

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIOS E REGRAS

Igor Spock Silveira Santos¹

RESUMO: Este trabalho analisa a natureza normativa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição brasileira de 1988. Examinam-se três definições diferentes acerca do conceito de normas jurídicas e da distinção entre espécies (regras e princípios). Ao fim, faz-se uma análise da Constituição brasileira e da doutrina, concluindo que nem todos os direitos fundamentais, conforme sustenta a doutrina alemã, possui natureza de princípio.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Natureza normativa. Regra. Princípio. Constituição Federal.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: PRINCIPLES AND RULES

Abstract: This paper analyses the normative nature of the fundamental rights established on the Brazilian Federal Constitution of 1988. It seeks three different definitions about the concept of juridical norms and the distinction between its species (rules and principles). At the end, is it done an exam of the Brazilian Constitution and doctrine, concluding that not even all fundamental rights have the principle nature, opposing to the German doctrine.

Keywords: Fundamental rights. Normative nature. Rule. Principle. Brazilian Federal Constitution.

1 - INTRODUÇÃO

A doutrina constitucional atual é quase unânime em fazer distinção entre duas espécies de normas jurídicas: regras e princípios. A utilização de critérios diferenciadores entre as duas espécies, contudo, apresenta maior divergência, havendo teorias mais amplamente aceitas que outras, ou até mesmo teorias que muitos apontam como ultrapassada, sem guarida frente à dogmática constitucional atual. A teoria de maior destaque acerca das normas jurídicas e mais aceita atualmente no Brasil é, indubitavelmente, a desenvolvida por Robert Alexy, que definiu a diferença conceitual entre regras e princípio e influenciou, conseqüentemente, a forma como os direitos fundamentais são compreendidos e aplicados em casos diversos.

Entretanto, na tradição jurídica brasileira, sedimentou-se um entendimento diverso acerca da definição de “princípio” jurídico, pelo que, por vezes, é possível que uma norma entendida como princípio por uma teoria não corresponda, de fato, a um princípio segundo a outra. Esta falta de simetria conceitual possibilita, ao menos em tese, a aplicação de uma

¹ Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

norma de determinado modo quando, adotando-se a mesma teoria e rejeitando-se um sincretismo metodológico, dever-se-ia ocorrer de forma diversa.

Desta forma, tomando por objetivo a investigação da natureza normativa dos direitos fundamentais, com vistas a melhor compreender a aplicação destas normas, proceder-se-á à análise de três teorias diferentes acerca da definição de “princípios”, bem como à investigação da congruência delas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo considerações acerca da necessidade de maior rigor teórico.

2 - PRINCÍPIOS E REGRAS

Ao se abordar o conceito de norma, a primeira distinção essencial a fazer é diferenciar *norma* de *texto normativo* (ou dispositivo ou enunciado). Norma é o sentido construído a partir da interpretação de textos normativos, e não o texto em si (ÁVILA, 2013, p. 33). A norma é o significado (ALEXY, 2011, p. 54), é o resultado da interpretação, decorrente do esforço produtivo do intérprete (AZEVEDO, 2013, p. 371), ao passo que o dispositivo é o objeto da interpretação.

Neste sentido, não há uma correlação necessária entre norma e texto. Pode haver norma sem texto – com a utilização, por exemplo, de sinais visuais ou sonoros –, bem como pode haver texto sem norma, caso o dispositivo seja insuficiente para veicular ao menos uma interpretação possível. A um único dispositivo podem corresponder múltiplas normas, e, de igual forma, uma pluralidade de dispositivos podem veicular uma única norma (ÁVILA, 2013, p. 33). A norma pode significar, em verdade, o contrário do que a indicação literal do texto do dispositivo sugere². Feita esta diferenciação, é possível passar ao estudo relativo às espécies de normas; regras e princípios³.

Um conceito clássico de regras e princípios existente na doutrina brasileira está embasado no ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele” (2011, p. 966), sendo a “regra-mestra”, os “fundamentos e alicerces do sistema” jurídico (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 98). Neste sentido, princípios são normas de hierarquia superior, de maior importância

² Exemplo disso é o art. 129, § 1º, inciso II, do Código Penal Brasileiro. O texto expressa “perigo de vida”, ao passo que o seu sentido, a norma, corresponde a “perigo de morte”.

³ Humberto Ávila (2013, p. 142-202) sugere uma terceira espécie abarcada pelo gênero norma, que seria a dos “postulados”. Entretanto, considerando a falta de maior desenvolvimento teórico sobre o tema, bem como a falta de aceitação desta terceira espécie na doutrina constitucionalista, trabalhar-se-á apenas com as duas espécies referidas.

(SILVA, 2011, p. 44), sendo possível afirmar que descumprir um princípio é mais grave do que descumprir “uma norma qualquer” (MELLO, 2011, p. 967).

Através de uma análise inicial da Constituição Federal, parece ser possível concluir que esta definição de princípios foi a adotada pelo legislador constituinte, por dispor prioritariamente acerca dos “princípios fundamentais”, no título I⁴. Esta ideia de princípio como norma mais importante também se reflete na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor⁵ – constantemente referido como uma lei principiológica⁶ – havendo inclusive interpretação doutrinária no sentido de, pelo seu caráter principiológico, o referido diploma possuir uma aplicação *supralegal*, incidindo em todas as relações de consumo (NUNES, 2009, p. 66-67), em detrimento de outras leis especiais que visem à regulação de produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Fornecendo outro exemplo, as primeiras normas do Código Penal – embora o diploma normativo não as alcunhe desta forma – são tratadas pela doutrina sob o signo de *princípio*, a exemplo do *princípio da anterioridade* e da *legalidade*⁷, provavelmente pela relevância que desempenham neste âmbito. O que se pode perceber, portanto, é que a produção normativa brasileira (e por vezes, conseqüentemente, a doutrinária) está fortemente calcada em um conceito de princípio cujo método de distinção das regras baseia-se no grau de importância, em razão da já referida sedimentação deste conceito no vocabulário jurídico brasileiro.

