

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO: CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTAL RIGHTS IN POSTMODERN CONSTITUTIONALISM: CRITERIA FOR INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL NORMS

Luana Caroline da Silva Chaves^A

<https://orcid.org/0009-0008-2537-0397>

Airto Chaves Junior^B

<https://orcid.org/0000-0003-3016-5618>

^A Mestranda em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali. Bolsista CAPES.

^B Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado.

Correspondência: lucarolinedasilva@hotmail.com; oduno@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2025.83733>

Artigo submetido em 22/04/2024 e aceito para publicação em 25/09/2025

Resumo: O presente artigo tem por objetivo geral realizar um estudo da evolução da norma que expressa Direitos Fundamentais no Constitucionalismo pós-moderno, em especial, do período pós-guerra, e a interpretação que deve ser dispensada a essa estrutura normativa. Os objetivos específicos são: a) compreender a quebra paradigmática do Estado Legal pelo Estado Constitucional, modelo em que a Constituição passa a ser o elemento de estabilização e subordinação do Estado, tanto no campo político quanto jurídico; b) analisar cada critério de interpretação da norma constitucional que trata de direitos fundamentais a partir da constitucionalização do ordenamento jurídico; c) verificar se a estrutura jurídica fundada na

Democracia Constitucional jurídica permite que determinado Estado tutele Direitos Fundamentais de forma absoluta. O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; no tratamento dos dados, emprega-se o método cartesiano; para verificação dos resultados, vale-se da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional. Ao final, constata-se que é equivocada a ideia de que não existem direitos absolutos. Num Estado Nacional ordenado sob o prisma de uma Democracia Constitucional, há determinados direitos fundamentais que não estão submetidos ao voto (esfera do indecível). No âmbito normativo, esses direitos, no entanto, expressam-se na forma de regras, e não de princípios, pois os princípios sempre estão sujeitos à ponderação (teorema da colisão).

Palavras-chave: Democracia Constitucional; Constitucionalismo; Direitos Fundamentais; Critérios de Interpretação da Norma; Direitos.

Abstract: The general objective of this article is to carry out a study of the evolution of the norm that expresses Fundamental Rights in post-modern Constitutionalism, especially in the post-war period, and the interpretation that should be given to this normative structure. The specific objectives are: a) to understand the paradigmatic break from the Legal State to the Constitutional State, a model in which the Constitution becomes the element of stabilization and subordination of the State, both in the political and legal fields; b) analyze each criterion for interpreting the constitutional norm that deals with fundamental rights based on the constitutionalization of the legal system; c) verify whether the legal structure founded on legal Constitutional Democracy allows a given State to protect Fundamental Rights in an absolute manner. . The inductive method is used in the investigation and production of the research report; when processing data, the Cartesian method is used; to verify the results, inductive logic is used. As for the methodology, the research uses, based on bibliographical research, the techniques of the referent, the category and the operational concept. In the end, it turns out that the idea that there are no absolute rights is mistaken. In a National State ordered under the prism of a Constitutional Democracy, there are certain fundamental rights that are

not subject to voting (sphere of the undecidable). At the normative level, these rights, however, are expressed in the form of rules, and not principles, as principles are always subject to consideration (collision theorem).

Keywords: Constitutional Democracy; Constitutionalism; Fundamental rights; Standard Interpretation Criteria; Rights.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa que aqui se inicia objetiva desenvolver um estudo da evolução dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo pós-moderno e a interpretação que deve ser dispensada a essa estrutura normativa.

Para tanto, iniciar-se-á com a abordagem da superação do Estado Legal pelo Estado Constitucional, modelo em que a Constituição passa a ser o elemento de estabilização e subordinação do Estado. A superação de que trata o estudo é diagnosticada por uma série de características bem definidas, tanto no campo político quanto no campo jurídico.

Neste caso, o estudo será direcionado a algumas dessas peculiaridades, em especial, à alteração da teoria das fontes (normas constitucionais na forma de regras e princípios), ao catálogo de direitos fundamentais nas Constituições que atendem a esse novo modelo, à rigidez constitucional e ao agigantamento da jurisdição constitucional¹, sobretudo, no controle de constitucionalidade de leis.

Na sequência, avaliar-se-ão os critérios de interpretação da norma constitucional que trata de direitos fundamentais a partir da constitucionalização do ordenamento jurídico. Essa avaliação será construída com base no modelo de regras e princípios e no confronto

¹ O fenômeno indica a expansão das atribuições do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das leis, tendo como referência a Constituição.

normativo que aqui pode ser ocasionado: a) entre regras; b) entre princípios; c) entre regras e princípios.

A pesquisa se justifica na medida em que os princípios e regras que tratam de direitos fundamentais, bem como o ideal modelo de interpretação a que eles devem estar submetidos, são alvo de extremo debate no meio acadêmico, bem como nos tribunais de todo o país. Além disso, sob o prisma da Democracia Constitucional, faz-se necessário superar o jargão “não há direitos absolutos”, pois, se tudo é relativo, não faz qualquer sentido estruturar a norma na forma de regras e princípios.

O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; no tratamento dos dados, emprega-se o método cartesiano; para verificação dos resultados, vale-se da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional.²

2. O CONSTITUCIONALISMO COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO

O Constitucionalismo é hoje a orientação prevalente na teoria e na filosofia do direito. Após a Segunda Guerra Mundial, firmou-se essa profunda inovação na estrutura dos ordenamentos jurídicos da Europa Continental, caracterizada, sobretudo, pela introdução de constituições rígidas supraordenadas a legislação ordinária e sustentadas pelo controle jurisdicional de constitucionalidade.³ Isso se deu, especialmente, em razão das consideráveis alterações ocorridas no imaginário coletivo e na cultura jurídica e política. Tanto que, se for possível assinalar o momento temporal determinante dessa quebra paradigmática, pode-se fazê-lo no ano de 1945, ou então, no período posterior à derrocada do nazismo e do fascismo na Europa.⁴ Por consequência, a singularidade trazida por esse constitucionalismo do período

² Conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 28.

pós-guerra compreendeu uma nova cultura jurídica,⁵ expressa a partir da proclamação de Tratados e Convenções Internacionais que versavam sobre Direitos Humanos.⁶

É bem verdade que antes desse período já existiam textos com mandamentos a nível constitucional substantivos desde o início do século XX, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição da Alemanha (Weimar) de 1919.⁷ Neste momento histórico, já havia discursos de liberdade e que buscavam a afirmação desses direitos. Porém, esse novo constitucionalismo democrático nascido das ruínas da Segunda Guerra Mundial comporta características bem definidas e que norteiam, de forma verdadeiramente substancial, todo o ordenamento jurídico daquele país.

