o direito de audiência, ou seja, quando se garante ao sujeito-réu a oitiva prévia ao julgamento. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Reflexiones sobre los principios rectores del Proceso Penal*. In: AAVV. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cap. 4, p. 344). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/22.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2012. Ver também em FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El principio del contradictorio y la igualdad ante la ley*. In: *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. (Capítulo 5, p. 63, 64). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/672/6.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 592.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 324, jun. 1995. Também em FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56. Os princípios expressam valores relevantes para uma dada comunidade, sendo que a consistência efetiva de uma ordem normativa se consolida por meio de mecanismos que visem a evitar as ações que transgridam a sua estrutura. Uma determinada ordem jurídica se caracteriza por uma estrutura jurídica complexa e autônoma. MACCORMICK, Neil. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2003. p. 21-23.

Assim, os princípios constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico, devendo a sua interpretação ser teleologicamente voltada à proteção dos valores constitucionais⁶⁵. Segundo Jorge Miranda⁶⁶, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo, implica *coerência* ou *consistência*, projetando-se em *sistema*, revestido de unidade de sentido: «[...] esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos».

Em realidade, os princípios constitucionais devem ser o ponto de partida do intérprete, pois são as normas que espelham os postulados básicos da Constituição, a sua ideologia, os seus fins⁶⁷. O julgamento com base em princípios constitucionais garante uma maior unidade interpretativa no interior do sistema, ampliando a segurança jurídica, pois os princípios são *standards* valorativos que serão utilizados pelos juízes, permitindo-se, assim, a evolução do Estado Legal para o Estado Constitucional⁶⁸.

O princípio do contraditório — assim como os demais princípios constitucionais já citados —, são critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, verdadeiras disposições hierarquicamente superiores, sob o enfoque axiológico, em relação às regras infraconstitucionais. A primazia dos princípios é, portanto, impositiva, quando em conflito com normas de menor hierarquia⁶⁹.

⁶⁵ APPIO, Eduardo. *Discricionariade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36-37. Germana de Oliveira Moraes, citada por esse autor, refere que, com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se além da normatividade dos princípios, a sua hegemonia normativa em relação às regras. MORAES, Germana de Oliveira apud APPIO, op. cit., p. 39. Robert Alexy sustenta que entre princípios e regras há uma diferença gradual e qualitativa, a primeira uma *tese débil* para explicar a diferença, e a segunda, a *tese forte*. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993. p. 11, 86.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 297. Dentre as características dos princípios enunciadas por esse autor, gizam-se as seguintes: a) maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; b) a amplitude ou a maior generalidade frente às normas-regras; c) a adstrição a fins e não a meios ou à regulação de comportamentos. Ibid., p. 299-300. Nas palavras do autor: «A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente». Ibid., p. 301.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47. Para o autor italiano Vezio Crisafulli, o princípio é a norma determinante de outra ou de outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e delimitando posteriormente o preceito em direções particulares. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 65. Por sua vez, Robert Alexy sustenta que a positividade dos direitos fundamentais viabiliza uma abertura do sistema jurídico, definindo a aproximação entre o Direito e a moral, ensejando a resolução de conflitos por meios racionais. Com essa concepção, a dimensão argumentativa possibilita a compreensão do funcionamento dos direitos. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993. Já Ronald Dworkin propugna que o direito deve ser visto em sua integralidade, devendo ser concebido como um conjunto de regras, devendo ser aplicadas aquelas que sejam válidas. Para ele, nos casos difíceis (*hard cases*), os juízes não utilizam regras, e sim princípios que são aplicados de forma variável. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito: o que é o Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶⁸ APPIO, Eduardo. *Discricionariade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

⁶⁹ Leciona Juarez Freitas: «A própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, entre os quais avultando o da dignidade humana e o da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida (af abarcando todos

O contraditório, pois, é um dos direitos fundamentais consagrados sob a forma de princípio na Constituição brasileira, dotado de força normativa, decorrência que é do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁰. Constitui-se, pois, em um direito fundamental estampado sob a forma de princípio-garantia, e somente é respeitado, de forma satisfatória, acaso implementado em caráter prévio à intervenção estatal, isto enquanto regra. A prevalência ou primazia dos princípios constitucionais, desse modo, preserva a unidade do sistema jurídico, missão a ser desempenhada pelo intérprete, nas palavras de Juarez Freitas⁷¹.