Já sob a égide da nova Constituição Federal, outra teoria acerca dos princípios passou a ganhar força no Brasil, constituindo, atualmente, a teoria sobre normas jurídicas mais amplamente adotada⁸, que é aquela fundada nas concepções desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy – conforme BARROSO e BARCELLOS (2003, p. 313). Esta teoria

⁴ Virgílio Afonso da Silva também constata que este é o conceito de princípio que se encontra sedimentado no vocabulário jurídico brasileiro (2011, p. 44). Considerando ainda que, quando da promulgação da Constituição Federal em 1988, as principais teorias que atualmente contestam este conceito não eram conhecidas no Brasil ou sequer tinham sido elaboradas – conforme se fará referência – é de se presumir que o entendimento de princípio como norma mais importante foi o que prevaleceu sobre o legislador constituinte.

⁵ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)”.

⁶ Exemplos neste sentido: FILOMENO, 2007, p. 10; BRAGA NETTO, 2009, p. 41-42; GARCIA, 2013, p. 19.

⁷ Conferir, dentre outros: JESUS, 2010, p. 51; CUNHA, 2013, p. 76-81; CUNHA JR., 2013, p. 708-709.

⁸ Humberto Ávila (2013, p. 30), criticando a grande amplitude galgada pela teoria referida, sustenta que “viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre princípios e regra (...) Será mesmo que todas as espécies normativas comportam-se como princípios ou regras? Será mesmo que as regras não podem ser objeto de ponderação? Será mesmo que as regras sempre instituem obrigações peremptórias? Será mesmo que o conflito entre regras só se resolve com a invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção a uma delas?”.

define normas jurídicas como gênero do qual as *regras* e os *princípios* são espécies (ALEXY, 2011, p. 91), que se diferenciam através do *modo final de aplicação* (ÁVILA, 2013, p. 48-49).

A citada doutrina de Dworkin e Alexy sustenta que as regras são normas que devem ser aplicadas no método *tudo-ou-nada*, ou seja, ou uma regra é válida e sua orientação deve ser integralmente aceita, ou ela não é válida, em nada contribuindo para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39). A própria regra deve trazer as exceções às quais ela não se aplica (*ibidem*, p. 40). Se uma regra é válida e aplicável no caso concreto, deve-se fazer exatamente aquilo que por ela é exigido (ALEXY, 2011, p. 91) – sua aplicação se dá por subsunção.

Acerca dos princípios, essa doutrina sustenta que estes são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, dentro dos possíveis graus de satisfação (*ibidem*, p. 90). Os princípios se diferenciam das regras princípios em relação à natureza da orientação que oferecem: estes possuem uma dimensão alheia àquelas, que é a dimensão do seu peso ou importância. O intercruzamento de princípios é resolvido à análise da força relativa de cada um (DWORKIN, 2002, p. 42). Assim, na aplicação de dois princípios colidentes, um destes tem que ceder frente à precedência do outro no caso concreto, por meio da ponderação (ALEXY, 2011, p. 93).

Outra teoria que tem ganhado respaldo no Brasil é a proposta por Humberto Ávila (2013, p. 43-69), que apresenta críticas aos demais modos de diferenciação entre regras e princípios. Segundo o autor, os princípios são normas imediatamente finalísticas, que visam à promoção de um estado ideal de coisas através da adoção da conduta necessária para tanto, sem descrevê-la de antemão (*ibidem*, p. 85). Existe uma relação de entrelaçamento entre os princípios, veiculando diretrizes valorativas que se influenciam reciprocamente visando à tomada de decisão, com pretensão de parcialidade e complementaridade (*ibidem*, p. 83-84).

Neste diapasão, as regras são normas que estabelecem imediatamente a adoção da conduta por ela descrita, com pretensão de decidibilidade e abarcância, por buscarem uma solução específica para a questão, supostamente já abrangendo todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão (*ibidem*, p. 84). Não se pode, contudo, ignorar os princípios ou finalidades que dão suporte às regras, devendo-se avaliar a correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da descrição normativa (*ibidem*, p. 87).

De forma mais simples, para Ávila, princípios estabelecem um fim a ser atingido sem indicar o meio, enquanto as regras estabelecem uma conduta imediata, por ser, supostamente, resultado de uma anterior ponderação para gerar a solução específica. O

comportamento a ser adotado é frontalmente previsto pelas regras, o que não ocorre com os princípios.

Talvez o ponto divergente mais relevante na diferenciação entre as duas teorias é o reconhecimento, por parte de Ávila, da possibilidade de ponderação das regras (ÁVILA, 2013, p. 57-65)⁹. sob a alegação de elas também possuírem dimensão de peso, ainda que, normalmente, a aplicação destas se dê mesmo por subsunção e análise da validade. Esta posição é criticada por Virgílio Afonso da Silva, sugerindo ainda que os conceitos propostos por Ávila “mais confundem do que esclarecem a distinção” entre regras e princípios (SILVA, 2011, p. 56-63). Sem fazer preferência no momento por qualquer das teorias referidas, passar-se-á à análise da teoria geral dos direitos fundamentais, sob as três óticas aqui relacionadas.