Até então, vigorava o chamado Estado Legal ou “Estado Legislativo”, em que o princípio da legalidade era consagrado como o elemento de sustentação e estabilização jurídica e política do Estado. Conforme Ferrajoli⁸, a lei era a única fonte (onipotente) do direito, pois era concebida como produto da vontade do soberano ou então, legitimada como expressão da maioria do parlamento.

A partir dos anos 50 e 60 do século passado, essa compreensão paradigmática passou a sofrer importantes alterações, especialmente, pela superação do Estado Legal pelo Estado Constitucional, modelo em que a Constituição passa a ser o elemento de estabilização e subordinação do Estado, tanto no campo político quanto jurídico.⁹ Anota Riccardo Guastini¹⁰ que, neste período, inaugura-se um modelo jurídico impregnado pelas normas constitucionais e verdadeiramente constitucionalizado e caracterizado por Constituições extremamente invasivas, capazes de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a forma de

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. p. 213.

⁶ Pode-se anotar como exemplos a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. In: FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 28.

⁷ CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Varios autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010, p. 158.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 30.

⁹ Ver ZAGREBELSKY, G. **El derecho ductil**: Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

¹⁰ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

doutrinar o direito, a ação dos atores políticos, bem como as relações sociais. Há, então, um reconhecimento de que a Constituição é norma suprema, à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas.¹¹

Essa subordinação está vinculada, especialmente, àquilo que se chama de rigidez constitucional: para que seu conteúdo possa vincular o restante do ordenamento jurídico, faz-se necessário que a Constituição não possa ser alterada por meios ordinários. Assim, as normas constitucionais não podem ser revogadas ou modificadas senão, mediante um procedimento especial de revisão constitucional, muito mais complexo que os procedimentos de produção de leis ordinárias.¹² E isso acaba sujeitando todos os poderes, inclusive o poder legislativo. Para Ferrajoli¹³, a rigidez constitucional constitui o reconhecimento de que as constituições são normas supraordenadas em relação à legislação ordinária. Isso porque preveem: a) procedimentos especiais para sua reforma; b) controle jurisdicional de constitucionalidade de leis por parte dos Tribunais Constitucionais. Definitivamente, portanto, a rigidez constitucional reforça a superação do Estado Legal, em que a lei era a única fonte do direito, pelo Estado Constitucional. Agora, a Constituição é a fonte suprema à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas.

Mas, o que teria motivado essas transformações? Conforme Ana Paula de Barcellos¹⁴, é possível apontar causas diversas, ainda que sejam elas interligadas. No plano constitucional, cartas compromissórias refletem, de forma nítida ou distorcida, sociedades plurais. A consagração em um mesmo texto de opções e interesses políticos diversos, e até mesmo de direitos que em vários de seus desenvolvimentos poderão se chocar reciprocamente, exigirá do intérprete um esforço todo especial. Também, as técnicas em que foram prescritas essas normas (rigidez) lhes definem os contornos e mantêm a unidade da Constituição.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 30.

¹² GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 50.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 29-30.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

Por isso, as Constituições nascidas a partir desse novo modelo contêm amplos catálogos de direitos fundamentais.¹⁵ Neste caso, por se tratar de cláusulas pétreas, essa relação de direitos trazidos no bojo das Constituições não pode ser objeto de supressão ou mesmo de redução, em hipótese alguma. É que a legislação é função sobre matéria *que se vota* enquanto a justiça constitucional é função sobre matéria que não se vota, porque é *res publica*. A função da Corte Constitucional é inerente à forma republicana de Estado e não à democracia. Assim, os direitos fundamentais não podem ser submetidos ao voto, pois não dependem do êxito dessa votação.¹⁶ Em síntese, os direitos fundamentais se encontram dentro daquilo que se pode chamar de “esfera do indecível”. Conforme Ferrajoli¹⁷, “é o que nenhuma maioria pode validamente decidir, ou seja, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade (...)”¹⁸.

Dentro desta perspectiva, os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente aparecem como um complexo normativo de hierarquia superior no conjunto jurídico geral e, até mesmo, ao sistema jurídico-constitucional em particular.¹⁹ Mas, o que (e quais) seriam os Direitos Fundamentais?

Em primeiro lugar, pode-se dizer que os direitos fundamentais se referem aos direitos decorrentes da própria natureza do homem. Por isso, Peces-Barba²⁰ registra que eles possuem uma raiz moral que se conhece através do estudo da fundamentação destes direitos. Apesar disso, para que sejam eficazes na vida social, devem pertencer ao ordenamento jurídico (ser positivados, portanto), pois é por meio da previsão legal que os direitos fundamentais

¹⁵ Exemplos dessas Constituições são trazidos por Miguel Carbonell: a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Brasileira de 1988, a Colombiana, de 1991, a Constituição da Venezuela de 1999 e a Constituição Equatoriana de 2008. In: CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Vários autores). *Neoconstitucionalismo: teoría y práctica*. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010, p. 154.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. CARBONELL, Miguel (ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 101.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

¹⁸ Compreensão idêntica pode ser extraída de outro texto do autor: FERRAJOLI, Luigi. La esfera del indecible y la división de poderes, Traducción de Miguel Carbonell. In: **Estudios Constitucionales**, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, p. 337-343.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

²⁰ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 104-105.

realizam sua função. Tanto que, sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. Lembra Lynn Hunt²¹, que esses direitos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos fundamentais num estado de natureza; são os direitos fundamentais em sociedade. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (ainda que sejam chamados de "sagrados"), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm. A positivação, então, é a possibilidade de ser uma norma seguida de sua perspectiva garantia. Bem anota Alexy²² que, "sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito".

Aliás, as Constituições contemporâneas costumam primar por esta estrutura: previsão de um rol de direitos fundamentais e previsão, também, de instrumentos que servem para garantir a sua efetiva aplicabilidade. Em termos operacionais e processuais, conforme Canotilho²³, isso se dá porque as declarações em favor dos direitos fundamentais pelo texto constitucional dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas próprias funções executivas.

Em segundo lugar, tem-se que os direitos fundamentais devem ser universais, indisponíveis e inalienáveis, aplicáveis indistintamente a todas as pessoas²⁴. Atingem (ou devem atingir), portanto, todos os homens, independentemente da origem, classe social ou econômica a que pertençam.²⁵

²¹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 42.

