

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME OLIVEIRA DE ANDRADE

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES MATERIAIS À COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL**

**CURITIBA
2016**

GUILHERME OLIVEIRA DE ANDRADE

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES MATERIAIS À COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios.

**CURITIBA
2016**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

A553d
2016

Andrade, Guilherme Oliveira de
Os direitos fundamentais como limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal / Guilherme Oliveira de Andrade; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. -- 2016
283 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2016.
Bibliografia: f. 268-283

1. Direitos civis. 2. Cooperação internacional. 3. Proporcionalidade (Direito).
4. Direito penal. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 342.115

GUILHERME OLIVEIRA DE ANDRADE

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES MATERIAIS À COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
(Orientador)

Professor Doutor Fábio André Guaragni
Centro Universitário Curitiba

Professor Doutor Paulo César Busato
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Luís Alexandre Carta Winter
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Doutor Walter Barbosa Bittar
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 15 de março de 2016.

*Para Karen e Letícia, por me fazerem a
cada dia querer ser uma pessoa melhor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão desta etapa.

Inicialmente, a meus pais, por terem feito de mim quem eu sou.

À minha esposa, por tudo o que ela fez e deixou de fazer, sem nunca pedir nada em troca.

Ao meu sócio, Alessandro Maurici, por todas as lutas que lutamos juntos e por aquelas nas quais, na minha ausência, ele lutou sozinho.

A todos os professores que, ao seu tempo, contribuíram para minha formação acadêmica. Em especial, aos três orientadores que tive na vida. Ao professor M.e Eduardo Sanz de Oliveira e Silva, por ter despertado em mim a paixão pela pesquisa. Ao professor D.r Fábio André Guaragni, por todo o apoio e confiança em mim depositados e que me permitiram acreditar que era possível chegar até aqui. Ao professor D.r Rodrigo Sánchez Rios, por ter me instigado a pensar fora da minha zona de conforto e me permitido seguir os meus próprios rumos.

Aos amigos e colegas do corpo docente do Centro Universitário Curitiba, por tudo o que fizeram. Pelos cafés e piadas compartilhados, pelas palavras de estímulo e confiança, pelos livros emprestados que um dia hei de devolver, pelas substituições e por todo o resto. Em especial aos professores José Mario Tafuri, Tanya Kristyane Kozicki de Mello e Eloete Camilli Oliveira, pelo incentivo e incondicional apoio durante esta empreitada.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos.

*You may say I'm a dreamer
but I'm not the only one
I hope someday you'll join us
and the world will live as one
(John Lennon)*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar possíveis limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal, tendo em vista o crescente emprego deste instituto e a diversificação dos mecanismos de assistência utilizados. Por meio da pesquisa realizada, verificou-se que estes limites consubstanciam-se nos direitos fundamentais das pessoas concernidas pelos instrumentos de auxílio interestatal. Estes direitos, em um modelo de Estado Constitucional, exercem uma importante função limitativa da atividade estatal, impondo que se realize sempre em conformidade com eles. A partir da aceitação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, deve-se reconhecer a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, a sua aplicabilidade imediata e sua vinculatividade a todos os poderes constituídos. Tais direitos, assim, aplicam-se imediatamente à cooperação jurídica internacional em matéria penal e atuam como limites às suas próprias restrições. Compreendida a natureza preponderantemente principiológica destes direitos, qualquer restrição aos seus âmbitos de proteção tem sua validade condicionada à sua fundamentação constitucional, a qual se verifica por meio do controle de sua proporcionalidade. O emprego da regra da proporcionalidade, e de suas máximas parciais, como ferramenta de verificação da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais têm como consequência a imposição de um ônus de fundamentação à ponderação entre os princípios colidentes, dotando-a de maior racionalidade e controlabilidade. Assim, não apenas os direitos fundamentais atuam como limites materiais à cooperação internacional em matéria penal, mas também a regra da proporcionalidade inerente à sua natureza principiológica fornece meios aptos à verificação da adequação das normas restritivas a eles, impondo um forte ônus argumentativo a todos aqueles que pretendam justificar a validade ou a invalidade de determinada medida estatal face os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. Limites Materiais. Direitos Fundamentais. Restrições. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This study aims to identify possible substantial limits to international legal assistance in criminal matters, in view of the increasing frequency of this institute and the diversification of the mechanisms used. Through the research, it was found that these limits are embodied on the fundamental rights of people concerned by the instruments of interstate aid. These rights, in a Constitutional State model, have an important limiting function of state activity, requiring that it takes place only in accordance with them. From the acceptance of human dignity as fundamental principle, one must recognize the material opening of the fundamental rights catalog, its immediate applicability and its bindingness to all state powers. Such rights thus apply immediately to international legal cooperation in criminal matters and act as limits to their own restrictions. Understood the predominantly principle nature of the rights, any restriction on their protective areas has its validity conditioned to its constitutional grounding, which is verified through the control of its proportionality. The use of the rule of proportionality, and its partial maximas, as a tool for the verification of fundamental rights's restrictions's constitucionality have the effect of imposing a burden of justification to the balancing of conflicting principles, endowing it with greater rationality and controllability. Thus, not only fundamental rights act as substantial limits to international cooperation in criminal matters, but also the rule of proportionality inherent to its principle nature provides adequate means to the verification of the adequacy of restrictive rules to them, imposing a heavy argumentative burden to all those wishing to justify the validity or invalidity of state measures in face of fundamental rights.

Key-words: International Legal Assistance in Criminal Matters. Substantial Limits. Fundamental Rights. Restrictions. Proportionality.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo identificar posibles límites materiales a la cooperación jurídica internacional en materia penal, en vista de la creciente utilización de este instituto y la diversificación de los mecanismos de asistencia utilizados. A través de la pesquisa, se verificó que estos límites están incorporados en los derechos fundamentales de las personas concernidas por los instrumentos de ayuda interestatal. Estos derechos, en un modelo de Estado Constitucional, tienen una importante función de limitación de la actividad estatal, lo que requiere que se realicen solamente de acuerdo con ellos. A partir de la aceptación de la dignidad humana como principio fundamental, deben ser reconocidas la apertura material del catálogo de los derechos fundamentales, su aplicabilidad inmediata y la vinculación de todos los poderes constituidos a ellos. Por tanto, tales derechos se aplican inmediatamente a la cooperación jurídica internacional en materia penal y actúan como límites a sus propias restricciones. Comprendida su naturaleza principiológica, cualquier restricción en sus zonas de protección tiene su validez condicionada a su fundamentación constitucional, lo que se verifica a través del control de su proporcionalidad. El empleo de la regla de proporcionalidad, y sus máximas parciales, como herramienta de verificación de la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales tiene el efecto de imponer una carga de justificación a la ponderación de los principios en conflicto, dotándola de una mayor racionalidad y capacidad de control. Por lo tanto, no sólo los derechos fundamentales actúan como límites materiales a la cooperación internacional en materia penal, sino también la regla de proporcionalidad inherente a su naturaleza principiológica proporciona un medio capaz de verificar la idoneidad de las normas restrictivas a ellos, imponiendo una pesada carga argumentativa a todos aquellos que desean justificar la validez o la invalidez de cierta medida estatal frente a los derechos fundamentales.

Palabras-clave: Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal. Límites Materiales. Derechos Fundamentales. Restricciones. Proporcionalidad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARADIGMA LIMITATIVO	17
2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL	24
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ABERTURA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.3 A APLICABILIDADE OU EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
2.4 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL	56
3 LIMITES MATERIAIS ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	68
3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS	69
3.2 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	79
3.2.1 O Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais	83
3.2.2 As Intervenções ou Restrições aos Direitos Fundamentais	90
3.2.3 A Ausência de Fundamentação Constitucional	107
3.3 A PROPORCIONALIDADE	109
3.3.1 Proporcionalidade e Ponderação	113
3.3.2 A Regra da Proporcionalidade	115
3.3.3 A Estrutura da Proporcionalidade	117
3.4 EM BUSCA DO LIMITE MATERIAL: DA PROPORCIONALIDADE AO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	155
3.4.1 O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais	157
3.4.2 A Teoria Absoluta	159
3.4.3 A Teoria Relativa	162
4 RESTRUTURANDO OS LIMITES À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	167
4.1 SOBERANIA	167
4.1.1 O Movimento de Limitação da Soberania Interna	171
4.1.2 A Parábola da Absolutização da Soberania Externa	173
4.2 ORDEM PÚBLICA	176
4.3 REFORMULAÇÃO CONCEITUAL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL	182

4.4 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE A EFICIÊNCIA PROCESSUAL E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	192
4.5 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E A INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	200
4.6 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL, GARANTIAS INDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA GRADUALIDADE DOS REQUISITOS.....	214
4.7 MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INCIDENTES	221
4.7.1 Extradução	226
4.7.2 Cartas Rogatórias	238
4.7.3 Auxílio Direto	242
4.8 A PROPORCIONALIDADE APLICADA AOS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL.....	248
5 CONCLUSÃO	262
REFERÊNCIAS.....	268

1 INTRODUÇÃO

A presente tese é o resultado de pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e tem como objetivo analisar a atuação dos direitos fundamentais como limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Efetivamente, em seu início, o problema enfrentado dizia respeito à verificação da possibilidade de identificação de limites materiais à atuação estatal no âmbito da prestação de assistência entre Estados. Durante a pesquisa foi possível perceber, de um lado, que tais limites são impostos pelos direitos fundamentais dos indivíduos efetiva ou potencialmente atingidos durante o intercâmbio assistencial e, de outro, que a regra da proporcionalidade tal como estruturada por Robert Alexy se mostra como mecanismo apto a instrumentalizar esta função limitativa exercida por tais direitos.

Destaca-se desde já que o presente trabalho debruça-se sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal horizontal, ou seja, aquela que se realiza entre dois Estados soberanos, e não sobre a cooperação vertical, realizada entre um Estado e uma organização ou tribunal internacional.

O tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal tem recebido crescente atenção por parte da doutrina nacional e estrangeira. No entanto, pode-se perceber uma tendência de enfocá-lo sob uma perspectiva unilateral, que privilegia o seu aspecto instrumental a serviço da investigação e da persecução penal em detrimento da sua função garantista inerente à sua natureza penal e processual penal. Tal unilateralismo decorre, possivelmente, da especial atenção que vem sido dada ao tema por pesquisadores pertencentes aos quadros funcionais de órgãos atribuídos de funções investigatórias e persecutórias, como as corporações policiais, com destaque para a Polícia Federal, e o Ministério Público, notadamente o Ministério Público Federal.

Assim, bastante material foi e tem sido produzido sob este enfoque, destacando a expansão da criminalidade transnacional¹, suas causas associadas à

¹ A expressão criminalidade transnacional é utilizada neste trabalho em referência não a um ou alguns tipos penais específicos, mas àqueles crimes que por suas circunstâncias concretas são dotados de um modo de execução transnacional, apoiado nos mecanismos de fluidez surgidos a partir dos

globalização econômica, a magnitude dos seus efeitos, a importância e urgência do seu enfrentamento, os entraves burocráticos existentes na prestação da assistência jurídica internacional e a imperiosidade de se dotar os Estados de novos mecanismos e instrumentos aptos a permitir um adequado, célere e eficiente trânsito cooperacional em matéria penal. De fato, não se pode deixar de reconhecer a importância que o auxílio interestatal mútuo exerce atualmente na investigação e persecução de uma ampla gama de crimes, como o tráfico de drogas, a corrupção e a lavagem de capitais, tampouco a necessidade de aprimoramento das práticas internacionais em prol da sua efetividade.

Em que pese a relevância destas temáticas, o presente trabalho segue em sentido diverso, ancorando-se na premissa de que a busca da promoção da segurança e da justiça penal não pode ser realizada às custas de uma desmedida vulneração dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos suspeitos, acusados ou condenados, cuja progressiva aniquilação parece ser por muitos aceita como um preço necessário a ser pago. Sustenta-se, assim, no reconhecimento da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais sobre toda a atividade de cooperação jurídica internacional em matéria penal e na consequente reestruturação desta e de seus limites à luz destes direitos.

Busca, portanto, identificar nos direitos fundamentais dos indivíduos concernidos limites materiais oponíveis à atividade estatal de cooperação jurídica internacional em matéria penal e, para além disto, demonstrar a existência de uma ferramenta apta a instrumentalizar a verificação da adequação dos mecanismos de assistência interestatal às normas de direitos fundamentais: a regra da proporcionalidade.

Diante disto, o presente trabalho será desenvolvido em três capítulos. No primeiro deles aborda-se a temática dos direitos fundamentais como paradigma limitativo, analisando-se, de início, sua função de limitação do exercício do poder estatal, associada à vinculação destes direitos com as noções de Estado Constitucional e Estado de Direito. Na sequência, destaca-se a relação existente entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, salientando-se a posição de princípio fundamental estruturante desta e o seu papel na construção de uma abertura material dos direitos fundamentais. Por fim, discorre-se sobre a aplicabilidade

processos de globalização da economia, dos transportes e das comunicações, ou de efeitos ou consequências transnacionais.

imediate destes direitos, enfatizando-se sua incidência direta e irrestrita sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

O segundo capítulo da tese versa sobre as restrições aos direitos fundamentais e os limites a estas restrições. Para tanto, inicia-se pelo estudo da distinção entre regras e princípios tais como proposta pela teoria dos princípios alexyana para, em seguida, afirmar o caráter predominantemente principiológico dos direitos fundamentais. Ato contínuo, passa-se à análise do suporte fático das normas de direitos fundamentais, com o exame de seus três elementos: o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, as intervenções sobre estes e a ausência de fundamentação constitucional destas. Examina-se, em seguida, a regra da proporcionalidade como principal mecanismo de controle e limitação das restrições aos direitos fundamentais, expondo sua estrutura composta pelas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre esta última, destaca-se o arranjo formal-aritmético da fórmula do peso proposta por Robert Alexy com o objetivo de fornecer maior racionalidade e controlabilidade à ponderação. O capítulo encerra-se com a constatação do caráter estritamente formal da regra da proporcionalidade e a afirmação de que são os próprios direitos fundamentais intervindos que constituem os limites materiais às suas intervenções.

O terceiro e derradeiro capítulo do trabalho é dedicado ao tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal e a necessária reformulação dos seus limites à luz dos direitos fundamentais, abordando, de início, questões relacionadas à soberania e à cláusula da ordem pública. Adentrando especificamente na temática da assistência entre Estados, discorre-se sobre sua reformulação conceitual a partir do reconhecimento do concernido como sujeito de direitos e parte processual nos procedimentos cooperacionais. Na sequência, procede-se à análise da tensão entre eficiência e garantismo presente na cooperação jurídica internacional em matéria penal e da incidência sobre esta do princípio do devido processo legal, que culmina na emergência do princípio da gradualidade dos requisitos. Após isto, são expostos os três principais mecanismos de entreajuda penal, a extradição, a carta rogatória e o auxílio direto, e suas principais características. Ao final, a regra da proporcionalidade é aplicada sobre algumas das disposições restritivas de direitos fundamentais contidas nos regimentos destes institutos a fim de verificar a sua compatibilidade com estas normas jusfundamentais e demonstrar a adequação e prestabilidade daquela regra como ferramenta para a avaliação destes instrumentos

à luz dos direitos fundamentais compreendidos como limites materiais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARADIGMA LIMITATIVO

Tratar dos direitos fundamentais como limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal significa abordar a sua função limitativa. Impende, portanto, analisar de que forma esta função pode ser a eles atribuída dentro do modelo jurídico-político de Estado Constitucional adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado Constitucional é uma “tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber, a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativos medievais”, sendo dotado, portanto, de qualidades que o distinguem de outras formas de organização do poder. Complementa afirmando que, qualquer que seja o conceito ou a justificação que se dê ao Estado, não se pode, atualmente, concebê-lo senão como um Estado Constitucional (CANOTILHO, 2011, p. 89-90).

O Estado Constitucional caracteriza-se, assim, por possuir determinados atributos identificados pelo moderno constitucionalismo como essenciais à superação daqueles arbítrios, tais como o de ser um Estado submetido ao Direito, regido por leis e sem confusão de poderes. Mais do que isto, para o referido autor, estas qualidades apenas se farão integralmente presentes caso possua duas características fundamentais: ser um Estado de Direito e um Estado Democrático (CANOTILHO, 2011, p. 92-93). Jorge Miranda, nesta linha, afirma que, antes de tudo, “uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito (...) por imperativo de racionalidade (...) e de respeito dos direitos das pessoas” (MIRANDA, 1999, p. 111).

Relativamente à aludida função limitativa dos direitos fundamentais, este aspecto de Estado de Direito do Estado Constitucional sobressai em importância.

José Afonso da Silva leciona que, em sua origem, a noção de Estado de Direito “era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas”, tendo como “objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade”, pela qual toda atividade estatal deveria se submeter à lei (SILVA, 1988, p. 16).

José Joaquim Gomes Canotilho demonstra que, em que pese as diferenças

culturais e históricas entre a *Rule of Law* inglesa, o *Reign of Law* americano, o *État Légal* francês e o *Rechtsstaat* alemão, todos eles apresentam como traço comum o alicerçamento da “juridicidade estatal”. Neste sentido explica que a fórmula inglesa tinha como dois de seus desdobramentos a proeminência das leis sobre a discricionariedade do poder real e sujeição dos atos do executivo às leis emanadas pelo legislativo. Já o modelo americano refere-se à ideia de *government under law*, segundo a qual “o governo é sempre um governo subordinado às leis, entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípios de justiça e de direito”. Na perspectiva francesa, o Estado de Direito passa pela construção dos princípios da primazia da lei e da legalidade administrativa, que implicam na submissão do poder público ao direito, de forma que todas os atos estatais deveriam ter fundamento na lei e com ela guardar conformidade. Por fim, na acepção alemã, a limitação pelo Direito deveria se estender a todos os órgãos do Estado, assim compreendido o próprio soberano, condicionando-se toda atividade administrativa aos termos da lei (CANOTILHO, 2011, p. 93-97).

Assim, a juridicidade afigura-se como uma das dimensões da noção de Estado de Direito, impondo à atividade estatal limites de conteúdo, extensão e modo de proceder, conformando as estruturas do poder político, disciplinando o comportamento dos órgãos e agentes estatais e estabelecendo garantias jurídicas de modo a evitar e sancionar ações e atos arbitrários e irregulares praticados por estes (CANOTILHO, 2011, p. 243-244).

No entanto, concebido apenas a partir desta dimensão, o Estado de Direito nada mais seria do que um Estado de legalidade, “o que constitui uma redução deformante” da sua complexidade. De fato, este modelo estatal, apesar de ter no princípio da legalidade um de seus elementos mais importantes, nele não se realiza completamente, nem a ele se resume.

Nesta linha, ao lado da sua “submissão ao império da lei”, não podem ser ignoradas outras duas características típicas do Estado de Direito, a “divisão de poderes” e o “enunciado e garantia dos direitos fundamentais”, exigências que, para além de configurarem verdadeiras conquistas históricas, continuam a afirmar-se como postulados básicos deste modelo estatal (SILVA, 1988, p. 16-17).