3 - TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESPÉCIES NORMATIVAS

A diferença entre os conceitos de normas jurídicas apresentados é de extrema relevância para a análise da teoria geral dos direitos fundamentais. Isto porque, a mudança do conceito utilizado provoca diferentes consequências na interpretação e aplicação destes direitos. É de se ressaltar, de início, que parte significativa do que é defendido em relação à teoria dos direitos fundamentais atualmente no Brasil¹⁰ foi desenvolvida com base na doutrina de Robert Alexy. O autor buscou harmonizar a teoria dos direitos fundamentais com a dos princípios, proporcionando substrato teórico de grande relevância ao direito constitucional.

Entretanto, é possível constatar que alguns pontos fundamentais do que é afirmado por Alexy é feito com base na Lei Fundamental e na jurisprudência alemã – conforme será demonstrado abaixo – o que poderia acarretar uma incompatibilidade de sua teoria com a análise da Constituição Federal do Brasil. Um exame mais apurado se faz necessário.

Acerca da natureza das normas de direitos fundamentais, Alexy sustenta que estas possui um duplo caráter de regra e de princípio (2011, p. 141). Para tal aferição, deve-se observar que Alexy fundamenta sua posição com base na premissa de que “sempre que uma disposição de direito fundamental garante um direito subjetivo, a ela é atribuído ao menos um princípio dessa natureza” (ibidem, p. 136). O autor, contudo, não demonstra exatamente o porquê de tal sustentação. Em sua obra, pouco antes de fazer tal afirmação e após

⁹ Sobre ponderação de regras, conferir ainda: MARMELSTEIN, 2012; BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 317.

¹⁰ Conferir, por exemplo: CUNHA JR., 2013, p. 154-156, 611-612; SILVA NETO, 2013, p. 167, 295; MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 379-380; DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 145, 155-156.

apresentar alguns casos concretos, é afirmado que “a análise levada a cabo até agora demonstrou que o Tribunal Constitucional Federal, pelo menos em alguns casos, concebe as normas de direitos fundamentais como princípios” (ibidem, p. 121).

Desta constatação, Alexy refuta um modelo no qual todas as normas de direitos fundamentais são “normas de princípios” (ibidem, p. 121-123). Posteriormente, afasta um modelo puro de regras (ibidem, p. 123-135). Por fim, conclui que “quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado” (ibidem, p. 135). Após tal análise, postula a conclusão de que as normas de direitos fundamentais possuem um duplo caráter de regra e princípio. O autor entende que não apenas os dispositivos de direitos fundamentais veiculam regras e princípios, mas que as próprias normas possuem este caráter (ibidem, p. 141).

É possível apontar alguns pontos não muito claros no desenvolvimento de Alexy. O primeiro é que, ao refutar a possibilidade de um modelo puro de regras ou um modelo puro de princípios, não subsiste como única solução possível a de que todas as normas de direitos fundamentais possuem um duplo caráter de regra e de princípio. Outra solução possível é considerar que algumas normas de direitos fundamentais são regras, outras são princípios (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 47), ainda que um único dispositivo possa, em alguns casos, veicular mais de uma espécie normativa. Para sustentar a sua posição, ao menos, o autor deveria afastar tal possibilidade, o que não fez¹¹.

Uma segunda crítica pode ser feita ao desenvolvimento de Alexy. Para sustentar o duplo caráter de regra e princípio das normas de direitos fundamentais, o autor toma como exemplo a norma-princípio referente à liberdade artística (ALEXY, 2011, p. 141). Em seguida, faz uma construção incluindo uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios de forma a tentar reunir ambas as espécies, regra e princípio, em um mesmo direito fundamental, com a finalidade de limitar o espectro de princípios colidentes (ibidem, p. 141-144).

O seu raciocínio, contudo, apenas insere as três partes da máxima da proporcionalidade no referido princípio – conforme constata o próprio autor (ibidem, p. 143). Assim, após uma operação de sopesamento envolvendo dados parâmetros, seria possível subsumir, ou seja, o resultado da aplicação da proporcionalidade passa a ser suporte fático¹²

¹¹ Ou seja, havendo o direito A e o direito B e constatando-se que não podem A e B ser só regra ou só princípio, não existe como única solução lógica possível considerar que tanto A quanto B é, cada um, regra e princípio. Há a possibilidade de A ser regra e B ser princípio e vice-versa.

¹² Por suporte fático – neste caso, suporte fático *abstracto* – pode-se entender “(...) aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica” (SILVA, 2011, p. 67).

da “regra”. Ora, tal sustentação não parece ter qualquer efeito prático, exatamente por faltar o caráter de decibilidade, de garantia de direito definitivo da regra.

Se a ponderação continua sendo necessária, o mero desenvolvimento lógico para torná-la suporte fático (e tornar possível a subsunção) não justifica a utilização de tal construção, porque o conhecimento das limitações ao direito continuará incerto. O próprio autor sustenta que “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis” (ibidem, p. 104). De outro lado, a inserção da máxima da proporcionalidade dentro da estrutura do princípio não significa que apenas os direitos fundamentais teriam este caráter, mas também a todo e qualquer princípio sujeito à ponderação poder-se-ia ser feita semelhante construção.