²⁵ Questão perturbadora e que não pode escapar ao debate é que tudo isso teve origem no primeiro rascunho da Declaração da Independência, preparado em meados de junho de 1776 por Thomas Jefferson, quando escreveu: "Consideramos que estas verdades são sagradas e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes, que dessa criação igual derivam direitos inerentes e inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade". Jefferson era um senhor de escravos e ainda assim, com extrema confiança, declarava no final do século XVIII que os direitos são universais vieram a demonstrar que tinham algo muito menos inclusivo em mente. Não é de se surpreender que ele considerasse que as crianças, os insanos, os prisioneiros ou os estrangeiros e os incapazes, indignos de plena participação no processo político. Mas Jefferson também deixava de lado aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos, as minorias religiosas e, sempre e por toda parte, as mulheres. Importa que, se pudéssemos compreender como

Mas quais seriam os critérios para se considerar um direito, direito fundamental? Ferrajoli²⁶ se utiliza de três especificidades para debater a questão: a) o primeiro critério é verificá-lo entre os direitos humanos instituídos no preâmbulo da Declaração Universal de 1948; b) o segundo critério relevante para o tema é a íntima relação entre direitos e a igualdade. Os direitos fundamentais estão indissolúvelmente atrelados à igualdade²⁷: primeiro, quanto à igualdade aos direitos de liberdade que buscam garantir igual valor a todas as diferenças pessoais (de nacionalidade, de sexo, de religião, de opiniões políticas, de condições sociais; segundo, quanto à igualdade dos direitos sociais, que buscam garantir a redução das desigualdades no plano econômico e social;²⁸ c) o terceiro e último critério levantado pelo autor é o papel dos direitos fundamentais como leis dos mais vulneráveis. Exemplos disso são o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; o direito a imunidade e liberdade, contra o arbítrio de quem é mais poderoso politicamente; os direitos sociais, que se caracterizam como direitos de sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

Ferrajoli²⁹ parte de um aporte compreensivo chamado de constitucionalismo juspositivista ou constitucionalismo jurídico, ou ainda, Estado Constitucional de Direito para designar, em oposição ao “Estado Legal” ou “Estado Legislativo de Direito”, o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais. Dentro desta perspectiva

isso veio a acontecer, compreenderíamos melhor o que os direitos humanos significam para nós hoje em dia. Consultar: HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.16-17.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 43-57.

²⁷ Conforme anotou John Rawls na obra “Uma Teoria da Justiça”, publicado em 1971, “Cada pessoa terá igual direito a mais extensa liberdade básica compatível com semelhante liberdade para as outras (...)”. Conforme ele, “A liberdade, pode alguém argumentar, é um insumo da política democrática moderna. Pode ser, mas é também um produto da máquina política e esse resultado (...) é impensável sem condições mínimas de igualdade”. A ideia foi explicitada a partir da construção de uma justiça com equidade. RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge (MA), The Belknap Press, 1971, p. 60. Extraído de: KUNTZ, Rolf. A descoberta da igualdade como condição de justiça. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159/152.

²⁸ Vale aqui anotar os registros do Professor da Universidade de Barcelona, Geraldo Pisarello. Conforme ele, não existe democracia sem os Direitos Sociais. A democracia não pode ser reduzida a um conceito dos “direitos de liberdade”. Veja-se, por exemplo, que na construção dessas teorias, nem todos tinham liberdade nem mesmo de votar. Assim, não há como exercer a liberdade sem que estejam garantidos os direitos sociais. Ver: PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Moraes da Rosa (et al); FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

constitucional, os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais devem orientar a produção do direito positivo, o qual está substancialmente submetido ao controle de constitucionalidade. Neste caso, conforme o autor³⁰, os princípios ético-políticos introduzidos nas constituições e avaliados a partir de uma ponderação (e não de subsunção, como se faz com as regras) restauram a conexão pré-moderna entre direito e moral e estabelecem um “ponto final” na separação dessas duas esferas produzidas pelo direito moderno, com a afirmação do paradigma positivista.

Peces-Barba³¹, por sua vez, destaca outros elementos que permitem definir o que seriam direitos fundamentais. Para ele, inicialmente, são uma pretensão moral justificada, fundamentada nas ideias de liberdade e de igualdade que, com o passar dos tempos, foram somando as ideias de solidariedade, segurança jurídica e tiveram aportes da filosofia e da política liberal, democrática e socialista. Pretensões morais, neste caso, seriam as pretensões cujo conteúdo pode ser generalizado, aplicado a todos de forma igualitária. Além disso, constituem um subsistema dentro do sistema jurídico. Tanto que é possível que se estude o ramo “Direito dos Direitos Fundamentais”. Por último, os direitos fundamentais são uma realidade social. São eles, a todo tempo, influenciados pelas condições sociais, econômicas, políticas e culturais. Assim, para a compreensão dos fundamentos e das funções dos direitos fundamentais, não há que se levar em conta apenas moral e norma, mas também o meio em que estas normas são ou podem ser aplicadas.

Quanto à forma, esses direitos podem aparecer no plano constitucional como regras ou princípios (norma que trata de direitos fundamentais = regra e/ou princípio). E o que isso quer dizer? Apesar da rigidez constitucional, característica enraizada no modelo contemporâneo, há ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da existência de direitos fundamentais em forma de princípios constitucionais, expressamente formulados ou ainda, meramente implícitos. Conforme anota Guastini³², ainda que não previstos de forma taxativa,

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p.10.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109.

³² GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 51.

não podem ser suprimidos, revogados ou ignorados, nem mesmo por meio de revisão constitucional. Pretende-se, com isso, uma constitucionalização mais acentuada nesses ordenamentos.

Alexy³³, por exemplo, coloca que as normas de direitos fundamentais são normas jurídicas com certas características peculiares, pois se mostram por meio de disposições constitucionais e possuem uma estrutura particular que se expressam em regras, princípios e valores. E isso se revela a partir de duas construções principais dos direitos fundamentais para Constituições que prevejam a possibilidade do controle de constitucionalidade: “uma é estreita e estrita (*narrow and strict*); outra é ampla e extensa (*broad and comprehensive*). A primeira pode ser denominada construção de regra, a segunda construção de princípio”³⁴.

Isso porque, se o modelo que trata de direitos fundamentais estiver construído somente por regras, restringe-se ele a um sistema fechado e que, por consequência, deve disciplinar exaustivamente todas as situações imagináveis. Do mesmo modo, um sistema fechado acaba por servir de obstáculo para que outras situações não ali regulamentadas possam ser objeto de análise ou consideradas para efeitos de direitos. De outra parte, diante de sua complexidade, um sistema regido apenas por princípios causaria uma indeterminação tamanha que dificultaria em muito a segurança jurídica. Neste norte, Canotilho³⁵ anota que o modelo adequado para discutir a aplicação-concretização de normas consagradoras de direitos fundamentais é um modelo combinado de regras/princípios³⁶, mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios. Essa prevalência resulta da eventual colisão

³³ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52-53.