De outra parte, retomando-se Peter Häberle, há uma ambivalência neste tema «Estado Constitucional e relações internacionais». Pode ser positiva essa relação, com a *exportação* de elementos positivos que constituem o Estado Constitucional ocidental (democracias, jurisdição, direitos humanos), a ponto de estruturar uma *comunidade de Estados*. Por outro lado,

os direitos fundamentais de defesa, de participação e os prestacionais positivos»). Logo adiante, assevera este autor: «[...] a existência de princípios e objetivos em face dos quais — em caso de incompatibilidades internas — devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização superior da Constituição e preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis». FREITAS, JUAREZ. *A interpretação sistemática do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56-57, 59.

⁷⁰ O contraditório está expressamente contemplado em tratados internacionais de direitos humanos (em sentido amplo) ratificados pelo Brasil, e, por esta razão, já seria de compulsória observância no âmbito interno no Brasil (eficácia normativa direta). Citam-se: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10.12.1948, a qual expressa, no Artigo VIII: «*Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*»; e no Artigo X: «*Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela*». Por sua vez, refere o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992, no Artigo 8º (Garantias Judiciais): «1. *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*». Por fim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ratificado em 24.04.1992, e internalizado por meio da publicação do Decreto nº 592, de 06.07.1992) prevê, a saber: «PREÂMBULO. Os Estados Partes do presente pacto, *Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana; [...] Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem; [...] ARTIGO 5º: 1. Nenhuma disposição do presente pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele prevista. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. [...] ARTIGO 14: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; [...] ARTIGO 16: Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

⁷¹ FREITAS, JUAREZ. *A interpretação sistemática do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. p. 59, 63-64, 69-70. Ainda, reforça esse doutrinador, os princípios possuem a característica de serem diretrizes normativas axiologicamente superiores (fonte máxima para o intérprete) e são *fundamentais* e *fundantes* do sistema jurídico. *Ibid.*, p. 2280.

também podem ocorrer retrocessos e coações, por exemplo, no campo econômico, em especial envolvendo países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Para o enfrentamento desses riscos de erosões do Estado Constitucional, a doutrina e a política devem se esforçar para apresentar alternativas de soluções, segundo Häberle⁷².

Com efeito, sinaliza Peter Häberle⁷³ para um balanço positivo nesse contexto de aspectos positivos e negativos citados, sendo perfeitamente viável a construção de um *modelo apropriado de estatalidade constitucional cooperativa*.

A cooperação entre os Estados é a única alternativa para a diminuição gradativa da distância entre países ricos e pobres, evitando-se o conflito em virtude disso. A propósito, o reconhecimento da responsabilidade social dos Estados, tanto interna quanto externamente, é o ponto central de um dos princípios de mudança na relação entre os Estados⁷⁴.

No Estatuto da Liga das Nações, de 1919, já foi feita a menção ao «fomento à cooperação entre as nações», bem como à «garantia da paz internacional e da segurança internacional», constituindo-se no objetivo da Liga das Nações⁷⁵.

Como se sabe, assim como a Liga das Nações, também as Nações Unidas representaram uma reação ao sofrimento causado pela Segunda Guerra Mundial. Porém, ao contrário do que ocorrerá no Estatuto da Liga das Nações, a cooperação entre os povos, prevista na *Carta das Nações Unidas*, não é colocada como objetivo e sim como *meio* para resolver problemas internacionais de natureza social, cultural e humanitário e para fomentar e sedimentar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 10, al. 3, Carta ONU). No art. 13, a Assembleia Geral estipula algumas incumbências, das quais se destacam: a) fomentar a cooperação internacional no âmbito político e de favorecer o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, bem como sua codificação; b) fomentar a cooperação internacional nos âmbitos da economia, do setor social, da cultura, da educação e da saúde, e contribuir para a efetivação dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua e religião⁷⁶.

Por sua vez, lembra Häberle que o art. 55 da Carta das Nações Unidas, diferentemente do Estatuto da Liga das Nações, vê a cooperação no âmbito econômico e social entre os Estados como um elemento principal da garantia da paz, devendo-se observar, por relevante, a preocupação com o respeito geral e realização dos direitos humanos, e liberdades

⁷² HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 21.