Por fim, outro ponto não esclarecido que se pode apontar é que Alexy não demonstra como o fato de o Tribunal Constitucional Federal considerar que algumas normas de direito fundamentais são concebidas como princípios leva à generalização de que todas elas os são. Conforme já referido, o autor sustenta posteriormente que “sempre que uma disposição de direito fundamental garante um direito subjetivo, a ela é atribuído ao menos um princípio dessa natureza.” Alexy, contudo, não chega a afirmar se todas as disposições de direitos fundamentais garantiriam um direito subjetivo¹³. E, conquanto o termo “direito subjetivo” seja plurívoco¹⁴, – normalmente utilizado no sentido de possibilidade de exigir-se judicialmente aquilo que as normas atribuem como próprio a um sujeito (REALE, 2009, p. 260) – há quem defenda a existência de direitos fundamentais não-subjetiváveis (SARLET, 2011, p. 154)¹⁵.

Ou seja, Alexy demonstra que a inclusão da proporcionalidade na estrutura da norma-princípio de direito fundamental possibilita a subsunção – desenvolvimento que se criticou acima, por falta de efeito prático e de não poder constituir critério diferenciador em relação aos demais princípios. Entretanto, o autor não demonstra como as regras de direito fundamental (caso admita-se sua existência) poderiam ser construídas como princípios.

¹³ Percebe-se que algumas disposições do capítulo de direitos fundamentais da Constituição alemã não parecem atribuir um direito subjetivo aos cidadãos, a exemplo do artigo 7º, § 6º: “ficam abolidas as escolas pré-primárias.” (ALEMANHA, 1949, p. 20).

¹⁴ Sobre os diversos significados possíveis, conferir: SOARES, 2013, p. 98-101.

¹⁵ Questiona-se, por exemplo, quem teria direito subjetivo à inafiançabilidade do crime praticado por grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, XLIV, CF). Exceto se entenda que, em última análise, alguém teria o direito subjetivo para exigir o cumprimento desta norma (ainda que mediante controle concentrado ou substituição processual). Conforme constata Sarlet (2011, p. 154): “de certa forma, a mera possibilidade de suscitar-se judicialmente o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo”. Mas, neste caso, todas as normas constitucionais válidas, e não só as de direitos fundamentais, apresentariam tal exigibilidade e não haveria, portanto, qualquer critério diferenciador na afirmação de Alexy.

Como já referido, o autor passa da constatação de que “o Tribunal Constitucional Federal, pelo menos em alguns casos, concebe as normas de direitos fundamentais como princípios”, para a conclusão de que todos os dispositivos de direito fundamental que garantem um direito subjetivo veiculam ao menos um princípio.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIOS E REGRAS

43

Parte significativa da teoria dos direitos fundamentais hoje difundida no Brasil, conforme já foi exposto, leva em consideração muitos aspectos da doutrina de Alexy, bem como da própria Constituição alemã¹⁶. Entretanto, em alguns pontos, é necessário fazer o devido discernimento entre o que pode de fato ser aplicado teoricamente ao direito brasileiro e o que não o pode. De início, é possível afirmar que há uma diferença significativa no modo como os direitos fundamentais foram estruturados na Lei Fundamental de Bonn e na Constituição Federal do Brasil. A Carta Magna alemã utiliza-se, em geral, de um artigo para enunciar um ou alguns direitos fundamentais, estabelecendo algumas delimitações em parágrafos do próprio artigo¹⁷.

A Constituição brasileira, de forma diferente, adotou, em geral, o sistema de enunciação de direitos fundamentais através de diferentes incisos de um mesmo artigo, havendo, em alguns casos, alguma regulamentação no próprio dispositivo¹⁸. Neste ponto, o modelo alemão parece ser o mais adequado, por possibilitar uma melhor delimitação do direito que está inserido, por utilizar múltiplos parágrafos para um mesmo direito.

Mas esta não é uma diferença de grande relevância para o desenvolvimento deste trabalho. O ponto principal é que o Título I da Lei Fundamental alemã, que trata dos direitos fundamentais, possui artigos que parecem inserir – se não em sua totalidade ao menos em sua maioria – normas-princípio (ainda que, conforme mencionado, alguns parágrafos que

¹⁶ A exemplo, a ideia de núcleo essencial, trazida pelo art. 19, §2º, da Constituição alemã (ALEMANHA, 1949, p. 29) e que não tem correspondente na brasileira, mas foi incorporada por parte da doutrina.

¹⁷ A exemplo: “Artigo 11[Liberdade de locomoção e de domicílio]

§1º Todos os alemães gozam de liberdade de locomoção e de domicílio em todo o território federal.

§2º Este direito só pode ser restringido por lei, ou em virtude de lei, e só nos casos em que a insuficiência de meios de subsistência possa acarretar encargos especiais para a coletividade, ou se a restrição for necessária para a defesa contra um perigo iminente para a existência ou ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado federado, para combater o perigo de epidemias, em catástrofes naturais e acidentes muito graves, para a proteção da juventude contra abandono ou para a prevenção de delitos (ALEMANHA, 1949, p. 22).

¹⁸ A exemplo, o inciso IV do art. 5º da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

regulamentam estes direitos levem a crer que têm caráter de regra as normas veiculadas por eles, caso se utilize a definição de Alexy segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização)¹⁹. A exemplo, o art. 16, § 1º: “A nacionalidade alemã não pode ser revogada. A perda da nacionalidade só pode ocorrer em virtude de lei e, se oposta à vontade do atingido, só pode vigorar se o mesmo não tornar-se apátrida em consequência da medida” (ALEMANHA, 1949, p. 26). Este parece ser um dispositivo de direito fundamental que estabelece uma regra que garante um direito subjetivo a que o indivíduo não perca a nacionalidade alemã, em qualquer hipótese, caso esta medida o torne apátrida.