³⁴ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

³⁶Anota-se que, por vezes, a forma padrão que uma norma se apresenta nem sempre deixa claro se é ela regra ou princípio e isso pode contribuir com a dificuldade de se interpretar determinado dispositivo. Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” contribuem para isso. Quanto uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam (a própria) regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio, mas não chega a transformar a regra em princípio pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-46.

interpretativa entre uma regra (tida como um mandamento definitivo) e um princípio (posição a ser ponderada, *prima facie*).

A distinção é das mais relevantes para a prática do direito, sobretudo, em âmbito constitucional, pois tem como base a estrutura normativo-material dos preceitos constitucionais, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação,³⁷ conforme se mostrará na sequência.

3. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA QUE TRATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos são normas substanciais sobre a produção normativa. Essa premissa é sustentada por dois motivos expostos por Ferrajoli³⁸. Primeiro, porque são “normas” em si mesmas, às quais é imediatamente atribuído a elas um caráter geral e abstrato a seus titulares. Depois, porque são normas substanciais sobre a produção de outras normas, no sentido de disciplinarem não a forma, mas o sentido, ou seja, a substância das normas produzidas (o que pode ser ou não ser decidido).

Porém, não se pode olvidar que os direitos fundamentais estão inseridos em um contexto de atrito histórico que, por vezes, limita a própria absorção de seus conceitos às possibilidades de suas manifestações empíricas. Dado o antagonismo de alguns preceitos, a depender da forma como se manifestam no plano constitucional, são ponderados, tudo para que se encontre um equilíbrio entre a possibilidade de extensão real dos direitos e sua limitação recíproca.³⁹ E isso suscita uma importante questão: a interpretação a ser adotada, a depender da natureza das normas em que consistem os direitos fundamentais em conflito, que podem ser regras ou princípios.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 96.

³⁹ ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58.

E por que se pode dizer que há colisão entre normas de direitos fundamentais? De acordo com Wilson Antônio Steinmetz⁴⁰, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas dos direitos fundamentais se mostram abertas e móveis quando concretizadas na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*.

Guastini⁴¹ aponta critérios relacionando essas colisões como uma técnica de interpretação da norma Constitucional. Antes disso, é necessário esclarecer que não há texto normativo que contemple apenas uma interpretação. Por isso, cada interpretação diferente do mesmo texto constitucional pode produzir uma norma diversa. Essa explanação pode ser dar no campo abstrato (com a simples leitura do texto) e no campo concreto (por ocasião de uma controvérsia específica). Pode ocorrer que uma primeira interpretação (N1) contradiga a norma constitucional; enquanto uma segunda (N2), por outro lado, esteja em plena conformidade com a Constituição. Evidentemente que, neste caso, qualquer intérprete deve eleger a posição que encontra consonância com o texto constitucional. A interpretação conforme a Constituição é aquela que se adéqua e se harmoniza com a norma constitucional, elegendo-se, frente a duas possibilidades interpretativas, o significado que evite qualquer contradição entre a norma (seja ela qual for) e o conteúdo constitucional.

Pois bem. Problema mais complexo pode ocorrer quando se apresentam casos que acarretam conflitos entre normas previstas no mesmo texto constitucional (contradições normativas constitucionais). Acerca da estrutura que abrange as normas de direitos fundamentais na forma de regras, destaca-se a subsunção⁴² (de uma regra sobre outra). Já, se

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 63.

⁴¹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 56-57.

⁴² A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior (enunciado normativo) incidindo sobre a premissa menor (fatos) e produzindo com consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para conduzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

a estrutura estiver relacionada à colisão entre princípios constitucionais, a solução é buscada a partir do sopesamento (ou ponderação)⁴³ entre eles.

Isso porque, de acordo com Alexy⁴⁴, princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Assim, da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões contrárias. A maneira pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios estão no mesmo grau hierárquico⁴⁵, logo, somente podem ser determinados num juízo prático de ponderação.

Com relação às regras, Alexy explica que o tratamento deve ser totalmente diferente. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Conforme ele, “essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”⁴⁶. Em

⁴³ Ponderação “pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-104.

⁴⁵ Conforme Márcio Iório Aranha, a exceção à afirmação da igualdade hierárquica dos princípios, no direito constitucional brasileiro, está no destaque à dignidade humana, expressa no art.1.º, III da Constituição Federal de 1988 (Ver: ARANHA, Marcio Iório. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 59). Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn inaugura o seu texto enunciando o princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, alínea 1). Com isso, a “dignidade é um valor (*Wert*) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (artigos 1º ao 19º), como também toda a Lei Fundamental”. Nesse compasso, a Lei Fundamental traduz a semântica dos valores inerentes aos direitos fundamentais, esclarecendo a terminologia empregada, como direitos diretamente aplicáveis, vinculando Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1º, alínea 3º). Ou seja, “os três Poderes estão proibidos, pela Lei Fundamental, a tergiversar sobre os Direitos Fundamentais”. O mesmo artigo inaugural estabelece o princípio do reconhecimento dos direitos do homem como invioláveis e inalienáveis (art. 1º, alínea 2º). Ver ALVES, Waldir. Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma. In: **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**. Vol. 7 - Número 2 - 2º semestre de 2006, p. 336.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

miúdos, os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo.

Dworkin, de forma semelhante, registra que a diferença entre princípios e regras está na natureza da orientação que oferecem: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁴⁷. Com isso, para ele, a diferença se encontra nos respectivos modos de aplicação da norma.

Assim, por exemplo, o time de futebol cujo jogador comete falta em jogador adversário no interior da grande área de seu campo defensivo é punido com pênalti, não sendo lícito ao juiz marcar qualquer outra infração que substitua a penalidade máxima, como a falta, etc. A regra, pois, não admite qualquer ponderação.

Da mesma forma são as regras contidas no art. 5º, XLVII, da CRFB/88, que dizem: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...)”. Dentro dessa perspectiva, juiz algum, ao condenar o acusado, poderá submetê-lo a qualquer das penas previstas no referido dispositivo, pois essa regra funciona como instrumento limitador (o que não se pode fazer) do poder punitivo estatal.

Esclarecidas essas questões, os casos de contradição normativa que interessam ao debate que aqui se propõe são os seguintes: a) conflito entre regras; b) conflito entre princípios; e c) contradições normativas entre regras e princípios. Para tanto, vale anotar que essas contradições aqui avaliadas ocorrem no interior do mesmo ordenamento jurídico.