⁷³ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 23-24.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25-26.

fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. A esse desiderato de busca pela paz deve-se agregar, segundo Häberle⁷⁷, no cenário internacional, a «obrigação de cooperação».

É inegável a tendência de cooperação pelos Estados integrantes das Nações Unidas⁷⁸. Há nela uma profícua produção legislativa —codificações, declarações, resoluções para a criação de pressupostos formais— que visa à determinação de obrigações, atitudes e disposições para a cooperação internacional. Releva salientar a determinação constante no preâmbulo a Carta das Nações Unidas:

[...] nossas crenças nos direitos fundamentais da pessoa, na dignidade e valor da personalidade humana, na igualdade de tratamento entre homem e mulher, assim como entre todas as nações, ainda que grande ou pequena, devem ser novamente fortalecidas⁷⁹.

Portanto, a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais se constitui em objetivo declarado das Nações Unidas, integrados com o fito de estímulo crescente da cooperação entre os Estados que a compõem⁸⁰. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 22, dispõe que a realização dos direitos humanos depende das condições econômicas e sociais, com vistas à consolidação da cooperação internacional⁸¹. Contudo, apenas em 1976, com a entrada em vigor do pacto internacional sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas (datado de 1966), foi que a proteção internacional dos direitos humanos obteve vinculação jurídica⁸².

Há, também, a Declaração dos Princípios Fundamentais do Direito Internacional, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 24 de outubro de 1970, que estimula uma efetiva cooperação entre os Estados, em sentido positivo, colimando as relações amigáveis

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26-27.

⁷⁸ Esse mesmo compromisso de cooperação internacional, de construção da paz e de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais também está presente desde 1949 no Conselho Europeu, bem como em solo americano, quanto à proteção dos direitos humanos, na Carta da Organização dos Estados Americanos [OEA], de 1970. *Ibid.*, p. 32, 35.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 29.

⁸⁰ Peter Häberle leciona que a cooperação internacional também vem sendo incrementada no plano regional, a partir de um processo de constitucionalização do direito comunitário. Neste sentido, identifica o autor uma abdicação parcial da soberania de cada Estado em favor do «poder comunitário» da Comunidade Europeia, em conexão com a obrigação fundamental de solidariedade. *Ibid.*, p. 30-31. Como foi visto em capítulo próprio, essa abdicação de soberania é de difícil consecução em um organismo intergovernamental desprovido de supranacionalidade, como é o MERCOSUL.

⁸¹ Peter Häberle observa que, muito além da missão de manutenção da chamada *paz negativa* (no sentido de ausência de poder militar), há uma preocupação, de parte da ONU, de criação de uma infraestrutura econômica, social e cultural com fins de implantação de uma *paz positiva* por meio de uma maior justiça social, propiciando, assim, a construção de uma cooperação internacional em sentido material. HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 37.

⁸² *Ibid.*, p. 36.

no plano internacional, a despeito de suas diferenças políticas, econômicas, sociais, culturais, com vistas à garantia da paz e da segurança internacional⁸³.

Do ponto de vista prático, é verdade, essa entre-ajuda estatal, sob o enfoque econômico, nem sempre se dá com facilidade. Países industrializados muitas vezes dificultam a cooperação por meio de expedientes como o estabelecimento de protecionismo de seus produtos, de preços de mercadorias, de obstáculos para a entrada de mercadorias estrangeiras em seus territórios, e ainda não se tem pleno esclarecimento sobre a qualidade jurídica formal das declarações da ONU sobre esses países mais desenvolvidos. Apesar disso, Peter Häberle⁸⁴ vê nas declarações e resoluções da ONU que estimulam o desenvolvimento de um direito internacional social de cooperação como instrumentos essenciais para a realização dos direitos humanos de toda a população mundial.

Com efeito, a utilização cada vez maior de instrumentos multilaterais—com preferência em face de acordos bilaterais—, bem como a atuação de organismos regionais, como a Comunidade Europeia, ou o fundo de desenvolvimento das Nações Unidas, possibilita uma distribuição das prestações de ajuda mais independente dos interesses econômicos dos Estados isoladamente, diminuindo a influência negativa ou obstaculizadora que países mais fortes economicamente falando pudessem empreender em prejuízo da cooperação⁸⁵.