A remissão à Lei Fundamental alemã foi realizada com o objetivo de demonstrar que, embora possa haver controvérsia se todos os dispositivos de direitos fundamentais veiculam ao menos um princípio conforme afirma Alexy, a situação parece ser diferente se feita a análise da Constituição Federal brasileira.

De início, é relevante ressaltar a falta de técnica legislativa adequada e rigor científico na elaboração do catálogo de direitos fundamentais da Constituição (SARLET, 2011, p. 68). O constituinte brasileiro inseriu como direito fundamental diversas questões que ele considerava importantes, que se entendeu necessário estar ao abrigo do poder de emenda do constituinte derivado, ainda que estes dispositivos não veiculem o que tradicionalmente se tinha por direito fundamental, sendo possível verificar no catálogo até mesmo normas penais que endurecem a sanção ao indivíduo²⁰.

Contudo, frente à vontade explícita do constituinte originário em definir todas as normas insertas nos artigos do Título II como “direitos fundamentais” – sem prejuízo da existência de outras localizadas em outros títulos da Constituição –, torna-se necessário reconhecer que não necessariamente a teoria defendida na Alemanha, especialmente por Alexy – que, conforme já referido, se embasou na Lei Fundamental alemã e, principalmente, nas decisões do Tribunal Constitucional daquele país –, pode ser utilizada para compreender o caso brasileiro.

Para demonstrar que a teoria desenvolvida em outros países pode não ter guarida frente ao texto constitucional brasileiro, basta fazer referência à eficácia horizontal dos

¹⁹ Conforme já referido, Alexy defende que os princípios são normas que reclamam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser satisfeitos em variados graus, conforme os princípios colidentes (2011, p. 90).

²⁰ Se verifica no art. 5º, por exemplo: “(...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...)”. Sobre o tema, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 33) chega a levantar a questão: “Ora, como justificar a garantia de uma intervenção penal no plano de uma séria de outras garantias estipuladas, em regra, em favor dos acusados?”

direitos fundamentais, conceito originado na jurisprudência alemã e que aborda a questão de se os direitos fundamentais vinculam somente o Estado²¹ ou também os particulares.

No Brasil, a teoria de que os particulares estão também vinculados à observância dos direitos fundamentais é amplamente aceita²². Reconhece-se a vinculação direta, gerando, na medida de sua compatibilidade, direitos subjetivos para os cidadãos em relação a outros particulares, ainda que haja diferente amplitude e intensidade (SARLET, 2005, p. 248-251), quando comparado à relação com o Estado.

A doutrina e jurisprudência alemã, por seu turno, adotam a eficácia indireta dos direitos fundamentais (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 82-86), o que implica em não aceitar o particular como diretamente vinculado ao cumprimento e desses direitos (ALEXY, 2011, p. 538). Alexy afirma que os direitos fundamentais produzem algum efeito na relação cidadão/cidadão (ibidem, 528), mas descarta a possibilidade de considerar os particulares como vinculados aos direitos fundamentais (ibidem, p. 538).

É possível, contudo, entender que a impossibilidade do reconhecimento da vinculação direta dos particulares na Alemanha seja decorrente da previsão expressa do art. 1º, §3º, de sua Lei Fundamental, ao dispor que os direitos fundamentais vinculam os poderes legislativos, executivo e judiciário (SARMENTO, 2004, p. 280), como que estabelecendo um rol exaustivo, algo que a Constituição brasileira não possui.

Corroborar com esse entendimento o fato de que em outros países cuja constituição não abriga dispositivo semelhante, a exemplo da Espanha e de Portugal, a eficácia imediata em relação aos particulares é aceita, sustentando-se que o fato de alguns direitos fundamentais, faticamente, só poderem ser opostos ao Estado e não a um particular não permite afirmar que tal condição é afeta a todos os outros direitos (BAQUER, 2009, p. 311-312)²³.

Ademais, a Constituição brasileira possui diversos dispositivos que não encontra equivalência na Lei Fundamental alemã, a exemplo daqueles inculpidos no art. 7º, que tutelam diferentes direitos dos trabalhadores, e que possuem sua principal aplicação exatamente no âmbito das relações entre particulares. De igual forma ao referido em relação à ausência de dispositivo semelhante ao da Lei Fundamental alemã que estabelece a vinculação apenas do Executivo, Legislativo e Judiciário, países que também possuem

²¹ Estado é entendido no sentido mais amplo do termo, sejam autoridades ou órgãos públicos ou mesmo empresas privadas que exercem competência estatal (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 102).

²² Embora se possa apontar alguma divergência. Conferir: DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 69-70.

²³ Também neste sentido: CANOTILHO, 2003, p. 409.

direitos fundamentais relativos às questões trabalhistas ou do consumidor reconhecem com facilidade a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a exemplo, novamente, da Espanha (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 158).

Toda essa digressão acerca da eficácia horizontal imediata ser aceita no Brasil e em outros países, mas não ser aceita na Alemanha, foi com o objetivo de demonstrar que nem sempre a análise da Constituição brasileira permite a importação de teorias estrangeiras de forma completa, conforme destaca SARMENTO (2004, p. 279).

Aplicada ao objeto desse trabalho, esta conclusão parcial permite afirmar que a sustentação de que os direitos fundamentais possuem um duplo caráter de regra e princípio – ou, ao menos, só de princípio, caso se entenda consistente a crítica já feita à mera inclusão da proporcionalidade na estrutura da norma – feita pela doutrina alemã não implica em considerar que as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal brasileira são também todas elas princípios.