3.1. Contradições Normativas entre Regras

Quanto às contradições normativas operadas entre regras, é de se concluir duas possíveis soluções:

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

a) que uma das regras em conflito seja contemplada com uma cláusula de exceção, o que permitiria que ela continuasse a surtir efeitos no ordenamento jurídico, mas não, excepcionalmente, para aquele caso proposto.

Anota-se, como exemplo, a situação acima registrada, prevista no art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/88, que diz: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)”. É de se verificar que, no Brasil, a regra é a vedação à pena de morte. Mas, esta regra admite exceção? A resposta é sim, pois a exceção está incluída na própria regra (“salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”).

Outro exemplo pode ser extraído do art. 5º, XII, da CRFB/88, que cuida da inviolabilidade do domicílio: “Art. 5º, (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

A regra, no presente caso, é a inviolabilidade do domicílio. As exceções, porém, fazem parte do próprio texto, situações que culminam por mitigar a regra constitucional.

Porém, quando a inclusão dessa cláusula de exceção não for possível, sobretudo, diante da absoluta incompatibilidade normativa, adota-se um segundo critério:

b) que uma das regras seja declarada inválida, ou seja, deixe de surtir efeitos para toda e qualquer situação enfrentada. Exemplo pode ser constatado a partir daquilo que preveem os artigos 198 e 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal Brasileiro:

CPP, art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

CPP, art. 186, par. único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Há, aqui, uma flagrante antinomia⁴⁸ no que se refere ao efeito do silêncio exercido pelo acusado no âmbito processual penal. Conforme o art. 198, oriundo da redação original

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial trota, 2003, p. 176. Semelhante informação pode ser extraída de: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43: “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada

do Código (de 1941)⁴⁹, ao exercer o silêncio, o réu poderá sofrer prejuízos em razão de convencimentos do magistrado criados a partir dele. Bastante diferente, no entanto, é a redação do parágrafo único do art. 186, incluído no Código de Processo Penal pela Lei 10.792/2003.

Como as regras são absolutamente contraditórias e não se prevê qualquer cláusula de exceção, uma delas deve ser considerada inválida para surtir quaisquer efeitos, pois o sistema jurídico, enquanto ordenamento, não pode tolerar antinomias. No caso presente, aquela declarada inválida seria a contida no art. 198 do Código de Processo Penal. Mas, como saber qual das regras prevalece?

Ao longo dos séculos de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras de aceitação generalizada para resolver as antinomias, pelo menos aquelas aparentes, já que as antinomias reais permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada à liberdade do aplicador do direito. O fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios cronológico, hierárquico e da especialidade que são, em verdade, simples regras técnicas de solução de conflitos entre normas.⁵⁰

Na medida em que regulamenta as disposições constitucionais, a ordem infraconstitucional reproduz o mesmo quadro: previsões que tutelam bens diversos e que, em determinado ponto, podem gerar situações de antinomia.⁵¹ A par disso, quanto ao primeiro (hierárquico), é de se verificar que a redação do art. 198 do Código de Processo Penal não passou pelo filtro constitucional de 1988. Isso porque ele entra em conflito com o “direito ao silêncio”, encartado dentre os direitos fundamentais da Constituição Brasileira (CRFB/88, art.

recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”.

⁴⁹ É importante lembrar que o Código de Processo Penal Brasileiro foi incorporado à legislação do Brasil na forma de Decreto-lei no ano de 1941 (Decreto-Lei 3689/1941), período em que o Congresso Nacional se encontrava fechado (Ditadura Vargas, de 1937-1945). Em resumo: o Código de Processo Penal não foi objeto de voto.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.45-46.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

5º, LXIII) ⁵². Ou seja, a partir da entrada em vigor da nova constituinte, o art. 198 do Código de Processo Penal deve ser completamente ignorado (como se não existisse, não estivesse lá). É que a interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, adiante do qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, os significados que são compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos. Quando essa contradição é insanável, como no caso em apreço, é dever do juiz (ou Tribunal) declará-la inconstitucional. ⁵³ Talvez por isso fosse até mesmo desnecessária a inclusão do parágrafo único no art. 186 do diploma processual penal. Apesar disso, serve a título exemplificativo.

O segundo critério (cronológico) é sustentado a partir do princípio da posteridade. Conforme ele, regra posterior que trata da mesma matéria regulamentada por norma anterior, mas de forma diferente, prevalece sobre a regra mais antiga. Como a redação do art. 186, parágrafo único do CPP é derivada de reforma parcial promovida no ano de 2003 (Lei 10.792/03) e trata exatamente da mesma matéria daquela contida no art. 198 do mesmo diploma, mas de maneira diferente, ela prevalece sobre esta.

Por último, o critério da especialidade é utilizado quando verificada antinomia entre regra de caráter geral e regra de caráter especial. Havendo contradição normativa entre ambas, prevalece, para aquele caso especial, a regra de conteúdo especializante (o gênero é derogado pela espécie).

Conforme se vê, qualquer conflito entre regras pode ser solucionado no plano abstrato, a partir da análise do seu conteúdo e validade. Não se avalia, aqui, qualquer dimensão de peso, mas tão somente de validade: ou a regra é válida e, portanto, a outra regra em conflito com ela é inválida, ou a regra é válida, introduzindo-se em seu teor, cláusula de exceção que exclua a eventual antinomia.

⁵² CRFB/88, art. 5º, LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. A expressão “preso”, neste caso, refere-se a qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal ou mesmo administrativo (suspeito, indiciado, acusado ou condenado).

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 219.

3.2. Contradições Normativas entre Princípios

Diferente é a solução para a colisão entre normas materializadas a partir de princípios. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Alexy⁵⁴ explica que isso não significa que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção (como acontece com as regras, por exemplo). O que ocorre, no caso, é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Em condições diferentes, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. De acordo com o autor, “isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”⁵⁵. Conflitos entre princípios, então, ocorrem na dimensão de peso, visto que apenas princípios válidos podem decidir.

Nesta perspectiva, o teórico do Direito Constitucional⁵⁶ divide a Lei do Balanceamento em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer (ou não) o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.

Então, um princípio inclina o raciocínio do intérprete a determinada direção, não resolvendo a questão por si só. Pode acontecer de existir outra (ou outras) situação que incline a interpretação em sentido diverso. De qualquer forma, a ponderação utilizada para a solução de conflitos entre princípios deve ser sempre instrumentalizada a fim de maximizar os efeitos normativos dos direitos fundamentais. Exemplo: o art. 5º, X, da CRFB/88 diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por outro lado, o

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 136.

inciso LX do mesmo artigo traz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O primeiro dispositivo refere-se ao “princípio da intimidade”; o segundo, ao “princípio da publicidade”. Veja-se que é natural que uma pessoa submetida ao curso regular de um processo penal tenha sua honra e imagem atingidas pelas circunstâncias dos próprios atos processuais: intimações, audiências, medidas cautelares quando estritamente necessárias, entre outras situações.