Não se pode ignorar que o aparecimento dos Estados Constitucionais deveu-se, como destaca Dalmo de Abreu Dallari, a uma conjugação de fatores que lhe infundiram suas características fundamentais: a) a luta contra o absolutismo

anteriormente vigente e a busca pela limitação dos poderes dos governantes; b) a influência do racionalismo iluminista e a exigência de uma racionalização do poder estatal; e c) a afirmação jusnatural da superioridade do indivíduo e a declaração de seus direitos inatos oponíveis ao Estado. Segundo o autor, eis os três grandes objetivos políticos que, conjugados, resultaram no moderno constitucionalismo: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder” (DALLARI, 2002, p. 198). O Estado Constitucional é, assim, “uma forma de racionalização da vida e de limitação do poder estatal, que condensa o seu ideal no governo de leis e não de homens” (DUQUE, 2014, p. 54).

De fato, o núcleo essencial das primeiras Cartas fundamentais, desde a Magna Carta inglesa de 1215 até as declarações, estatutos e Constituições dos séculos XVIII e XIX, “está formado por regras sobre o limite do poder”, constituindo-se como um “sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos como garantia dos direitos fundamentais” (PERUCHIN, 2013, p. 42-43).

Efetivamente, tendo o Estado Constitucional surgido como consecução das pretensões de limitação do poder e de afirmação das liberdades individuais perante o Estado, não se pode reduzi-lo à mera exigência de legalidade administrativa. Ao lado desta, toda Constituição moderna, para que isto seja, “deve conter o reconhecimento expresso de certas esferas de autodeterminação individual, isto é, dos direitos individuais e das liberdades fundamentais, prevendo sua proteção contra a interferência de um ou de todos os detentores do poder” (DALLARI, 2002, p. 200-201). Se de fato “as noções de controle jurídico, de regulação da atividade estatal pelo Direito, [e] de limitação do poder estatal pela submissão à lei (...) aparecem como pontos centrais do conceito de Estado de Direito”, a eles deve ser somado o imperativo de “respeito à pessoa e a seus direitos fundamentais” como característica intrínseca a este modelo. (PERUCHIN, 2013, p. 39).

João Nunes Morais Junior, apoiado nas lições de Antônio Manuel Peña Freire, aponta, assim, que o Estado de Direito se caracteriza pela conjugação de três fatores: a) “a consagração do princípio da legalidade”; b) “a supremacia da constituição e, dentro desta, dos direitos fundamentais”; e c) “a funcionalização de todos os poderes do Estado para garantir o desfrute dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais” (MORAIS JUNIOR, 2007, p. 129). Jorge Miranda, na mesma linha, elenca seis elementos como postulados fundamentais do Estado de

Direito: o “princípio da legalidade da Administração”, o “princípio da constitucionalidade, com fiscalização, de preferência jurisdicional, da conformidade das leis com a Constituição”, “a pluralidade de órgãos governativos (...) com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa”, “a reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juízes”, a “reponsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes” e, por fim, “a definição rigorosa e a garantia efectiva” dos direitos fundamentais dos indivíduos, fazendo referência à proteção, “no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas” (MIRANDA, 1999, p. 108-109). Este rol é em boa medida acompanhado por Marcelo Caetano Guazzelli Peruchim que aponta como “características gerais do Estado de Direito” o império da lei, a legalidade da administração, a divisão de poderes e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa (PERUCHIN, 2013, p. 39).

José Joaquim Gomes Canotilho, assim, aponta, ao lado da juridicidade, a constitucionalidade e o sistema de direitos fundamentais também como pressupostos materiais subjacentes ao Estado de Direito. Sobre a primeira, afirma que “o estado de direito é um estado constitucional”, que, por isso, pressupõe a existência de uma constituição a qual, para além de estruturar uma ordem jurídico-normativa fundamental, a confere supremacia e a ela vincula todos os poderes públicos, neles incluído o próprio legislador.

A Constituição, assim, para além de distribuir competências e disciplinar formas e procedimentos, atua como “parâmetro material intrínseco” tanto dos atos estatais administrativos quanto dos atos legislativos, motivo pelo qual a validade jurídica destes está condicionada à sua conformidade constitucional (CANOTILHO, 2011, p. 245-246).

Neste sentido, a normativa constitucional atua como verdadeira ordem-moldura, retirando determinadas decisões da esfera de decisão e disponibilidade dos poderes constituídos e, conseqüentemente, pré-estabelecendo os seus espaços confinados de discricionariedade, limitados em sua extensão por tudo aquilo que a Constituição, por si própria, proíbe ou determina.

A liberdade de atuação dos órgãos e agentes do poder público, desta forma, está limitada a esta zona. Como destaca Robert Alexy, a Constituição, de um

lado, proíbe que os poderes constituídos tomem determinadas decisões ou pratiquem determinados atos e, de outro, obriga-os a outros, mas, na maior parte, outorga-os um campo de faculdades, dentro dos quais são eles livres para agir. Suas atuações serão constitucionalmente válidas e adequadas sempre que não extrapolem estes limites (ALEXY, 2014, p. 580-583). Conforme explica Marcelo Schenk Duque, o Estado de Direito é um Estado que simultaneamente controla os seus órgãos e é por eles controlado, atuando a Constituição como parâmetro material deste controle (DUQUE, 2014, p. 55).

Jorge Miranda, nesta linha, destaca que o Estado de Direito não se resume nem se confunde com um “Estado sujeito ao Direito”, sendo este apenas uma das facetas daquele, já que, antes de tudo, sequer se pode atualmente falar na existência de um Estado sem sujeição ao Direito e que não age “segundo processos jurídicos”. Para o autor, o Estado de Direito, mais do que isto, pressupõe a aceitação da sua “subordinação a critérios materiais que o transcendem” e que impõem uma “limitação material do poder político”, a qual, em última análise, “equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana” (MIRANDA, 1999, p. 108). Nesta linha, pode-se afirmar que o fundamento material do Estado de Direito está justamente no reconhecimento, na garantia e na promoção dos direitos fundamentais que, ancorados na dignidade da pessoa humana, atuam como baliza e guia das tarefas estatais (DUQUE, 2014, p. 56), reforçando sua base antropológica (CANOTILHO, 2011, p. 248). Pode-se até mesmo afirmar que o próprio “objetivo do Estado de Direito e de suas instituições se centra na pretensão de lograr uma suficiente garantia de segurança jurídica para os direitos fundamentais da pessoa” (PERUCHIN, 2013, p. 41).

Há, assim, uma “íntima relação” de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais”, já que o primeiro apenas se justifica e legitima caso garanta os segundos e estes os quais, por sua vez, dependem daquele para a sua garantia e realização (PERUCHIN, 2013, p. 39).

Destaca-se, assim, a íntima conexão entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, que se revela da “simbiose” entre este modelo estatal constitucional e o intento de proteção e garantia da liberdade individual. E, destinando-se, sobretudo, os direitos fundamentais ao asseguramento da liberdade, explícita fica sua vinculação ao Estado de Direito (DUQUE, 2014, p. 54). Efetivamente, é na distinção e contraposição entre Estado e pessoa e entre autoridade e liberdade que se afirmam

os direitos fundamentais como instrumentos de limitação do poder estatal (MIRANDA, 1999, p. 17-18).

Importante destacar, neste contexto, o “caráter contramajoritário” destes direitos, que se notabilizam pela “resistência que oferecem ao legislador” e aos demais órgãos estatais, garantindo uma “zona de atuação [individual] imune a intervenções dos poderes públicos”. Como destaca Luciano Feldens, as restrições impostas por estes direitos deixam claro que “é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário” (FELDENS, 2012, p. 41).

Robert Alexy aponta que, nesta sua relação com os poderes estatais, os direitos fundamentais se mostram simultaneamente democráticos e antidemocráticos. São democráticos porque, por meio da garantia da liberdade e da igualdade que proporcionam, asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas e a manutenção e o funcionamento do próprio processo democrático. No entanto, se revelam antidemocráticos, pois, fundados em uma desconfiança sobre o processo democrático, subtraem determinados poderes de decisão dos governantes e das maiorias parlamentares democraticamente legitimados (ALEXY, 1999, p. 65).

Destaca-se, assim, a sua função limitadora, pela qual se constrói e afirma “um conceito de espaço de liberdade” individual (DUQUE, 2014, p. 74). Jorge Miranda ressalta que estes direitos fundamentais tradicionais e de matriz liberal, por ele referidos como “direitos, liberdades e garantias”, englobam uma série de direitos de “diferente conteúdo, variável estrutura e passíveis de diversa concretização ou realização”, mas que podem ser aglutinados por “constituírem um sistema unitário à volta da ideia de liberdade e de limitação do poder”. Segundo o autor, esta percepção deve substituir aquela que afirma que a cada um destes direitos corresponderia como contrapartida um dever de abstenção por parte do Estado. Ressalta que esta associação imediata entre direitos, liberdades e garantias individuais e abstenção estatal não revela toda a complexidade, dentre outros, das garantias do processo penal ou dos direitos políticos (MIRANDA, 1999, p. 64-66).

Não obstante, conforme afirma Marcelo Schenk Duque, é de se reconhecer que os tradicionais catálogos de direitos fundamentais são concebidos precipuamente a partir de uma concepção destes direitos como “*status negativo*”, ou seja, como a garantia de uma esfera de liberdade individual frente a ação do Estado, fundamentando uma pretensão de omissão estatal e não uma demanda por uma prestação. Isto, no entanto, não apenas não afasta, mas, ao contrário, reforça sua

função limitativa e de asseguramento de uma “esfera de liberdade do particular [em face] de violações dos poderes públicos” (DUQUE, 2014, p. 74-75).

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma linha, aponta que os direitos fundamentais, em sua concepção liberal, constituem, em primeiro plano, “direitos de defesa do indivíduo contra a ingerência do Estado” sobre sua esfera geral de liberdade, objetivando, com isso, a limitação dos poderes públicos e atribuição a estes de um dever de respeito a determinados interesses individuais. Salaria que esta função defensiva das normas jusfundamentais não implica na exclusão total da intervenção estatal, mas na imposição de formas, condições e pressupostos materiais e procedimentais que a limitam. Conclui o autor que “a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si”, mas tão somente quando realizada “em desconformidade com a Constituição” (SARLET, 2012, p. 168).