É de se reconhecer, contudo, que existe um grande problema doutrinário em relação a quais normas devem ser tidas como princípio e quais devem ser tidas como regras. Esta divergência pode ser constatada, por exemplo, quando Virgílio Afonso da Silva lança críticas sobre o desenvolvimento teórico de Humberto Ávila (2011, p. 60-61). Conforme já referido, Ávila discorda do posicionamento de Alexy em relação à definição das normas jurídicas, sustentando ser também possível ponderar regras, fornecendo, para chegar a esta conclusão, um exemplo do direito brasileiro²⁴. Virgílio Afonso da Silva, contudo, analisando as normas que foram utilizadas no caso citado pelo autor questiona “com base em que parâmetros essas duas normas em colisão foram classificadas como regras?”, e, apresentando seu raciocínio, conclui posteriormente que “ora, parece-me claro que ambas as normas do código de ética médica mencionadas por Humberto Ávila, ao contrário do que ele afirma, não são regras, mas princípios” (2011, p. 60-61).

Esta argumentação é possível porque Virgílio Afonso da Silva utiliza-se da definição de *princípio* proposta por Alexy, de que esta espécie normativa apenas impõe deveres *prima facie*, não definitivos (ibidem, p. 45-46). Mas a crítica feita pelo autor a Ávila revela um problema na conceituação de princípios como direitos *prima facie*: não se tem uma definição anterior se dada norma é ou não um princípio.

²⁴ O exemplo utilizado é o seguinte: uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no casos em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?” (ÁVILA, 2013, p. 58).

Para descobrir sua natureza, é necessário investigar se é possível ou não ponderá-la. Assim, o único parâmetro adotado por Virgílio Afonso da Silva, embasado em Alexy, para apontar se uma norma é ou não princípio é exatamente ponderá-la. Por tal motivo, sua crítica feita a Ávila não tem muita sustentação, visto que este autor adota uma construção teórica que admite a possibilidade de ponderação das regras. Ora, se uma teoria adota como pressuposto a ponderabilidade das regras, não se pode atingir seu rigor lógico interno simplesmente utilizando outra teoria que afirma o contrário.

A situação torna-se delicada quando se percebe que este exercício, de verificar se é possível ponderar a norma, pode resultar em situações de enfraquecimento do direito fundamental o qual se pretende proteger. Sobre o tema, Ávila critica este posicionamento que insiste em qualificar de “princípios” normas que não tem as propriedades inerentes, resultando no “absurdo” da fácil maleabilidade de normas – de direito fundamental – que a Constituição, pela técnica de normatização adotada, pretendia menos flexível, pontuando que “a norma que proíbe a utilização de prova ilícita pode ser considerada um princípio e ser objeto de livre maleabilidade? Evidentemente que não” (ÁVILA, 2013, p. 96-97).

A questão acerca da definição de se todos os direitos fundamentais são princípios, bem como se princípios são normas que estabelecem apenas direitos *prima facie* tem grande relevância prática. Veja-se que, após os atentados às torres do World Trade Center, ocorrido em 11 de setembro de 2001, Jorge Miranda publicou artigo (2003, p. 317-320) que abordava exatamente a necessidade de respeito aos direitos fundamentais ainda quando terroristas ameaçavam a ordem constitucional vigente.

Suponha-se, de igual forma, que um grave atentado terrorista seja executado em território brasileiro por facção criminosa que pretende derrubar a ordem constitucional vigente, ceifando a vida de milhares de pessoas. Admitindo-se que os direitos fundamentais são princípios, e que os princípios estabelecem apenas direitos *prima facie*, seria possível, por exemplo, ponderar a segurança dos cidadãos (art. 5º; art. 6º; art. 144) com a proibição da retroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL); ou com a vedação à prisão perpétua (art. 5º, XLVII, “b”); ou com a já referida impossibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); ou com a existência do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); ou com a vedação à tortura (art. 5º, III) para declarar qualquer destes direitos fundamentais inaplicáveis ao caso concreto, com vistas a facilitar a investigação dos autores dos crimes e endurecer as penas aplicáveis.

A constatação de que tais direitos fundamentais não poderiam ser simplesmente relativizados – sob pena de atingir a razão mais básica da existência dos direitos fundamentais, que é justamente o resguardo do indivíduo frente ao poder do Estado (MARMELESTEIN, 2008, p. 217) – abre caminho para duas alternativas: ou se rejeita que a totalidade dos direitos fundamentais são princípios, desde que se entenda que as regras não são ponderáveis; ou se rejeita que os princípios estabelecem apenas direitos que podem ser relativizados no caso concreto.

Em relação a esta segunda possibilidade, desnecessárias maiores digressões para rejeitar tal entendimento. Até mesmo Ávila, que critica a eleição do caráter *prima facie* dos princípios como seu elemento identificador, reconhece a possibilidade de relativização destas normas frente ao caso concreto²⁵. Desta forma, o caminho possível mais viável parece ser o entendimento de que nem todos os direitos fundamentais são princípios.

Neste sentido, embora, conforme já referido, Humberto Ávila critique a teoria de que todos os direitos fundamentais são princípios, o autor, por outro lado, defende que também as regras podem ser ponderadas – malgrado tenha se colocado veementemente contrário à possibilidade de flexibilização das normas de direitos fundamentais como as acima mencionadas. É, em verdade, um ponto não muito bem esclarecido na obra de Ávila: o autor critica a utilização do termo “princípio” para algumas normas que ele entende como “regra”; defende a possibilidade de ponderação das regras; mas não refere exatamente a razão de não poder haver ponderação de certas regras, indicando apenas que a Constituição pretendia estas normas “menos flexíveis”, mas não ao ponto de serem “inflexíveis” (ÁVILA, 2013, p. 93-128).