Neste contexto, se isoladamente considerado, é possível que se visualize afronta ao art. 5º, X, da CRFB/88. No entanto, caso avaliado sistematicamente com os demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente e conectados ao mesmo problema (art. 5º, LIV e LX), a juízo de ponderação, precederão os princípios do devido processo legal e da publicidade.

Por outro lado, caso o processo penal seja indevido ou ainda, se no contexto processual penal houver desvio de finalidades ou abuso de poder, muito provavelmente a intimidade terá preponderância sobre os demais princípios, quando então, será “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Alexy⁵⁷ denomina o núcleo desse julgamento de “lei da ponderação”, a qual pode ser explicada da seguinte forma: “quanto maior seja o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios, tanto maior deverá ser o grau de importância ou satisfação do outro”⁵⁸. Por isso, o autor nega qualquer hierarquização entre princípios e a existência de princípios absolutos (princípios que em hipótese alguma cedem em favor de outros). Para ele⁵⁹, se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois, se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em

⁵⁷ No mesmo sentido, extrai-se dos registros do Professor Willis Santiago Guerra Filho: “Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade”, para que se possa respeitar normas, como os princípios - e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir (*In*: A norma de direito fundamental. **Revista Busca Legis**. N.º 29. Ano 15, dezembro de 1994 - p. 23-29).

⁵⁸ ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: **El Principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales**. CARBONELL, Miguel (Coord.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes: México, 2008, p. 13.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, neste caso, isso quer dizer que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, de modo que o teorema da colisão não seria possível de aplicação.

Outro exemplo poderia ser extraído daquilo que prevê o art. 5º, III, do texto constitucional brasileiro (inadmissibilidade da tortura). A questão aqui, porém, é complexa. Veja-se que, em seu inciso XLIII⁶⁰, o texto constitucional determina que a lei considerará crime, dentre outras, a prática da tortura. No entanto, a Constituição Federal não define as condutas que caracterizariam a tortura, de modo a deixar essa questão para os poderes constituídos, com destaque para o legislador e o Poder Judiciário, o que, posto de outro modo, implica delegar a definição da ação que violaria e da que não violaria a Dignidade da Pessoa Humana. Tem-se ali uma norma constitucional de eficácia limitada, pois depende de regulamentação futura para produzir todos os seus efeitos (sobretudo, a partir do postulado da legalidade estrita, tratado em linhas anteriores, somente a lei pode criminalizar ações). Desse modo, notadamente deve haver uma posterior ponderação do Congresso Nacional para se determinar o que é, de fato, tortura no Brasil, o que é feito por via da Lei 9.455/1997 (âmbito legislativo). Há, ainda, ponderação ao momento de se avaliar o “fato praticado” e o “tipo incriminado” para se determinar se há ou não tipicidade penal no caso concreto (tarefa que fica a cargo das agências de repressão: num primeiro momento, as polícias; depois, o Ministério Público e, por último, o órgão jurisdicional).

Apesar disso, não se está a admitir que a tortura esteja à livre disposição dos Poderes Legislativo, do Ministério Público e do Judiciário, pois em qualquer caso, admite-se a proteção da dignidade e de direitos fundamentais de terceiros, vez que a prática da tortura é comportamento categoricamente vedado pelo Estado Brasileiro.

Neste quadro de ideias, faz-se imprescindível retomar o debate alinhado ao dimensionamento de determinado direito fundamental como regra ou como princípio, levando-se em conta sua estrutura normativa e o que ele representa para o ordenamento jurídico. Seria o inciso III do art. 5º, da CRFB/88 um princípio?

⁶⁰ CRFB/88, art. 5º. XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Ingo Sarlet⁶¹ anota que, embora a proibição da tortura tenha sido objeto de expressa previsão constitucional, cuida-se de manifestações especiais e intrinsecamente relacionadas com as exigências do respeito e proteção da dignidade da pessoa humana (Fundamento da República no Brasil) e do direito à segurança e integridade pessoal, que abarca a integridade física, a integridade psíquica e a integridade moral. Dessa forma, ainda que não houvesse dispositivo na CRFB/88 específico a respeito, tais regras proibitivas⁶², a exemplo do que ocorreu em outros países, poderiam ser diretamente deduzidas do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (no Brasil, Fundamento da República, conf. art. 1º, III, da CRFB/88). Então, conforme o autor⁶³, no que diz respeito à estrutura normativa, é correto afirmar que a hipótese do art. 5º, III, da CRFB/88 é uma regra e não um princípio.⁶⁴

Finalmente, quando se diz que não existem princípios absolutos, não se quer dizer que não existem direitos absolutos. Ao que parece, esse jargão (“não há direito absoluto”) ganha certa força a partir de uma leitura fracionada e equivocada da obra de Robert Alexy⁶⁵ que, conforme se destacou em linhas anteriores, registra que cada princípio é estruturado e interpretado no âmbito jurídico sempre com a possibilidade (no caso concreto) de ceder em favor de outros princípios (teorema da colisão). E, dessa forma, a partir da estrutura hermenêutica aqui colocada, não podem existir princípios absolutos. Há, por outro lado, direitos absolutos, que são aqueles válidos em todas as situações e para todos os indivíduos (determinados direitos fundamentais), tal como o direito de não ser escravizado ou o direito de não ser torturado⁶⁶. Veja-se que, numa Democracia Constitucional, esses direitos não estão submetidos ao voto, pois independem do êxito dessa votação. Trata-se daquilo que Ferrajoli chamou de “esfera do indecível” e que nenhuma maioria pode validamente decidir. E talvez essa confusão seja mais comumente revelada em questões relacionadas aos Direitos Penal e

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 377.

⁶² Veja-se, então, que o autor trata mencionado dispositivo – art. 5º, III, da CRFB/88 – como regra.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 378.

⁶⁴ Admitido, assim, no caso concreto, que determinada conduta constitui espécie de tortura (encontra tipicidade na norma que criminaliza essa prática), não há que se admitir qualquer juízo de ponderação. Logo, trata-se de uma regra.

⁶⁵ Especialmente no que toca a esta parte: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111 e ss.

⁶⁶ Na forma daquilo que ensina Norberto Bobbio. Ver: **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 60

Processual Penal, a exemplo do postulado da legalidade estrita (previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 e no art. 1º do Código Penal Brasileiro). Trata-se de uma regra e não de um princípio, pois não se vislumbra possível ali qualquer ponderação: não há também qualquer possibilidade de se ponderar a anterioridade da lei penal, na medida em que a criminalização de um comportamento só se projeta para ações futuras (após a previsão e vigência da conduta na forma de lei penal). No entanto, conforme anotado, esses direitos não se expressam na forma de princípios, mas de regras.