A atuação limitadora destes direitos manifesta-se, como aponta José Joaquim Gomes Canotilho, sob uma dupla perspectiva. De um lado, constituem “normas de competência negativa para os poderes públicos”, proibindo determinadas ingerências sobre o âmbito jusfundamental dos indivíduos. De outro, afiguram-se como normas que conferem ao cidadão o poder de exercer determinados direitos e de exigir do Estado o não embaraçamento destas faculdades (CANOTILHO, 2011, p. 408). Daí falar-se, respectivamente, em suas perspectivas objetiva e subjetiva.

Efetivamente, a predominância, ainda hoje, destes direitos-liberdade nos catálogos constitucionais e nos documentos internacionais revela a prevalência da sua clássica função defensiva, que se confunde “com a própria função histórica original da constituição (...) de delimitar o poder estatal”, sobre as demais que podem ser a eles atribuídas, como as pretensões a prestações positivas e a participação política (DUQUE, 2014, p. 74-75). Nesta linha, Ruy Barbosa já chamara “a atenção para o fato de que todos os direitos individuais têm em comum sua característica limitadora do poder estatal” (SARLET, 2012, p. 172).

Desta forma, pode-se destacar dois pontos que se complementam: primeiramente, a percepção de que “os direitos fundamentais possuem a função primária de servirem de direitos de defesa do cidadão, oponíveis contra os poderes públicos” e, em seguida, que suas “tarefa[s] (...) não se esgota[m] nessa função de defesa”, exercendo eles uma série de outras funções complementares.

No entanto, deve-se reconhecer a prevalência de sua função defensiva, da qual extraem-se três principais desdobramentos: a) os direitos fundamentais têm sua

vinculação principal dirigida ao Estado; b) os direitos fundamentais dão origem a direitos subjetivos individuais; e c) os direitos fundamentais têm por função central a proteção e o asseguramento de uma “esfera geral de liberdade dos indivíduos” (DUQUE, 2014, p. 79-80).

Atuam, pois, com uma predominante função limitativa da ação estatal, impondo uma “atitude geral de respeito” resultante do reconhecimento não apenas de que o indivíduo é detentor de determinados direitos fundamentais inatos, mas da própria autonomia humana para “conformar a sua personalidade e (...) reger a sua vida e os seus interesses” (MIRANDA, 1999, p. 67), que em boa parte confunde-se com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, vale ressaltar que Ingo Wolfgang Sarlet, já nas primeiras linhas de sua obra dedicada ao tema da relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, destaca a “íntima e (...) indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”, a qual, segundo este autor, constitui “um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo” (SARLET, 2001, p. 26).

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

Inicialmente, e ainda que se reconheça desde já a impossibilidade de se estabelecer uma definição fechada sobre o tema, faz-se necessária uma aproximação à temática da dignidade da pessoa humana através da tentativa de se estabelecer os contornos de seu conteúdo e significado.

Efetivamente, em que pese não seja possível apontar a origem da noção de dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a ideia da existência de um valor intrínseco à pessoa humana já se encontrava presente no pensamento estoico no século III a.C. De acordo com esta linha da filosofia helênica, todo ser humano era dotado de uma qualidade inerente, intimamente ligada à sua liberdade individual, que os iguala em dignidade e os distingue das demais criaturas.

Na mesma linha, a doutrina judaico-cristã reconhece ao indivíduo um valor inerente à sua condição humana partindo da premissa de que teria sido ele criado à imagem e semelhança de Deus. Desta afirmativa, extrai como conclusão a premissa

de que todos os seres humanos são dotados “de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (SARLET, 2001, p. 30-31).

Esta noção de dignidade como valor inerente a todas as pessoas em decorrência tão somente da sua condição de ser humano, que se mantém presente ao longo do tempo nas obras de Tomás de Aquino, Pico della Mirandola, Francisco de Vitória e Samuel Puffendorf, atinge sua maturação com o pensamento de Immanuel Kant. Para este último, a dignidade humana teria como base a autonomia ética do ser humano e sustentaria que este, por ostentar uma qualidade inafastável de sujeito, não poderia jamais ser tratado, nem por si mesmo, como mero objeto (SARLET, 2001, p. 31-32).

Desta percepção decorrem as duas premissas que sintetizam a moderna concepção de dignidade da pessoa humana: a não instrumentalização (o homem é fim em si mesmo) e a autodeterminação (o homem é senhor de si mesmo) do homem.

Flávia Piovesan explica que, segundo a doutrina kantiana da dignidade humana, as pessoas devem existir, e ser tratadas, como um fim em si mesmas, jamais podendo ser arbitrariamente utilizadas como um meio ao atingimento de finalidades alheias. Este seria, na visão da autora, o traço que as diferencia dos objetos. Enquanto estes são fungíveis, substituíveis e possuem valor relativo, podendo ser usados como instrumentos ou meios na busca das finalidades humanas, aquelas são insubstituíveis e únicas, possuem valor intrínseco absoluto, constituindo fim em si mesmas (PIOVESAN, 2010, p. 29).

Com referência a Kant, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que tudo no mundo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui preço, as coisas, são substituíveis por outras de preço equivalente, já aquilo que é dotado de dignidade, as pessoas, estão acima de todo o preço, não admitindo substituição ou equivalência. As coisas, tendo preço, podem ser usadas, consumidas e até mesmo destruídas em favor dos interesses individuais de alguém. As pessoas, ao contrário, não o podem, pois a dignidade jamais pode ser posta em cálculo ou confronto como se coisa fosse, sob pena de sua supressão e conseqüente equiparação do homem dotado de dignidade ao objeto dotado de preço (SARLET, 2001, p. 33-34).

Ademais, segundo a lição de Kant, ao ser humano há de ser reconhecida uma liberdade inata como seu “direito original”, diante da sua aptidão de coexistir com seus semelhantes sem que a sua liberdade interfira ou impeça o exercício da liberdade

do outro. Desta liberdade decorre a afirmação da completa independência e autodeterminação do homem, impondo-se como senhor de si mesmo, imune de ser obrigado por outros a qualquer coisa a mais do que aquilo que pode, ele mesmo, por sua vez, obrigá-los (KANT, 2003, p. 83-84).

Nesta linha, a dignidade humana corresponde “à livre capacidade de autodeterminação de toda pessoa”, o que representa o “coração do [seu] patrimônio jurídico-moral” (SAES, 2011, p. 116), pois esta autonomia é “a base da dignidade humana” (PIOVESAN, 2011, p. 29).

É o homem, portanto, por sua inata dignidade, livre para se autodeterminar e para realizar suas decisões fundamentais de vida, não podendo ser-lhe retirada esta sua condição de sujeito, fim em si mesmo, mediante sua instrumentalização e submissão a vontades arbitrárias alheias.

Conclui Ingo Wolfgang Sarlet que é nestas lições de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva, ainda hoje, identifica as bases do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana, não sem críticas, no entanto. Isto porque a noção de matriz kantiana da dignidade como atributo exclusivo da humanidade propõe um criticável antropocentrismo extremado, elevando a pessoa humana a um patamar de superioridade sobre todos os outros seres vivos, cujas existências estariam, portanto, a serviço dos homens. Salaria assim, que, em linha diversa, sempre será possível sustentar a dignidade como atributo não exclusivo do ser humano, mas de todo ser vivo. Não obstante tal crítica, ressalta ser “incensurável (...) a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana (...) repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano” (SARLET, 2001. p. 34-35).

Isto porque, a partir dela, consagra-se a ideia da dignidade da pessoa humana como decorrente “tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância”, sendo ela, tão só por isso, “titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2001. p. 37). Ademais, decorrendo a dignidade da própria condição humana, há de se reconhecer que não se trata de algo que possa ser concedido ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, e, muito menos, ser-lhe subtraído. Pelo contrário, ao ordenamento jurídico é dado tão somente reconhecê-la, sem que isto retire a importância de tal ato (SARLET, 2001, p. 71).

A dignidade da pessoa humana é, portanto, e quanto a isso parece não

haver dúvidas, “qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”, não subsistindo este sem aquela, razão pela qual o respeito e a proteção deste valor “constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito” (SARLET, 2001, p. 27-28).

Não obstante a ampla aceitação destas premissas, a tentativa de se proceder a uma elaboração de uma definição fechada sobre o conceito, o significado, o conteúdo ou o alcance da dignidade da pessoa humana é tarefa não apenas impossível, mas, inclusive, questionável. Isto porque, trata-se de instituto de “contornos vagos e imprecisos”, caracterizado justamente por sua “ambiguidade e porosidade” (SARLET, 2001. p. 38).

Nesta linha, fazendo referência à lição de Michael Sachs, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que a dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com outras normas fundamentais, não se refere a um determinado e específico aspecto da existência humana, como a vida, a liberdade, a saúde e a intimidade, mas a uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer indivíduo e que representa justamente aquilo que constitui e identifica o ser humano como tal. Mostra-se, portanto, muito mais fácil identificar as situações nas quais a dignidade é agredida ou menoscabada, ou seja, apontar o que não é condizente com a dignidade humana², do que afirmar o seu conteúdo (SARLET, 2001. p. 38-39).

De fato, a dignidade da pessoa humana

não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento (SARLET, 2001. p. 40).

Não obstante, em que pese esta indefinição que recai sobre o seu conteúdo, há de se ressaltar que isto não impede que a dignidade produza e irradie seus efeitos, incidindo, simultaneamente, como limite e tarefa dos poderes estatais,

² Nesta linha, Günther Dürig, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconhecida como sujeito de direitos” (DÜRIG, Günther, *apud* SARLET, 2001, p. 58).

os quais representam verdadeiras dimensões defensiva e prestacional suas.