Ou seja, a teoria do referido autor auxilia na compreensão de que nem todos os direitos fundamentais são princípios que podem ser ponderados. Ao afirmar que as regras também são passíveis de ponderação, no entanto, Ávila se desvia da justificativa da impossibilidade de ponderação de normas como a proibição à utilização de provas ilícitas.

Uma possível solução para este problema, com base na teoria de Ávila, seria afirmar que, embora as regras possam ter suas razões ponderadas, as regras de direitos fundamentais – por sua maior relevância frente a outras normas constitucionais – não podem sofrer o referido sopesamento. Esta tese, contudo, é estabelecida sem que o autor tenha feito qualquer referência a esta possibilidade quando abordou as condições materiais e

²⁵ Inclusive, como forma de aumentar os parâmetros de controle de decisão em casos de colisões de conflitos, o autor sugere a utilização de metanormas denominadas *postulados* (ÁVILA, 2013, p. 142-202).

procedimentais que poderiam ocasionar a superabilidade das regras (ÁVILA, 2013, p. 122-128).

Outra solução para este problema parece ser possível, e se encontra na obra de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 201-202): o autor sustenta que é possível que a Constituição positivasse normas com a estrutura de regra como forma de concretizar normas-princípio, estando essas normas imunes a relativizações por sopesamento, fornecendo como exemplo a dignidade da pessoa humana (princípio) e a vedação à tortura e ao tratamento degradante (regras, segundo a concepção do autor).

Conforme já exposto, como Virgílio Afonso da Silva embasa seu entendimento sobre normas jurídicas na teoria de Alexy, para este autor, diferentemente de Ávila, as regras não podem ser ponderadas, resultando na justificativa de que alguns direitos fundamentais, a exemplo da vedação à retroatividade da lei penal mais gravosa, não possam ser sopesados no caso concreto. Seria possível considerar que esta norma é regra que define um espaço não sujeito a ponderação do princípio da reserva legal (SILVA NETO, 2013, p. 783), ou, ainda, da segurança jurídica (CUNHA JR., 2013, p. 709).

Dentro desta ideia, Ana Paula de Barcellos (2004, p. 69), sustenta que as regras constitucionais possuem preferência sobre os princípios constitucionais, não podendo a eles ceder²⁶. Acrescenta que as regras estabelecidas em uma constituição rígida e democrática visam a estabelecer determinados consensos mínimos, que estão fora da possibilidade de disposição pelos poderes constituídos (ibidem, 80-82). Desta forma, qualquer norma constitucional que possua o caráter de regra não estará sujeita ao arbítrio, configurando decisão inafastável estabelecida pelo constituinte originário.

O problema que se pode apontar é que as duas soluções perpassam pelo fato da necessária superação da ideia de “princípio” como norma de grande relevância, definição que, conforme já referido, encontra-se sedimentada no direito brasileiro. Aliás, esta definição em nada auxilia na investigação sobre o modo de aplicação dos direitos fundamentais. Afirmar que princípios são normas importantes e que, por isso, os direitos fundamentais – que já tem sua grande relevância indubitavelmente reconhecida – são princípios, é criar uma

²⁶ Assim, diferentemente da ideia amplamente difundida de que descumprir um princípio é mais grave do que descumprir uma regra – afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muita mais grave que transgredir uma norma qualquer” (2011, p. 967) – sustenta-se exatamente o contrário: a violação da regra é mais grave que a do princípio, desde que ambos possuam a mesma hierarquia, exatamente porque as regras, enquanto definição supostamente já ponderada pelo constituinte/legislador, possuem uma pretensão de decidibilidade não verificável nos princípios (ÁVILA, 2013, p. 97).

redundância quanto à importância dos direitos fundamentais, sem, contudo, explicitar o melhor modo para aplicá-los, com vistas à proteção destes.

Deve-se incentivar, portanto, exatamente esta superação: tratar dados direitos fundamentais como normas que possuem a natureza de regra é a forma mais eficaz de protegê-los, considerando que estas normas não estariam sujeitas à ponderação. Não apenas no tratamento quanto à sua natureza, mas na própria nomenclatura utilizada para definir o direito. Por exemplo, no lugar de *princípio da irretroatividade da lei penal mais severa* (JESUS, 2010, p. 52), *regra da irretroatividade da lei penal mais severa*.

Sobre a possibilidade desta mudança, Virgílio Afonso da Silva mostra grande ceticismo. O autor – ao discorrer que o *princípio da proporcionalidade* é, em verdade, uma *regra da proporcionalidade*, visto que não está sujeita à ponderação, devendo a norma ser cumprida no todo – sustenta que não se pode fugir da prática jurídica brasileira, que relaciona “princípio” à importância da norma, afirmando que “não há como querer, por exemplo, que expressões como ‘princípio da anterioridade’ ou ‘princípio da legalidade’ sejam abandonadas (...) qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso” (2002, p. 26).

Há razões para se discordar de tal posicionamento. Primeiro porque o esforço na tentativa de maior rigor terminológico, embora não tenha atingido unanimidade, possibilitou a ampla caracterização de *norma* como gênero e *regras* e *princípios* como espécies²⁷. Em segundo lugar, se até mesmo a mudança de entendimento sobre o significado de certas normas é possível – como defende Virgílio Afonso da Silva em uma proposição de diferenciação entre a proporcionalidade e a razoabilidade (2002, p. 23-50) – certamente também é possível a alteração da nomenclatura, bastando, para tanto, haver vontade e concordância doutrinária e jurisprudencial acerca da mudança.