Em outros termos, não há que se falar em princípios absolutos, pois estes sempre serão passíveis de ponderação. Por outro lado, reconhece-se a existência de direitos que possuem valor absoluto, por isso não permitem ponderação normativa e, portanto, são regras. Por fim, é equivocado falar em “sopesamento de regras”, pois isso fulminaria por completo a rigidez constitucional, duramente conquistada e característica fundamental do constitucionalismo de garantias.

3.3. Supostas Contradições Normativas entre Regras e Princípios

Cabe anotar, de pronto, que não há conflito normativo entre regras e princípios. Isso porque, quando a interpretação leva a crer que existe contradição normativa entre eles, deve sempre prevalecer norma manifestada por meio de uma regra. Conforme Alexy⁶⁷, tanto as regras quanto os princípios não se realizam em nenhum lugar de forma pura, mas as regras representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer Constituição que preveja controle de constitucionalidade. Neste caso, as normas que conferem direitos constitucionais não são essencialmente discerníveis de outras normas do ordenamento jurídico. Veja-se que as normas constitucionais têm seu lugar mais alto no sistema jurídico e seus focos são direitos altamente abstratos da maior relevância. Apesar disso, nenhum desses focos, segundo a construção de regra, dá lugar a qualquer diferença estrutural fundamental. É que as regras jurídicas, ainda que de natureza

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

constitucional, são aplicáveis como todas as demais regras jurídicas: “São sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e, são, neste sentido, normas livres de sopesamento” ⁶⁸.

Dentro desta perspectiva, vale seguir Paulo Bonavides⁶⁹, quando registra que os princípios valem, as regras vigem. E se assim o é, não há que se falar em ponderação para a solução de eventuais problemas decorrentes de contradições normativas entre regras e princípios, pois, neste caso, as regras têm prevalência sobre os princípios. E qual a razão desse tratamento?

É que as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse fim seja alcançado. Então, as regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos (condutas), ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados.⁷⁰

Exemplo de princípio pode ser extraído daquilo que preceitua o *caput* do art. 5º da CRFB/88, quando dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Veja-se que, na forma de princípio, essa norma não estabelece desde logo os efeitos que pretende produzir no mundo dos fatos, mas apenas o estado ideal de igualdade como objetivo a ser alcançado, de forma que a sua aplicação depende de prévia ponderação. Ou seja, para aplicação do princípio da igualdade, é preciso partir da premissa de que igualdade é um conceito relacional e comparativo (vez que toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação).⁷¹ E para que se possa alcançar a prática efetiva

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

⁶⁹ Citado por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72.

⁷¹ Nesse sentido, o conceito geral de igualdade é bem explicado por Jefferson Carús Guedes: “[...] a igualdade é um valor relativo e só no plano da relatividade tem sentido. Assim, se o direito existe pelo e para os seres humanos, na vida social, todos os valores se relativizam, deixando de ser absolutos, pois obtidos da comparação, e ainda mais porque a igualdade é um conceito que se influencia pela cultura, que se desenvolve a partir e no contexto do contínuo processo social. A igualdade é, desde as duas origens, reconhecidamente, o equivalente ao resultado da relação entre termos (pessoas, coisas, fatos, situações etc.) e relativamente às suas

da igualdade, é necessário que se considere que esse princípio estabelece uma proibição de tratamento diferenciado aos cidadãos. Mas, para isso, é indispensável examinar o que deve ser considerado uma discriminação juridicamente intolerável, para então criar tratamentos desiguais na medida das desigualdades das situações de vida e das pessoas às quais se destina o regramento legal.⁷²

É de se perceber, portanto, que o princípio da igualdade não exige que o legislador trate todos da mesma maneira ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Entretanto, conforme Alexy⁷³, para evitar qualquer arbitrariedade no caso de eventual tratamento desigual, implica-se um ônus argumentativo (justificação), pois “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”. Em outras palavras, o princípio da igualdade exige um tratamento igual, mas permite um tratamento desigual se isso for justificado por princípios contrapostos.⁷⁴

Diferentes são as regras. Anota-se, na forma de exemplo, o conteúdo normativo contido no art. 5º, LXIII, da CRFB/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Esta regra é originária do princípio que veda a obrigatoriedade da autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)⁷⁵. Assim, qualquer pessoa contra quem seja imputada a prática

características (notas, elementos, pontos, substância etc.); igualdade e desigualdade resultam da relação de comparação entre termos e quanto às características, só sendo possível sua existência e sua aferição quando estabelecida por comparação entre dois termos (conceito de relação). É, portanto, um conceito relacional ou uma relação fruto de comparação. [...] Essa exigência de comparação é também denominada de requisito de alteridade”. In: GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 120-121.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 627-628. Jefferson Carús Guedes cita José Afonso da Silva ao explicar que “o direito brasileiro não faz distinção entre igualdade perante a lei e a igualdade na lei, visto que tanto a doutrina como a jurisprudência vêm orientando que a igualdade perante a lei tem o sentido de igualdade na lei, isto é, tanto o legislador como os aplicadores da lei são destinatários desse princípio. Portanto, cabe ao legislador, na elaboração da lei, reger com iguais determinações as mesmas obrigações ou direitos em situações idênticas, e, da mesma forma, distinguir, na distribuição de deveres e ganhos, as situações diferentes entre si, de maneira que possam partilhá-las proporcionalmente às duas diferenças. In: GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 90-91.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408/411.

⁷⁴ E isso pode ser verificado a partir da legislação que tutela as mulheres no Brasil (gênero feminino), a exemplo da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha).

⁷⁵ O princípio do *nemo tenetur se detegere* também é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), art. 8º, n. 2, g.

de um ilícito criminal (suspeito, indiciado, acusado ou condenado) não pode ser obrigada a colaborar com a produção dos elementos de informação ou de prova que podem ser utilizados contra ela. E esse silêncio é, também, desdobramento de outro princípio constitucionalmente assegurado, previsto no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁷⁶.

Questão importante e, portanto, merecedora de registro é a seguinte: há regras que possuem caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. Alexy⁷⁷ explica que, quando por meio de uma disposição de direito fundamental é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, é ela, incompleta. Apesar disso, nada muda no fato de que as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes, sobretudo, porque essa postura é parte do postulado da vinculação à Constituição. Exemplo: o art. 5º, LIII, da CRFB/88, diz que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Trata-se de uma regra que institui o direito fundamental que toda pessoa tem de, na condição de réu, ser processada e sentenciada por quem lhe compete fazê-lo. No entanto, apesar de regra, não há dúvidas de que o seu conteúdo será ponderado à vista do postulado do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV), pois as regras que limitam a jurisdição e fixam competência estão intrinsecamente submetidas a este mandamento. Tem-se, portanto, que a regra contida no art. 5º, LIII, da CRFB/88 é uma regra incompleta.