Efetivamente, entendida como limite, a dignidade da pessoa humana afirma-se em sua dimensão defensiva, como atributo inerente, inafastável e inalienável de todo indivíduo, e que estabelece uma inviolabilidade do núcleo da esfera jurídica do cidadão, sobre o qual qualquer intervenção estatal ou de terceiro é vedada, sob pena de descaracterização e desconstrução da própria condição de sujeito fim em si mesmo. Paralelamente, em sua acepção de tarefa, ou em sua dimensão prestacional, impõe ao Estado que dirija toda a sua atuação, em todas as suas esferas, à preservação e promoção da dignidade humana dos indivíduos, em especial mediante a criação de oportunidades e condições que possibilitem ao cidadão a satisfação de suas necessidades existenciais básicas e mínimas e a fruição e o exercício plenos de sua liberdade de autodeterminação (SARLET, 2001. p. 46-47).

Nesta linha, Flávia Piovesan destaca que, a partir do seu reconhecimento como princípio jurídico-constitucional fundamental, “o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo” (PIOVESAN, 2003, p. 390).

Trata-se, portanto, da “base antropológica (...) estruturante do Estado de Direito, que se impõe como parâmetro de constitucionalidade material que vincula toda atividade estatal” (SAES, 2011, p. 117).

Diante destas premissas, inegável, portanto, que a dignidade da pessoa humana é, por seu conteúdo e significado, complexa, não sendo possível, como já afirmado, reduzi-la a uma fórmula abstrata e genérica que encerre todo o seu conteúdo e significado. De fato, a busca pelo real sentido da dignidade da pessoa humana é algo que deve se realizar casuisticamente, em cada caso concreto, sob pena de redução de seu âmbito de proteção e incidência.

Pode-se, no entanto, apresentar um esboço conceitual da dignidade da pessoa humana, desde que não se pretenda com isto engessar a sua característica fluidez. Tal como proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se da

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Tal definição, como pode ser percebido, não se afasta da consagrada visão kantiana da dignidade da pessoa humana como imperativo de não instrumentalização e autodeterminação do homem.

Foi, no entanto, sobretudo em resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico associada à derrota do nazismo na Alemanha e do fascismo da Itália, sob um contexto de crítica e repúdio à concepção do ordenamento jurídico como conjunto formal de normas indiferente a quaisquer valores éticos, que a dignidade da pessoa humana adquiriu sua primazia nos ordenamentos jurídicos (PIOVESAN, 2010, p. 28).

Conforme explica Flávia Piovesan, ao passo que no plano internacional esta reaproximação do direito à matriz ética kantiana se concretizou com a criação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, no plano dos constitucionalismos locais, se materializou, em superação ao positivismo jurídico, com a abertura das cartas constitucionais à força normativa dos princípios e, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo a autora, funda-se um novo modelo de ordem jurídica que encontra na dignidade da pessoa humana o seu próprio sentido, sendo esta o seu ponto de partida e o seu ponto de chegada. Consagra-se, esta, assim, como “verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional quanto o direito interno” (PIOVESAN, 2010, p. 30).

Reflexo disso foi a opção, pelo constituinte pátrio, de elevar, já no artigo 1º do texto constitucional, a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Fez-se, com isso, inequívoca a sua intenção de outorgar a ela uma qualidade diferenciada de norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional, “inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material” (SARLET, 2001, p. 62).

Trata-se, portanto, de verdadeira “norma jurídica fundamental” da ordem jurídico-constitucional (SARLET, 2001, p. 64). De fato, é de se perceber que o constituinte optou por não inserir a dignidade da pessoa humana no catálogo de

direitos e garantias fundamentais, elevando-a a um *status* diferenciado de fundamento da República, ou seja, de princípio fundamental (SARLET, 2001, p. 68). Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin, nesta linha, afirma que a Constituição brasileira elevou a dignidade da pessoa humana “à categoria de seu princípio fundamental, constituindo-se em núcleo informador de todo o ordenamento jurídico (PERUCHIN, 2013, p. 40).

Nesta linha, desta sua qualificação emana a certeza de que se trata de verdadeira norma jurídica e, mais do que isso, de que “constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica”, razão pela qual pode ser tida como o “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa” (SARLET, 2001, p. 72).

Vale destacar que, de acordo com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito é um “sistema normativo aberto de regras e princípios”³. Efetivamente, trata-se de um “sistema aberto” pois apresenta uma “estrutura dialógica”, que se traduz na disposição e capacidade de “aprendizagem” de suas normas, tanto regras quanto princípios, para captar e se adequar às mudanças na realidade sócio-política, o que o dota de uma habilidade para “respirar, (...) enraizar e caminhar” (CANOTILHO, 2011, p. 1159-1163).

Nesta seara, o autor propõe uma quadripartida “tipologia de princípios”, subdividindo-os em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Ao lado disto, uma “tipologia de regras” que as classifica em regras jurídico-organizatórias (regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento) e regras jurídico-materiais (regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas).

E, paralelamente a esta tipologia, afirma que a articulação destes princípios e regras se dá no interior de um sistema que se assenta sobre princípios estruturantes fundamentais.

Efetivamente, ao passo que os princípios, como um todo, apresentam um distintivo caráter de fundamentalidade no sistema jurídico, os princípios estruturantes possuem especial destaque pois se caracterizam por serem “constitutivos e

³ Em que pese o autor esteja se referindo especificamente ao “Estado de direito democrático português”, a ideia pode ser ampliada para abranger qualquer Estado Democrático de Direito.

indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, configurando “as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”. Estes princípios densificam-se e concretizam-se por meio de outros princípios, gerais ou especiais, bem como por meio de regras constitucionais, constituindo, com eles, um “sistema interno” (CANOTILHO, 2011, p. 1173-1175). No entanto, e não obstante a dialeticidade entre todos estes, os princípios estruturantes atuam como baliza a todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Inegável, nesta linha, que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, possui este *status* de princípio estruturante fundamental, afirmando-se como valor supremo, fundante e legitimador do Estado Democrático de Direito brasileiro (SAES, 2001, p. 117).

Efetivamente, da análise dos valores elevados pelo constituinte nacional a fundamentos da República Federativa do Brasil, pode-se inclusive argumentar ser a dignidade da pessoa humana o fundamento dos fundamentos. Isto porque soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político apenas existem em decorrência e devem estar orientados em favor da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, portanto, do princípio que “unifica e centraliza todo o sistema normativo”, assumindo a posição de “superprincípio constitucional”, ou seja, de norma que orienta todo o sistema constitucional, dotando-o de racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2010, p. 31). E, assim, impõe-se como “núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” e do sistema jurídico como unidade (PIOVESAN, 2010, p. 27).

Até porque

considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular (PIOVESAN, 2010, p. 28)

De fato, salienta Flávia Piovesan que, na sua condição de princípio fundamental, e para além dela, a dignidade da pessoa humana possui um traço que

a diferencia de todas as demais normas constitucionais, que decorre do fato de que os seus fundamentos remetem diretamente à essência do ser humano. Segundo a autora, é a dignidade da pessoa humana que “unifica e centraliza todo o sistema” e que, com prioridade, sustenta e reforça a força normativa dos princípios constitucionais (PIOVESAN, 2003, p. 392-393).

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que este *status* normativo de princípio estruturante fundamental conferido à dignidade da pessoa humana não retira, mas, pelo contrário, afirma o seu caráter jurídico-normativo e, conseqüentemente, sua plena eficácia e aplicabilidade. Ademais, este seu enquadramento potencializa sua amplitude a magnitude, outorgando-lhe uma ainda maior pretensão de eficácia e efetividade (SARLET, 2001, p. 73-74), fundada no reconhecimento da força normativa da constituição, como proposta por Hesse, e na chamada “morte das normas constitucionais programáticas” (CANOTILHO, 2011, p. 1176).

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ABERTURA MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da afirmação de que a dignidade da pessoa humana constitui o princípio estruturante fundamental, fundamento dos fundamentos, do sistema constitucional brasileiro e, mais do que isto, do próprio ordenamento jurídico nacional, decorre a percepção de que é ela que, para além disto, confere “unidade de sentido, de valor e concordância” ao sistema constitucional de direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 79).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a alocação da dignidade da pessoa humana ao *locus* de princípio estruturante fundamental tem como consequência a afirmação de que é a pessoa humana o fundamento e o fim da sociedade e do Estado, e, portanto, do próprio ordenamento jurídico, nele englobado o sistema de direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 79-80). Efetivamente, este *status* diferenciado conferido à dignidade humana reforça a ideia intrínseca à conhecida equação liberal, segundo a qual “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário” (SARLET, 2001, p. 66).

Diante disto, como destaca Flávia Piovesan, o destaque conferido pelo

texto constitucional à dignidade da pessoa humana redimensiona a sua importância e enfaticamente privilegia a temática dos direitos fundamentais, o que se denota, mas a ela certamente não se resume, da inovadora topografia constitucional de 1988.

De fato, ao passo que as Constituições anteriores tratavam primeiramente das questões do Estado para, apenas ao final, reconhecer e disciplinar direitos, a atual carta realiza uma radical mudança de foco, “da lente *ex parte principe* para a lente *ex parte populi*”. Nesta linha, abandona-se o paradigma de textos constitucionais inspirados pela ótica do Estado, enunciador de poderes estatais e de deveres dos súditos, substituindo-o por um novo modelo de Direito fundado e guiado pela ótica da cidadania. Nas palavras da autora, a constituição “assume como ponto de partida a gramática dos direitos fundamentais”, fazendo com que o Estado se afirme sob a perspectiva destes direitos, e não o contrário (PIOVESAN, 2010, p. 32-33).