Por outro lado, em alguns países as constituições permitem a transferência de poder soberano a organizações e instituições supranacionais ou de Direito Internacional, com vista à integração europeia. Essas constituições documentam uma renúncia à soberania que era, até a formação da Comunidade Comum Europeia, estranha ao Direito Internacional⁸⁶. Peter Häberle⁸⁷ apregoa a construção gradativa de um Direito suprarregional de cooperação entre os Estados Constitucionais, constituído de direitos fundamentais, princípios gerais de Direito, estabelecimento de competências regionais, enfim, de tópicos que fossem comuns e concordes entre os Estados Constitucionais. E advoga que isso é possível mesmo fora da Comunidade Europeia, alcançando Estados não relacionados regionalmente, tudo para a consolidação de um «Direito Comum de Integração».

A efetivação dos direitos fundamentais, pois, é a tarefa do Estado Constitucional Democrático e Cooperativo nas suas relações externas, almejando criar na comunidade jurídica internacional uma medida mínima de realidade material e processual desses direitos.

⁸³ Ibid., p. 37-38.

⁸⁴ Ibid. p. 42.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 43.

⁸⁶ São exemplos disso a Constituição italiana, de 1947 (art. 11), a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949 (art. 24, alínea 2), a Constituição grega, de 1975 (art. 28, alínea 2). Ibid., p. 48.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 64-65.

Essa efetivação dos direitos fundamentais não se limita à existência de uma *dogmática* dos direitos fundamentais, mas também envolve outras atividades dos Estados, tais como a legislativa e a jurisdicional. Para Häberle⁸⁸, o «[...] Direito Comum de cooperação recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para «tarefas da comunidade» e tem neles um garante confiável».

Em conclusão, Peter Häberle⁸⁹ diz que o Estado Constitucional Cooperativo ainda não é um objetivo alcançado, ele está «a caminho». A seguir, são reproduzidas as suas características realçadas pelo autor: a) abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno, mas também no acento da abertura global dos direitos humanos e de sua realização cooperativa; b) potencial constitucional ativo voltado ao objetivo de realização internacional conjunta das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material; c) solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também em nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional, e.g.).

Em realidade, segundo Häberle⁹⁰, no Estado Constitucional Cooperativo o elemento *nacional-estatal* é relativizado e a *pessoa* se constitui no *ponto central* comum da atuação estatal (e inter ou supraestatal), da «realização cooperativa dos direitos fundamentais».

2.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA A AFERIÇÃO DA ILEGITIMIDADE DA INDEVIDA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O denominado princípio da proporcionalidade adquiriu grande relevância no âmbito do direito penal, vinculado às penas, visível preocupação exposta na obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare de Beccaria, em 1764. Luciano Feldens⁹¹ aponta como origem do princípio da proporcionalidade a Carta Magna de 1215, bem como relembra que no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 constou que *a lei não deve*

⁸⁸ Ibid., p. 70.

⁸⁹ Ibid., p. 70-71.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. op. cit. p. 70-71.

⁹¹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias. No campo do Direito Administrativo foi consagrado como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que a sua sedimentação e migração para o Direito Constitucional se deu a partir da formação dos Estados modernos, em especial pelos movimentos de proteção dos direitos humanos, ocorridos na Europa Continental e na América no século XVIII⁹².

Para alguns autores, proporcionalidade e razoabilidade são expressões sinônimas; para outros, são conceitos distintos⁹³. Ingo Sarlet⁹⁴ adverte que proporcionalidade e razoabilidade, a despeito de terem pontos comuns, não podem ser equiparadas conceitualmente, pois a estrutura metodológica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal como desenvolvida na Alemanha e