A exemplo, no julgamento em controle concentrado da chamada “Lei da Ficha Limpa”, o relator Min. Luiz Fux, defendeu, embasado na conceituação utilizada por Ávila, que a “presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade (...)”²⁸.

Embora o entendimento do ministro de considerar o direito fundamental em questão como regra tem proporcionado uma interpretação desfavorável aos condenados, fica demonstrada a possibilidade de utilização do entendimento de que alguns direitos

²⁷ Ao passo que autores mais antigos, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizam *norma* com sentido de *regra*, em contraposição ao termo *princípio* (2011, p. 967).

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADIn 4578/AC. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 16.02.2012.

fundamentais possuem estrutura de regra, especialmente quando esta interpretação sirva para melhor protegê-los. Caso seja adotada a tese de que alguns direitos fundamentais possuem a natureza de regra e, por isso, não podem ser ponderados, ao menos uma modificação imediata deve ser feita em relação à teoria geral dos direitos fundamentais. Segundo sustenta a doutrina, não existem direitos fundamentais absolutos, estando todos eles sujeitos à cedência frente ao caso concreto²⁹.

Contudo, considerando que alguns direitos fundamentais, enquanto condensação de determinados princípios, constituem limites intransponíveis, inarredáveis qualquer que seja a situação, deve-se modificar o entendimento teórico para que se estabeleça que, malgrado os direitos fundamentais que se constituem em normas-princípios não são de fato absolutos, o mesmo não se pode afirmar quanto aos direitos fundamentais com estrutura de regras.

A opção à alteração doutrinária aqui sugerida é a aceitação de que, ao menos em tese, direitos fundamentais de extrema rigidez como a proibição da retroação da lei penal mais gravosa, podem de igual forma sofrer ponderação. Este, contudo, não parece ser o caminho que melhor busque a proteção dos direitos fundamentais, que, conforme assenta Noberto Bobbio (2004, p. 23), é o ponto mais relevante a ser desenvolvido acerca do tema.

Assim, independentemente da preferência pela doutrina proposta por Humberto Ávila ou por Robert Alexy, deve-se considerar que existem normas de direitos fundamentais que são regras, as quais não estão sujeitas à ponderação. A manutenção desta tese apenas não é compatível com a doutrina abalizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, visto que este apenas aponta que a *violação* a princípios é algo muito grave. É inegável, contudo, que diversos direitos fundamentais, por decorrência lógica de sua natureza, estão sujeitos a limitações (SILVA, 2011, p. 201-202), a exemplo da liberdade, da propriedade, da vida privada, dentre outros.

5 - CONCLUSÃO

Com base no exposto no presente trabalho, é possível concluir que:

1. Conquanto o conceito de “princípio” como norma de grande relevância esteja sedimentado na tradição jurídica brasileira, especialmente no que tange à nomenclatura de certas normas, esta não é a definição mais utilizada quando se busca aplicar as normas-princípio.

²⁹ Conferir, por exemplo: CUNHA JR., 2013, p. 611-612; MORAES, 2007, p. 169-170; ALEXY, 2008, p. 86.

2. Malgrado a doutrina alemã, notadamente a de Alexy, tenha em muito contribuído para o desenvolvimento teórico constitucional brasileiro, não se pode importar sua doutrina na totalidade, em vista de que suas lições foram embasadas na jurisprudência e Lei Fundamental alemã, nem sempre guardando pertinência com o texto constitucional brasileiro.

3. Desta forma, a ideia defendida por Robert Alexy de que todas as normas de direito fundamental têm ao menos o caráter de princípio – ainda que haja fundadas dúvidas mesmo à análise da Lei Fundamental alemã – não parece ter guarida quando colocada à prova da Constituição Federal brasileira.

4. O entendimento de que todas as normas de direitos fundamentais são princípios acabaria por enfraquecer aqueles direitos que não devem ser relativizados mesmo frente a fatos graves, exatamente por constituir um limite extremo impeditivo do arbítrio do Estado frente ao indivíduo.

5. Sem necessidade de alteração da doutrina de Alexy quanto à diferenciação entre as espécies de normas jurídicas, e desde que se entenda que nem todas as normas de direitos fundamentais são princípios, é possível chegar à construção teórica pretendida, a qual se entende como mais protetiva dos direitos fundamentais.

6. De forma semelhante, realizando um breve acréscimo à teoria proposta por Humberto Ávila – passando a sustentar que, malgrado as regras sejam também ponderáveis, as regras de direitos fundamentais não estão sujeitas a esta operação – é possível também chegar à tese exposta. Apenas a definição utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello não se mostra compatível com esta.

7. A adoção do entendimento firmado neste trabalho traz como consequência imediata a recusa à tese de que todos os direitos fundamentais são apenas relativos, estando sujeitos à ponderação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Luis Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Delina Santos. Hermenêutica Filosófica Aplicada ao Direito. **Revista do Cepej**, Salvador, n. XIII, 2013, p. 361-383.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. **Los Derechos Fundamentales y La Constitución**. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2009.

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. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Processual Geral**, n. 57. Rio de Janeiro, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: Juspodivm, 2013,

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. **Sistema de Derechos Fundamentales**. 3. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 9. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Ponderar Regras: um caso interessante. **Direitos Fundamentais**. 17 jul. 2012. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2012/07/17/ponderar-regras-um-caso-interessante/>> Acesso em 13 fev. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. Terrorismo e direitos fundamentais. In: **Constituição e Cidadania**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 317-320.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Beatriz Hennig *et al.* (trad.). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

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

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.