Efetivamente, a temática dos direitos fundadas é alçada à condição de *prima quaestio* constitucional, recebendo tratamento prioritário, segundo apenas, no texto da Constituição, ao estabelecimento dos fundamentos da República, da tripartição dos seus poderes, dos seus objetivos fundamentais e dos princípios reitores das suas relações internacionais. Antecede, portanto, e isso diz muito, a todo o título constitucional dedicado à própria organização do Estado, bem como aqueles dedicados à organização dos poderes e à defesa do Estado e das instituições democráticas, que devem ser lidos, portanto, à luz dos direitos fundamentais.

É notória a mudança em relação à Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional 1 de 1969, que apenas no Capítulo IV de seu Título II, após ter disciplinado sobre a organização nacional, o sistema tributário, a repartição dos poderes, a organização do poder legislativo, o processo legislativo, o orçamento, a organização do poder executivo, a segurança nacional, as forças armadas, o ministério público, os funcionários públicos, a organização do poder judiciário, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, trazia, em seu artigo 153, o tratamento constitucional dos direitos e garantias individuais.

Mais do que isso, elevando a dignidade da pessoa humana a este inédito patamar de princípio estruturante fundamental, o constituinte nacional alça os direitos fundamentais à condição de cláusulas pétreas, o que novamente reforça sua intenção de dotá-los, tanto os direitos fundamentais como a própria dignidade da pessoa humana, de primazia dentro do sistema jurídico (PIOVESAN, 2010, p. 33).

Até porque, ainda que se possa contestar, como o faz Ingo Wolfgang Sarlet,

que todos os direitos fundamentais possuem seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, é certo que podem, todos eles, ainda que de forma e intensidade variável, ser reconduzidos à noção da dignidade humana, uma vez que remontam sempre à ideia de proteção do âmbito de liberdade e desenvolvimento das pessoas. Por isto, o autor afirma ser devido o reconhecimento de que a dignidade humana atua como “elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais”, o que aliás se faz condizente com sua já afirmada função de princípio fundamental estruturante.

E, para além disso, complementa ressaltando que exerce ela, a dignidade da pessoa humana, uma “função instrumental integradora e hermenêutica”, atuando como parâmetro para a aplicação, a interpretação e a integração não apenas do sistema de direitos fundamentais ou do conjunto normativo constitucional, mas de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2001, p. 82-83).

Especificamente no que toca sua indissociável relação com os direitos fundamentais, é de se reconhecer que estes constituem-se em projeções e explicitações do conteúdo daquela, de forma que a afirmação da dignidade da pessoa humana como norma de supremacia hierárquica no ordenamento jurídica exige e, ao mesmo tempo, pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem em todas as suas dimensões ou gerações. Neste sentido, a negação de reconhecimento e proteção aos direitos fundamentais implica em verdadeira negação da própria dignidade humana (SARLET, 2001, p. 86-87).

Neste sentido, Silvana Barros da Costa e Carlos Luiz Strapazzon destacam que o respeito aos direitos fundamentais é requisito essencial para a conservação da condição de dignidade inerente a todos os indivíduos. Isto porque tratam-se de direitos que, inerentes à própria condição humana, “já nascem com o ser humano”, não podendo serem dele espoliados sem que com isso se lhe suprima, também, sua própria humanidade (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 22).

E, nesta linha, deve ser destacada que a dignidade exerce a importante de função de agir como “critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais” (SARLET, 2001, p. 97).

Neste ponto, algumas considerações se fazem indispensáveis.

A primeiro delas diz respeito à eventual distinção entre os conceitos de direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem. Segundo a doutrina constitucionalista e internacionalista, tratam-se de expressões que se referem a

conjuntos de direitos distintos. Não obstante, a partir do reconhecimento e adoção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, o qual promove a abertura do catálogo constitucional destes, esta separação se torna extremamente tênue.

Efetivamente, a tricotomia acima apresentada não esgota o feixe de designações comumente invocadas quando da referência a estes conjuntos de direitos. Ingo Wolfgang Sarlet, nesta linha, afirma ser ampla a utilização de outras expressões tais como direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos naturais e direitos civis, além de suas variações, como sinônimas de uma, algumas ou todas as três anteriormente referidas, ressaltando, com isso, “a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica” (SARLET, 2012, p. 27-28).

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, em trabalho em que pretende “registrar classificações” sobre o tema, aponta a utilização, ainda, de expressões outras como direitos do cidadão, liberdades políticas, direitos políticos, liberdades individuais e direitos da personalidade (CANOTILHO, 2011, p. 393-398). André de Carvalho Ramos adiciona à lista, ainda, figuras tais quais direitos da pessoa humana, direitos da pessoa, direitos fundamentais da pessoa humana e direitos essenciais do homem (RAMOS, 2013, p. 34).

Não obstante esta pluralidade de significantes, e ainda que Canotilho apresente, em sua proposta classificativa, significados próprios para cada uma destas expressões, o trinômio direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais é aquele que guarda maior relevância.

Sem embargo, a confusão no emprego dos termos não é de todo descabida. Isto pois, partindo-se do pressuposto de que apenas os seres humanos são titulares de direitos, todos os direitos, e evidentemente também os direitos fundamentais, são, antes de mais nada, direitos humanos ou direitos do(s) homem(ns), pois de titularidade sempre de pessoas humanas (SARLET, 2012, p. 29). De fato, pode-se até mesmo argumentar certa redundância na utilização das expressões direitos do homem ou direitos humanos, já que somente o homem pode ser titular de direitos (RAMOS, 2013, p. 38). No entanto, posta de lado esta questão, às expressões costuma-se dar sentidos individuais próprios

Sobre a distinção entre estes, Canotilho, de início, identifica diversidade de

conteúdo entre direitos do homem e direitos fundamentais. Assinala o autor que a primeira expressão faz referência àqueles “direitos válidos para todos os povos em todos os tempos”, de “natureza jusnaturalista-universalista”, portanto. Estes direitos emanariam da “própria natureza humana”, possuindo, assim, caráter atemporal e universal. Em outro vértice, a segunda fórmula se refere aos “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Tratam-se, portanto, na visão do autor, daqueles direitos objetivamente previstos e vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2011, p. 393).

Em relação à primeira destas expressões, direitos do homem, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que esta faria referência a todos aqueles direitos inerentes à natureza e à condição humana, independentemente de qualquer ato de sua posituação, seja no âmbito do direito interno, constitucional ou infraconstitucional, seja no campo do direito internacional. Tratar-se-iam, portanto, de “direitos naturais do homem”, os quais assumiriam uma dimensão pré-estatal, posto que anteriores a qualquer posituação, e supraestatal, visto que, tendo sua fonte na própria natureza humana, externa, portanto, ao Estado, seriam dotados de validade universal e vinculantes até mesmo aos constituintes originários (SARLET, 2012, p. 30).

Efetivamente, como aponta, André de Carvalho Ramos, trata-se de expressão cunhada pela doutrina jusnaturalista para afirmar a existência de direitos inerentes à natureza do homem oponíveis perante os Estados autocráticos europeus no seio das revoluções liberais (RAMOS, 2013, p. 36), naquilo que Ingo Wolfgang Sarlet denomina de “pré-história dos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 30).

Neste sentido, vale frisar o sentido atribuído a esta expressão nos corpos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Na primeira, afirma-se que “os homens nascem livres e iguais em direitos”, bem como que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. A segunda, por sua vez, dispõe que “todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posterioridade”, ressaltando, com isso, o caráter inato, universal, irrenunciável, imprescritível e pré-estatal destes direitos do homem.

Estes direitos do homem distinguem-se dos dois outros grupos, direitos humanos e direitos fundamentais, justamente por invocar esta inerência destes direitos à essência da condição humana, o que implica a sua existência

independentemente de qualquer ato no sentido de sua positivação em um determinado ordenamento jurídico.

Ao contrário, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais fazem referência àqueles direitos reconhecidos e positivados em determinado diploma normativo. Entre eles, no entanto, emerge como marco diferenciador aquilo que pode ser referido como critério do “plano de positivação” ou critério da “concreção positiva” (SARLET, 2012, p. 30-31).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão direitos fundamentais é empregada para aludir aos direitos referidos na esfera do direito constitucional interno de determinado Estado. Cinge-se ao “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente” e que possuem um “caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” determinado. Tratam-se, assim, de direitos positivos de matriz constitucional.

De outro lado, a fórmula direitos humanos acena àqueles constantes dos documentos de direito internacional, os quais aspirariam a uma pretensão de validade universal para todos os povos e tempos, independentemente de sua positivação nas cartas constitucionais estatais. Seriam, assim, direitos positivos de matriz internacional (SARLET, 2012, p. 29-31). Neste sentido, cumpre perceber o emprego desta expressão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inclusive de forma reiterada em seu preâmbulo, e na Declaração de Viena resultante da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993.

Nesta mesma linha, André de Carvalho Ramos sustenta que enquanto o termo direitos humanos é comumente acionado para definir os direitos “estabelecidos em tratados internacionais sobre a matéria”, a locução direitos fundamentais apontaria aqueles positivados pelo direito constitucional de um dado Estado (RAMOS, 2013, p. 37). Nisto, é acompanhado por Maria Garcia, que resume este diferente grau de concreção positiva classificando como direitos fundamentais aqueles positivados no âmbito constitucional interno e como direitos humanos os positivados nas declarações e convenções internacionais (GARCIA, 2002, p. 115-116).

Já Gustavo Tepedino afirma que, nesta seara, a doutrina brasileira não destoa da terminologia empregada de forma corrente na doutrina europeia, que reputa como direitos humanos aqueles “previstos em tratados ou convenções internacionais” e como direitos fundamentais aqueles “estabelecidos como garantias individuais

indisponíveis pelo Texto Constitucional, [e que] se constituem em fundamento da ordem pública interna” (TEPEDINO, 2014, p. 25).