⁹² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 36-37. No que diz respeito à história do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, merece destaque a contribuição de Fábio de Oliveira. Esse autor sustenta que a sua origem estaria em Aristóteles (quando já apregoava que *o proporcional é o meio-termo, e o justo é o proporcional*), sendo que no sistema da *common law* teve sua raiz na Magna Carta inglesa de 1215. Todavia, adverte que o princípio ganhou diferentes contornos entre a *common law* americana e inglesa, pois na primeira sempre foi marcante a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juízes e tribunais, enquanto que, para os ingleses, teve preponderância a vontade do legislativo por meio das leis que são fruto da vontade da maioria parlamentar. Na Europa ocidental, com o nome de proporcionalidade, a ideia do princípio surgiu ligada à *teoria do desvio de poder*, por obra do Conselho de Estado da França, na esfera administrativa. A partir daí, o critério da proporcionalidade chega para ser bem recebido em outros países, de acordo com as peculiaridades de cada um, tendo tido acolhida e desenvolvimento na Áustria, Itália, Espanha, Portugal e na Alemanha. A Alemanha ocidental, e.g., desempenhou papel de destaque na constitucionalização do princípio, tanto por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional, quanto da forte produção doutrinária, com base na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, a qual reconheceu normativamente o paradigma da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ganhou emprego na aferição da discricionariedade legislativa com fulcro na teoria que o vincula diretamente aos direitos fundamentais, passando a ser considerado um autêntico direito fundamental. Assim, na Alemanha, o princípio da proporcionalidade recebe sede constitucional na previsão do Estado de direito (art. 20, 1 e 3; art. 28, 1, entre outros, da LF) como resultante da proteção ou execução dos direitos fundamentais (art. 2º, da LF, e.g.). OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 81-88.

⁹³ Em caráter de esclarecimento, a propósito, frisa-se que é adotado o entendimento de que as expressões *proporcionalidade e razoabilidade* são sinônimas para a identificação do princípio em comento, como o fazem MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 42 et seq.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997. p. 175 et seq.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142. Todavia, há autores que defendem que tais expressões são distintas conceitualmente, dentre eles GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001. p. 69; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101-103, 121; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91 et seq. Esse último autor, a título de ilustração, apregoa quanto à distinção: «É possível distinguir razoabilidade de proporcionalidade. [...] A razoabilidade abarca a proporcionalidade, mas nela não se esgota, porque tem um espectro normativo para além da relação entre *motivo, meio e fim*. Dito de outra maneira: a razoabilidade não se atém apenas ao controle da validade dos atos estatais (sejam ou não restritivos de direitos fundamentais)». *Ibid.*, p. 97. Igualmente entende que há distinção conceitual: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214. Também em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 159 et seq.

amplamente recepcionada, não se confunde com o raciocínio utilizado quando da aplicação da razoabilidade.

Propugna-se a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de interpretação constitucional⁹⁵, e, por força de seu manejo, viabilizar a proteção dos direitos fundamentais.

Foi na Alemanha, a propósito, que o princípio da proporcionalidade ganhou terreno para se desenvolver, partindo do Direito Administrativo para o Direito Constitucional⁹⁶, sendo construído a partir de inúmeras decisões judiciais que reconheceram que o legislador não se deve exceder na restrição aos direitos fundamentais, a título de exemplificação.

A Constituição alemã de 1949, no firme afã de tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, assentou em seu art. 1º, o caráter vinculante destes direitos para os poderes do Estado, e em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações. O Tribunal Constitucional Alemão, assimilando tal preocupação estampada na Constituição alemã, erigiu a proteção e controle às restrições legislativas aos direitos fundamentais no que alude aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva em exame (proporcionalidade em sentido estrito)⁹⁷.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes⁹⁸:

No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de

⁹⁵ Nesse sentido, a lição de Ingo Sarlet. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 212. Com uma abordagem acerca da aplicação hermenêutica do princípio da proporcionalidade em casos concretos e daí a densificação de seu conteúdo e expansão de sua abrangência, vide MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 143-144.

⁹⁶ Ingo Sarlet indica o direito administrativo prussiano como tendo sido a origem do princípio da proporcionalidade, aduzindo que tem em sua essência a noção de controle dos atos do Poder Público, com a característica de coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos; tendo evoluído, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo das decisões judiciais. Esta evolução, combinando as noções de proporcionalidade e de razoabilidade, acabou por habilitar as pessoas a contestar determinados atos do Estado ofensivos ou restritivos de seus direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212. Luciano Feldens, por sua vez, aponta a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [BVerfGE 19, 342 (348)], de 1965, como sendo a pioneira na aceitação da estatura jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

⁹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 46. Vide, igualmente, sobre a temática: FELDENS, op. cit., p. 82-90. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43.

Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso⁹⁹ refere que o princípio da razoabilidade teve sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, originário, este, da Magna Carta de 1215. Por isso, relevante a lembrança de que o princípio do devido processo legal foi marcado pela fase inicial *processual*, e uma segunda fase *material*, sendo que esta se tornou importante instrumento de defesa dos direitos individuais, permitindo o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. A fase processual representava uma garantia voltada à regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía principalmente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo o direito a ter um advogado e o acesso à justiça para as pessoas. Por meio da fase substancial ou material do princípio do *due process of law*, abriu-se espaço para o controle do mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Desse modo, a cláusula do devido processo legal permite a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

Conforme ressaltou Suzana de Toledo Barros¹⁰⁰, o controle de razoabilidade das leis mediante um parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, irradiando-se mais recentemente ao Brasil, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais.

A título de informação, na Itália, o controle da constitucionalidade das leis foi introduzido, de forma explícita, em 1948, porém somente em 1953 foi regulamentado. Segundo Suzana de Toledo Barros¹⁰¹, a proteção dos direitos fundamentais na justiça italiana processa-se na via ordinária e o controle de constitucionalidade das leis que devam ser aplicadas a um determinado caso é alcançado por um procedimento incidental, produzido por uma *ordenanza de reenvio*, o que significa que o juiz *a quo* ordena a remessa dos autos ao Tribunal Constitucional para a solução da questão prejudicial, ao mesmo tempo em que suspende o

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 219-220. Vide, sobre o tema, igualmente, OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

¹⁰⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 48.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 49.

curso do processo. O impedimento do Tribunal Constitucional de examinar o poder discricionário do legislador foi desde logo atenuada pela recepção da doutrina constitucional alemã pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos do qual a Itália é signatária.

Como se sabe, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão foi de grande significado no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Em julgado de 1971, restou definido que:

[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental¹⁰².

Comenta Luís Roberto Barroso¹⁰³ que essa decisão indicou a presença de outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade, conhecido como *princípio da menor ingerência possível*, também conhecida pela expressão *proibição de excesso*.

Na Espanha, por sua vez, a recepção do Direito Constitucional alemão é mais recente, em face da longa ditadura de Franco (1936 a 1975). O princípio da proporcionalidade foi construído e positivado, durante a ditadura de Franco, no Direito Administrativo espanhol, como limitação à intervenção administrativa sobre as esferas jurídico-privadas. Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, e.g., viabilizou-se com a promulgação da Constituição de 1978, a qual previu um sólido sistema de proteção aos direitos fundamentais, deixando expresso o seu caráter vinculante e a necessidade que a respectiva legislação regulamentadora respeite o seu conteúdo essencial. Como leciona Suzana de Toledo Barros¹⁰⁴, a falta de positivação do princípio da proporcionalidade na Espanha não foi empecilho para o seu reconhecimento de parte do Poder Judiciário no controle de eventuais excessos do legislador, dada a forte influência doutrinária alemã naquele país, bem como em face da incidência do Convênio Europeu de Direitos Humanos, considerado como norma integrativa da Constituição, sendo que os arestos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos são, em grande medida, assimilados pela jurisprudência daquele país.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 227.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 227-228. A decisão é mencionada pelo autor: BVerfGE, 30, 292 (316).

¹⁰⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 52.

Modernamente, entende-se que o Poder Judiciário, ao realizar a necessária ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, deve proceder caso a caso, no propósito de valorar em que medida uma liberdade deve ceder passo à outra. Nesse contexto, deve estar sempre presente, para o órgão julgador, o requisito da proporcionalidade¹⁰⁵.

Como visto, um dos enfoques estruturais do Estado Constitucional de Direito é a limitação do poder estatal, sendo que as intervenções no âmbito dos direitos fundamentais são com ele compatíveis quando ocorrerem de maneira moderada e não violarem o «núcleo essencial» dos direitos restringidos, de modo injustificado. Esse é, na visão de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰⁶, o conteúdo substantivo do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, segundo o qual somente as restrições «adequadas», «necessárias», e «justificadas» são compatíveis com a Constituição.

Comunga-se com a doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰⁷, no sentido de que tal princípio possui natureza (além de formal, também) *material*. Portanto, integra e compõe a essência do Estado Constitucional e é parâmetro para a «afecção da própria constitucionalidade material dos atos estatais».