De outra parte, veja-se o que dispõe o art. 5º, XXXIX, da CRFB/88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, este dispositivo, de regra completa e que, portanto, não merece (nem lhe cabe) qualquer sopesamento. Isso

⁷⁶ Isso porque a ampla defesa compreende a “defesa técnica” e a “autodefesa”. A primeira é irrenunciável e realizada por profissional legalmente habilitado (advogado); a segunda é feita pelo próprio acusado. Neste último caso, o sujeito passivo da investigação ou do processo pode abster-se de indicar quaisquer provas ou mesmo, de responder as perguntas que lhe sejam formuladas para o esclarecimento da causa. O exercício desse direito é chamado de “autodefesa negativa” e jamais pode ser considerado em prejuízo de quem o exerce, pois se trata de direito fundamental garantido pela regra do art. 5º, LXIII, da CRFB/88.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139-140.

não quer dizer que as regras não admitem exceções. Admitem. No entanto, essa excepcionalidade na sua aplicação deve estar expressamente prevista em seu próprio texto. No caso presente, como o texto não apresenta exceções, se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem mesmo decisões judiciais, ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes. Juarez Tavares⁷⁸ lembra que qualquer interpretação que mitigue essa regra e que, portanto, não esteja contida na norma, estará em dissonância com a Constituição. Por isso, corolário direto do postulado da legalidade é a proibição do uso de analogia para configurar conduta criminosa ou agravar suas consequências.

Denota-se, assim, como esquema geral, que é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor “segurança”, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada.⁷⁹ Por esse motivo, não se admite sopesamento de regra; não se pode ignorar a norma constitucional como se ela não existisse. E há uma primazia do nível das regras de maneira que a resposta a essas indagações não pode ser outra, senão aquelas que encontram correspondência e vinculação à Constituição, o que significa submissão a todas as decisões do legislador constituinte.

4. CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa que aqui se encerra, buscou-se analisar do ponto de vista teórico a evolução dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo pós-moderno, em especial no período pós-guerra e a interpretação que deve ser dispensada à sua estrutura normativa.

Inicialmente, abordou-se a superação do Estado Legal (Estado de Direito) pelo Estado Constitucional (Estado Democrático de Direito). No primeiro modelo, a lei era o instrumento de sustentação e estabilização jurídica e política do Estado, o que fazia da vontade do

⁷⁸ TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 60-61

⁷⁹ Esclarece Ana Paula de Barcellos, que “esse modelo é naturalmente simplificador, já que há princípios que propugnam exatamente, entre outros, o valor segurança (como o princípio da legalidade), da mesma forma que inúmeras regras são, na verdade, a cristalização de soluções requeridas por exigência da justiça”. Ver: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79.

parlamento o seu instrumento mais característico. Após o período pós-guerra, a Constituição passou a ser o elemento de estabilização e subordinação política e jurídica. Este modelo, portanto, altera a “teoria das fontes”, ao passo que prevê, também, os princípios como fonte normativa.

Neste passo, as Constituições democráticas transpõem a trazer em seus corpos um amplo catálogo de Direitos Fundamentais na forma de regras e também de princípios. Para a proteção desses direitos, outra característica é estabelecida: a subordinação de todo o sistema normativo à Constituição. Isso por via daquilo que se denominou de rigidez constitucional. A partir dela, para que seu conteúdo possa vincular o restante do ordenamento jurídico, faz-se necessário que a Constituição não possa ser alterada por meios ordinários.

O agigantamento da jurisdição constitucional foi avaliado na sequência. Por meio da jurisdição, faz-se o controle das leis e se avalia sua consonância ou eventual dissonância com aquilo que preceitua a Constituição. Esse filtro é realizado, sobretudo, por meio da interpretação da norma constitucional.

Por fim, analisou-se se os critérios para interpretação da norma constitucional na forma de regras e princípios são respeitados do ponto de vista material nos campos político e jurídico. Neste caso, avaliaram-se conflitos normativos entre regras, entre princípios, além das contradições que podem resultar entre regras e princípios.

Para solucionar conflitos entre normas previstas no mesmo texto constitucional (contradições normativas), destaca-se a subsunção (de uma regra sobre outra), e a ponderação (ou sopesamento), se a estrutura estiver relacionada à colisão entre princípios constitucionais. O fato é que, conforme o estudo, não se pode ponderar regras, pois têm elas uma exigência implícita de que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Se não houver subsunção por outra regra, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. Em outros termos, os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. E é por estas razões que, na hipótese de se admitir contradições normativas entre princípios e regras, não há que se falar em ponderação para a solução de eventuais problemas decorrentes desse fenômeno, pois, neste caso, as regras sempre terão preferência sobre os princípios.

Neste contexto, verificou-se que é equivocada a ideia de que não existem direitos absolutos. Num Estado Nacional político e juridicamente ordenado sob o prisma de uma Democracia Constitucional, há determinados direitos fundamentais que não estão submetidos ao voto, pois compreendem um núcleo duro que nem o Poder Público nem nenhuma maioria pode validamente decidir. No âmbito normativo, esses direitos, no entanto, expressam-se na forma de regras, e não de princípios, pois os princípios sempre estão sujeitos à ponderação (teorema da colisão).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

ALVES, Waldir. Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma. *In: Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA*. Vol. 7 - Número 2 - 2º semestre de 2006.

ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional; por uma Nova Hermenêutica/ por uma repolitização da legitimidade. Malheiros: São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CARBONELL, Miguel. Apresentação: novas formas de proteger los Derechos Fundamentales.

In: **El Principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales.**

CARBONELL, Mighel (Coord.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes: México, 2008.

CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. *In*:

CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional.**

Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010.

CHAVES JUNIOR, Aírto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras.

Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo:

Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi.

Democracia y garantismo. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi

Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa (*et al*); FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE,

André Karam (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista

como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera del indecible y la división de poderes. Traducción de Miguel

Carbonell. *In*: **Estudios Constitucionales**, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*:

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma de direito fundamental. **Revista Busca Legis**. N.º 29.

Ano 15, dezembro de 1994.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de XX Osório.

São Paulo: Saraiva, 1947.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Regra ou Princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de novembro de 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: Ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. *In*: **Teoría del neoconstitucionalismo**. CARBONELL, Miguel (ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2007.