Há de se reconhecer, portanto, que, a partir desta compreensão dos termos, não há, entre eles, uma simetria perfeita, não podendo as expressões serem tomadas como sinônimas. Tal ausência de identidade decorre da inexistência de uma congruência entre o rol de direitos humanos contemplados nos diversos documentos internacionais e aquele constante das diferentes Constituições nacionais, pois sequer há regularidade entre os distintos catálogos constitucionais. De fato, se por vezes os direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais ficam aquém daqueles contemplados internacionalmente, em outros casos, como parece ser, em boa parte, o brasileiro, a previsão no corpo da carta maior excede-os (SARLET, 2012, p. 33).

Não obstante, não se pode tomá-las como excludentes, haja vista a existência de direitos assegurados simultaneamente em documentos internacionais e no bojo da Constituição de um determinado Estado, o que implica em sua classificação tanto como direito humano quanto como direito fundamental (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 25). Até porque, não se pode desconsiderar que o mesmo espírito que inspirou a elaboração, após o segundo pós-guerra, de documentos internacionais de declaração e proteção de direitos humanos, manifestou-se como fundamento para as modernas Constituições promulgadas a partir de então. Mais do que isso, foram estas diretamente influenciadas por aqueles documentos internacionais, razão pela qual deve se reconhecer a “íntima relação” entre os referidos conceitos (SARLET, 2012, p. 32).

Um segundo ponto que merece destaque, e que, possuindo estreita relação com a questão acima exposta, atua como ponte para a temática da abertura material dos direitos fundamentais, diz respeito às noções de fundamentalidade formal e fundamentalidade material destes direitos.

Estes distintos espectros de fundamentalidade referem-se à existência de três espécies de direitos fundamentais: os direitos (apenas) formalmente fundamentais, os direitos formal e materialmente fundamentais e os direitos (apenas) materialmente fundamentais. Walter Claudius Rothenburg, assim, afirma que para a definição da fundamentalidade de um direito concorrem dois critérios, um que diz respeito à sua “posição normativa” e outro que se revela “pelo conteúdo do direito” (ROTHENBURG, 2000, p. 146).

Acerca do primeiro espectro, José Joaquim Gomes Canotilho aponta que

aqueles direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição são tidos como formalmente fundamentais, vez que “enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal”. Tratam-se, portanto, de todos aqueles direitos com assento constitucional, ou seja, previstos dentro do texto da carta política.

A estes se reconhece seu traço de fundamentalidade pelo só fato de constarem da posituação constitucional, independentemente, portanto, do seu conteúdo (CANOTILHO, 2011, p. 403-406).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que a fundamentalidade dos direitos formalmente fundamentais resulta da decisão tomada pelo constituinte de incluí-los no corpo da Constituição (FERREIRA FILHO, 2007, p. 4). Tratam-se, portanto, daquelas “posições jurídicas da pessoa (...) que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagrad[as] no catálogo dos direitos fundamentais” constante no corpo do texto constitucional (SARLET, 2012, p. 80).

O reconhecimento da fundamentalidade formal de determinado direito fundamental produz três principais consequências. A primeira delas é o reconhecimento formal e inequívoco de sua posição hierárquica dentro do Direito. Como norma constante do texto da Constituição, os direitos formalmente fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, ostentando, portanto, natureza supralegal.

O segundo desdobramento da fundamentalidade formal diz respeito à proteção adicional que é conferida a estes direitos em razão da maior rigidez atribuída às normas constitucionais. Assim, direitos formalmente fundamentais apenas podem ser objeto de reforma de qualquer natureza mediante o qualificado processo de emenda constitucional. Mais do que isso, estão os direitos fundamentais protegidos por uma cláusula de inabolibilidade.

Nesta linha, Maria Garcia argumenta que “tendo se integrado no patrimônio [jurídico] de seus destinatários, então e sempre, por força constitucional, tornam-se cláusulas pétreas, indevassáveis às reformas constitucionais e imunes às novas Constituições” (GARCIA, 2009, p. 257).

Por fim, tratam-se de normas às quais reconhece-se aplicabilidade direta e força vinculante imediata a todos os órgãos e esferas do poder público, bem como aos particulares (SARLET, 2012, p. 74-75). Isto pois, “uma vez previsto e garantido determinado direito fundamental pela Constituição, estão vinculadas todas as funções do poder estatal – legislativa, judiciária e executiva – para a sua aplicação e defesa”

(ZISMAN, 2009, p. 35).

Ao lado desse espectro formal da fundamentalidade dos direitos, é possível referir-se a um outro, de ordem material. Desde início, vale destacar que não se tratam de características excludentes, no sentido de que um direito seria ou formalmente ou materialmente fundamental. Pelo contrário, são traços que podem coexistir, de forma que um determinado direito fundamental pode ser dotado apenas de fundamentalidade formal, apenas de fundamentalidade material, ou de ambas.

Nesta linha, Canotilho adverte que, no âmbito dos direitos formalmente fundamentais, há aqueles que se beneficiam desta fundamentalidade apesar de seu conteúdo não poder ser considerado como materialmente fundamental, mas há também outros que, além de estarem revestidos da forma constitucional, devem ser considerados fundamentais sob uma perspectiva material, ou seja, em decorrência de sua natureza intrinsecamente fundamental. Estes últimos, portanto, dotados de ambos os espectros de fundamentalidade podem ser tidos como direitos formal e materialmente constitucionais (CANOTILHO, 2011, p. 406).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, esta noção de fundamentalidade material decorre da circunstância de serem determinados direitos fundamentais elemento constitutivo daquilo que se denomina de “Constituição material”, ou seja, do conjunto das decisões fundamentais que dão forma à estrutura básica do Estado. Neste sentido, este espectro da fundamentalidade relaciona-se com a circunstância de conter, o direito em questão, um conteúdo imbuído de uma carga valorativa que represente, em maior ou menor grau, as decisões fundamentais do constituinte sobre a forma do Estado e, em especial, sobre a posição ocupada pela pessoa humana dentro dele (SARLET, 2012, p. 75). Do ponto de vista material, explica Walter Claudius Rothenburg, direitos fundamentais são aqueles que “participam das opções constituintes, encerrando os mais caros valores sociais” e jurídicos (ROTHENBURG, 2000, p. 150), e que informam, como agrega Maria Garcia, “a ideologia política de cada ordenamento jurídico” (GARCIA, 2009, p. 246).

Direitos fundamentais materiais, argumenta Canotilho, seriam, portanto, aqueles “conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal” (CANOTILHO, 2011, p. 406). Inegável, aí, a estreita relação entre esta noção e a ideia subjacente à dignidade da pessoa humana.

E, se a determinação de um critério identificador desta fundamentalidade

material parece de diminuta importância quando se está diante de direitos formal e materialmente fundamentais, o mesmo não ocorre quando se passa a reconhecer a existência de direitos dotados apenas desta última.

Canotilho, nesta linha, assevera que o “problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais” (CANOTILHO, 2011, p. 404).

Isto porque, inegável que o catálogo dos direitos fundamentais expressamente reconhecidos pela Constituição nunca é exaustivo, a ele podendo sempre ser adicionados novos direitos fundamentais, sejam eles tidos como implícitos ao próprio texto constitucional, sejam provenientes de fontes formais externas ao corpo da carta política, tais como documentos convencionais internacionais (ROTHENBURG, 2000, p. 151).

Até porque, como lembra Maria Garcia, estando a existência humana inserida em um contexto de permanentes mudanças históricas, qualquer Constituição que se pretenda apta a tornar possível a “solução das múltiplas situações críticas historicamente mutantes” deve manter o seu conteúdo “aberto ao tempo” (GARCIA, 2009, p. 155). Há de se reconhecer que, não havendo um rol fechado dos riscos que podem recair sobre a pessoa humana, não é possível, da mesma forma, haver uma previsão taxativa dos direitos que lhe são inerentes (SARLET, 2012, p. 84). De fato, qualquer tentativa de se imprimir taxatividade ao catálogo constitucional de direitos fundamentais seria insatisfatória sob a perspectiva da proteção jurídico-constitucional da pessoa humana a longo prazo, diante da inevitável obsolescência deste rol.

Por tal razão, deve-se reconhecer, como apregoa Célia Rosenthal Zisman, que a enumeração constitucional dos direitos fundamentais é sempre aberta, “sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento” (ZISMAN, 2009, p. 38).

Nesta linha, a autora destaca que “é a fundamentalidade material que possibilita a abertura da Constituição para outros direitos, também fundamentais mas não constitucionalizados” de forma expressa, ou seja, formalmente (ZISMAN, 2009, p. 39).

A partir, então, do reconhecimento da existência de direitos que, em que pese não constem do específico catálogo constitucional dos direitos fundamentais, são, ainda assim, dotados desta fundamentalidade material, é que se pode, assim,

argumentar a existência da já referida abertura material dos direitos fundamentais, ou, na já invocada expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Tratam-se, como já visto, de direitos fundamentais localizados fora do catálogo constitucional, mas, mesmo assim, reconhecidos como direitos fundamentais materiais em razão de sua essência, bem como de sua equiparabilidade aos direitos formalmente fundamentais sob a ótica de seu objeto e importância dentro da ordem jurídica (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 27).

A existência destes direitos apenas materialmente fundamentais vem reconhecida pela própria Constituição brasileira que, em seu artigo 5º, §2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Previsão semelhante já podia ser encontrada no constitucionalismo norte-americano desde a 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 1791, e parte integrante da *Bill of Rights*, que dispunha que “a enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo⁴”. Na história constitucional brasileira, norma semelhante aparece pela primeira vez na Constituição de 1891, que em seu artigo 78 anunciava que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 1-2).