Luciano Feldens¹⁰⁸ indica que na doutrina e jurisprudência alemãs, a proporcionalidade é tida como *princípio inerente ao Estado de Direito*, consubstanciando-se em uma das *garantias básicas* que devem ser observadas em todo caso onde estejam periclitando direitos e liberdades fundamentais, qualificando-se, deste modo, como máxima constitucional. No Brasil, recorda o autor, o Supremo Tribunal Federal inclina-se por conceber a proporcionalidade como postulado constitucional que encontra a sua raiz material no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em sua perspectiva substancial.

Como muito bem asseverou Gilmar Mendes¹⁰⁹,

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona

¹⁰⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 87. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143-144.

¹⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 29-30. Também neste sentido, ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 143.

¹⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. op. cit. p. 30-31. Paulo Bonavides chega a elevar o princípio da proporcionalidade ao patamar de um *princípio geral de direito*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 364.

¹⁰⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

É possível visualizar o princípio da proporcionalidade, pois a partir de um duplice enfoque, tanto como um critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. Da noção de proteção e defesa, o princípio também avançou para a correção de omissões relevantes do Estado, correspondendo tanto à função de proibição de excesso quanto da de proibição da proteção suficiente, ambas com inegável relevância jurídico-social¹¹⁰.

Em realidade, não se pretende aqui, esgotar a análise sobre o princípio da proporcionalidade, mas tão somente, reconhecer nele uma importante ferramenta para a identificação da ilegitimidade de toda a restrição abusiva ou indevida na esfera dos direitos fundamentais da pessoa, de modo desequilibrado, imoderado, desnecessário, desmedido, ferramenta de grande utilidade a ser manejada pelo Poder Judiciário, em todas as suas instâncias.

Os direitos fundamentais, quanto à forma de seu exercício, podem entrar em conflito. Portanto, cabe ao Poder Judiciário não somente a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a solução do conflito entre eles, muitas vezes optando por uns em detrimento de outros, diante do caso concreto. A dirimência desse conflito se constitui em um dos modernos papéis exercidos pelo Judiciário na sociedade pós-moderna.

Basta que se coloquem tais direitos, lado a lado, para se concluir que pode haver conflito entre ambos, de modo que tais direitos não poderão ser compreendidos como absolutos, nem será suficiente delimitar seu âmbito de proteção. Trata-se de normas de direitos fundamentais diferentes, atribuídos a titulares diversos, que podem colidir na aplicação¹¹¹.

Os conflitos se explicam, em boa medida, pelo reflexo no texto constitucional, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e se harmonizar em uma sociedade plural. A coexistência dessas pretensões acarreta, portanto, colisões entre diferentes comandos constitucionais, embora imbuídos de igual hierarquia¹¹². Diante disso, importante a compreensão dos limites.

¹¹⁰ Vide em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 17, p. 70, 1999.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, p. 6, jan./mar. 2007.

A noção de limites dos direitos fundamentais não pode soar estranha, nem se restringe às hipóteses de restrições expressamente previstas e delimitadas no texto constitucional. Como sustenta Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho¹¹³, quando a Constituição habilita o legislador a limitar um direito fundamental, deve-se entender que não o faz somente para proteger o bem a que alude, mas também para impor outras limitações, desde que justificadas pela proteção dos demais direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente reconhecidos.

O risco dessa concepção, no entanto, é o de se admitir uma «[...] pura ponderação entre valores ou princípios opostos, baseada em critérios verdadeiramente decisionistas»¹¹⁴. Que a solução de conflitos entre direitos fundamentais depende de uma ponderação entre os interesses em choque parece ser consenso. Há que se estabelecer, porém, um esquema metodológico que permita evitar atribuição arbitrária de maior ou menor valor a um dos direitos em tensão.

A superação dessa insegurança se pode obter através de uma jurisprudência constitucional orientada racionalmente pela máxima da proporcionalidade¹¹⁵.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho¹¹⁶, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar este fim deve buscar uma indelével conexão material de meios e fins.

O chamado princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios ou momentos metodológicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁷.

Inicialmente, verificando o pressuposto da adequação, deve o intérprete aferir, se a medida questionada representa o meio certo para a realização de um fim. Examina-se a conformidade ou validade do fim, verificando-se se a medida é suscetível de atingi-lo¹¹⁸. O

¹¹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 26.

¹¹⁴ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 176.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 325.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 488.

¹¹⁷ Esses três subprincípios, enquanto classificação, derivados do princípio da proporcionalidade, encontram acolhida doutrinária, como se observa, e.g., na obra de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97 et seq. Vide, igualmente, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 396-397. Vide, igualmente, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82.

pressuposto da adequação exige, pois, que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos¹¹⁹.

O segundo passo metodológico ou pressuposto a examinar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, é o da necessidade, amparado na inexistência de meio mais ameno, menos interventor¹²⁰. De acordo com a exigência da necessidade, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão¹²¹.

Finalmente, há que se perquirir sobre a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada razoabilidade. Mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional¹²². Por razoável deve-se entender tudo aquilo que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia¹²³; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum¹²⁴; aos valores vigentes em dado momento ou lugar¹²⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito traduz-se na justa medida¹²⁶. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos¹²⁷. Exigir-se-á, pois, que o sacrifício imposto a um dos direitos fundamentais possa ser compreendido como medida ponderada, equilibrada, temperada pelo bom senso¹²⁸.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, assim, deve servir de critério prático para resolução de casos de colisão entre normas de natureza constitucional; de acordo com o princípio da proporcionalidade, que deve regular a ponderação entre interesses quando conflitarem, quanto maior for a intensidade da compressão dos direitos fundamentais em

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 43.

¹²⁰ WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 133. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 397.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXI (Separata), p. 365, 2005.

¹²³ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 485.

¹²⁴ QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. p. 122.

¹²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d. p. 90.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 457. FELDENS, op. cit., p. 85.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 44.

¹²⁸ Assevera Willis Santiago Guerra Filho que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que acarrete superarem as desvantagens. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989. p. 75.

presença, tanto maior deverá ser o peso das razões de interesse público mobilizadas para a sua justificação¹²⁹.

Com efeito, com enorme utilidade na presença de casos concretos, mediante indispensável ponderação entre o interesse público e o privado, norteadas sempre pelo princípio da proporcionalidade em seus três diferentes momentos, sendo este princípio de inegável relevo no cenário do processo penal e das decisões nele proferidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos institutos jurídicos trabalhados no texto, colimou-se agregar alguns subsídios teóricos no afã de incrementar a necessária intensificação de interação entre os direitos fundamentais e o processo penal.

A afirmação dos direitos fundamentais, dentre eles figurando o princípio-garantia do contraditório, significa a própria redescoberta cotidiana da *legitimidade* da intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais, no palco do processo penal. Tal legitimidade é impositiva em face da democracia, bem como consolida a existência do Estado Constitucional de perfil cooperativo.

O princípio da proporcionalidade se constitui, por certo, significativo instrumento para a salvaguarda dos direitos fundamentais do réu no processo criminal.

A atenta preservação dos direitos humanos internacionais e dos direitos fundamentais no seio do processo penal enaltece, pois, o princípio democrático, e afasta o exercício do poder estatal em face das pessoas do estigma do *arbitrio*, antítese da noção de *limitação* que caracteriza o Estado Constitucional de Direito desde o seu surgimento, e a qual nunca deve ser olvidada.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 17, 1999.

Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

- APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- COHEN, Joshua. *Procedure and substance in deliberative democracy*. BENHABIB, Sylva (Org.) *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Giuffré, 1952.
- DEWEY, John. *Democracia criativa: a tarefa diante de nós* (1939). In: FRANCO, Augusto de; Progrebinschi, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa*. Escritos escolhidos de John Dewey. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito: o que é o Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del más debil*. Madri: Trotta, 1999.

- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El principio del contradictorio y la igualdad ante la ley*. In: *Constitución y proceso civil en latinoamérica*. (Capítulo 5, p. 63, 64). [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/672/6.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.
- FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 324, jun. 1995.
- _____. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Reflexiones sobre los principios rectores del Proceso Penal*. In: AAVV. XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cap. 4, p. 344) . [en línea]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/22.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2012.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2003.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- MOLINARO, Carlos A. *Direito Ambiental e proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXI (Separata), 2005.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