Em que pese a norma norte-americana possa ser tida como genitora das previsões contidas nas Constituições brasileira, David Wilson de Abreu Pardo destaca a existência de uma importante diferença entre elas. Segundo o autor, a cláusula estadunidense se reporta a direitos não enumerados na Constituição, mas que são conservados pelo povo, indicando, portanto, a existência de direitos prévios à redação constitucional que seriam retidos pelos cidadãos em que pese não anunciados expressamente. Nesta linha, sua função seria a de indicar que a não inclusão de determinado direito fundamental, já anteriormente reconhecido como tal, no texto constitucional não estaria a implicar uma renúncia ou revogação deste. Diversamente,

⁴ No original: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

as disposições brasileiras fazem referência a direitos decorrentes ou resultantes do regime ou dos princípios adotados pela Constituição, indicando que não se tratam de direitos fundamentais prévios ao texto constitucional, mas que, a partir do estabelecimento de certas normas constitucionais formais, podem ser delas deduzidos (PARDO, 2005, 114-115).

A referida norma contida no texto da vigente Constituição brasileira deixa clara esta que é apontada como uma das principais características dos direitos fundamentais: sua abertura, a qual pode também ser referida como “não taxatividade” (SARLET, 2012, p. 83), “inexauribilidade ou não tipicidade” (ROTHENBURG, 2000, p. 151).

Uma das questões cruciais que decorre do reconhecimento desta abertura material do catálogo reside na identificação de quais seriam estes direitos fundamentais nele não incluídos, a partir da identificação, de um lado, de suas fontes formais e, de outro, de um critério pelo qual se possa inferir a fundamentalidade de um direito a partir de seu conteúdo.

Sobre o primeiro prisma, da identificação do fulcro normativo destes direitos apenas materialmente constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que podem eles se tratar de direitos escritos e direitos não escritos. Os direitos fundamentais escritos abrangeriam, para além dos direitos expressos no catálogo, sobre os quais não recai qualquer problemática, aqueles previstos em “outras partes da Constituição” e aqueles “sediados em tratados internacionais”. Os não escritos, por sua vez, compreenderiam os chamados “direitos fundamentais implícitos” e os “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Constituição (SARLET, 2012, p. 87).

Sobre estes dois últimos, vale perceber que enquanto os primeiros se tratam daqueles que podem ser deduzidos diretamente, por via de ato interpretativo, de outros direitos fundamentais constantes do texto constitucional, tratando-se, portanto, de verdadeira “extensão (...) do âmbito de proteção” destes (SARLET, 2012, p. 89), os segundos se tratam daqueles que podem ser extraídos das normas definidoras do próprio regime constitucional e seus princípios reitores, com especial destaque para o disposto no Título I da Constituição, sob a rubrica de “Princípios Constitucionais”, onde se encontram estabelecidos os fundamentos da República Federativa do Brasil, a separação dos seus poderes, seus objetivos e os princípios que a regerão em suas relações internacionais (SARLET, 2012, p. 93).

Estar-se-ia diante, assim, de quatro espécies de direitos apenas

materialmente fundamentais.

Já no que toca à questão da existência de um critério identificador da fundamentalidade material dos direitos não formalmente fundamentais com base no seu conteúdo, deve-se, inicialmente, reforçar o destaque já feito ao papel que a dignidade da pessoa humana exerce neste contexto. Isto pois, considerando-se esta como a qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, valor máximo a ser protegido e princípio fundamental estruturante do Estado e de sua ordem jurídica, não há como desvincular dela qualquer tentativa de se estabelecer o referido critério de identificação da fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

Nesta linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho coloca que “não parece (...) sem propósito assinalar a ligação que há de haver entre tais direitos e o princípio da dignidade humana”, vez que “absurdo seria considerar direito humano fundamental, um direito que, embora importante, não se ligue ao âmago da natureza humana” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 2-3), no que é acompanhado por Cristhian Magnus de Marco, o qual afirma que a dignidade humana é “ pilar na identificação de direitos materialmente fundamentais” (DE MARCO, 2009, p. 8639).

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, leciona que na identificação destes direitos materialmente fundamentais localizados fora do catálogo constitucional formal deve-se sempre atentar para a sua “efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante” na Constituição (SARLET, 2012, p. 95), o qual, deve-se reconhecer, reside no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, segundo o autor, este valor “pode, com efeito, ser tido como critério basilar para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, assumindo de tal sorte (...) a função de elemento proliferador de direitos fundamentais ao longo dos tempos”.

Conclui, assim, que para que determinada posição jurídica fora do catálogo possa ser considerada como fundamental, é indispensável que seja ela “reconduzível de forma direta (...) ao valor maior da dignidade” (SARLET, 2012, p. 111).

No entanto, ressalta que, para além dessa sua recondutibilidade à dignidade da pessoa humana, somente poderão ser considerados direitos materialmente fundamentais aqueles que “por sua substância e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”, devendo, portanto, equivaler a estes “em seu conteúdo e dignidade”, o que, para o autor, deve levar em conta a exigência de que guardem, ainda que com intensidade variável, alguma relação com os princípios fundamentais da Constituição (SARLET, 2012, p. 91-94).

Não parece, portanto, acertada a posição mais restritiva defendida por Maria Garcia. Para a autora, que se baseia na noção de lei fundamental proposta por Lassalle, poderiam ser considerados como direitos fundamentais apenas aqueles dotados de fundamentalidade material, deles excluídos, portanto, os direitos apenas formalmente fundamentais. Diante disso, defende que direitos fundamentais seriam tão somente os cinco “direitos fundamentais básicos” previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição brasileira, quais sejam, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, e os demais direitos “diretamente vinculados” a um destes (GARCIA, 2002, p. 122).

Esta abertura material do catálogo de direitos fundamentais, abrangendo, para além daqueles nele constantes, também aqueles previstos em outras partes da Constituição, os implícitos, os decorrentes e os reconhecidos em tratados internacionais, reduz em muito a relevância da já mencionada distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, em razão do reconhecimento da fundamentalidade material de ambos, o que tornaria a distinção meramente formal. Célia Rosenthal Zisman, nesta linha, pondera que, se existe, entre eles, distinção formal relativa ao seu plano de positivação, “não há distinção entre tais universalidades em uma análise material” (ZISMAN, 2009, p. 36).

Não por outra razão, André de Carvalho Ramos opta por utilizar as expressões de forma indistinta, como se sinônimas fossem (RAMOS, 2013, p. 39).

Dentro deste contexto, cumpre destacar o especial tratamento dispensado pela Constituição brasileira aos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Inicialmente, vale recordar que, segundo a classificação tradicional, os direitos reconhecidos nos documentos internacionais devem ser tidos como direitos humanos, ao passo que aqueles dispostos no texto constitucional seriam denominados de direitos fundamentais. No entanto, esta dicotomia levaria em conta tão somente o aspecto formal da fundamentalidade dos direitos, deixando de lado a já referida fundamentalidade material e a consequente abertura do catálogo dos direitos fundamentais.

Neste contexto, o §2º do artigo 5º da Constituição brasileira reconhece a fundamentalidade dos direitos sediados nos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ou seja, afirma que aqueles direitos humanos são, também, direitos fundamentais.

Não obstante, o §3º do mesmo dispositivo, adicionado ao texto maior pela Emenda Constitucional 45/2004, assevera que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o que pode incutir a sensação de que, a partir da sua promulgação, apenas seriam dotados de fundamentalidade os direitos humanos constantes dos documentos internacionais que venham a ser internalizados ao ordenamento jurídico pátrio por meio deste procedimento qualificado.

Tal posição, no entanto, não é acertada.

Isto porque, como já exposto, a fundamentalidade material dos direitos fundamentais não contidos expressamente no catálogo constitucional decorre não, ou ao menos não apenas, de sua fonte formal, mas da própria essência do conteúdo do direito em questão. Assim, como destaca Flávia Piovesan, “todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade” (PIOVESAN, 2010, p. 72).

De fato, considerando-se que os direitos humanos reconhecidos pelos documentos internacionais têm sua fundamentalidade material retirada diretamente do §2º do artigo 5º da Constituição brasileira e de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana e com os demais princípios e direitos fundamentais, a isto nada acrescenta eventual procedimento diferenciado de internalização. São todos eles, independentemente de ter a internalização do documento se dado antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004 ou do procedimento de sua aprovação, direitos materialmente constitucionais e fundamentais (RAMOS, 2013, p. 266).

Célia Rosenthal Zisman, nesta linha, afirma que “seria impensável (...) afirmar que o novo §3º elimina o significado histórico e relevante do §2º do mesmo artigo”, prevalecendo este último no que toca à “recepção automática dos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais” quando se tratarem de direitos materialmente fundamentais (ZISMAN, 2009, p. 39).

O procedimento qualificado previsto no §3º não representa, de forma alguma, qualquer diminuição ou restrição do conteúdo ou alcance da abertura material contida no §2º. Pelo contrário, a regra contida naquele deve ser compreendida tão somente como requisito para a incorporação formal dos tratados internacionais ao

texto da constituição, dotando os direitos humanos neles reconhecidos de fundamentalidade formal, mas não como procedimento necessário à sua fundamentalidade material. Trata-se da única interpretação que se coaduna com o texto originário da Constituição e que não coloca em risco “os propósitos do constituinte originário expressos no artigo 5º, §2º” (DE MARCO, 2009, p. 8641).

Nesta linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que as principais funções do procedimento qualificado do §3º seriam as de: a) dotar de constitucionalidade e fundamentalidade formal eventuais direitos que não sejam, em si, materialmente fundamentais; e b) dotar de fundamentalidade formal não apenas o direito materialmente fundamental em si, mas também, eventualmente, o regime jurídico estabelecido pelo tratado internacional a este direito, englobando, por exemplo, “o modo e as condições de seu exercício”, que, a partir de sua aprovação mediante o procedimento qualificado, ganharia “*status* constitucional” apenas podendo ser alterado mediante Emenda Constitucional (FERREIRA FILHO, 2007, p, 5-6).

Nesta linha, conclui Flávia Piovesan que “o *quorum* qualificado está somente a reforçar tal natureza [constitucional], ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados internacionais de direitos humanos” e dotando os direitos humanos neles reconhecidos de fundamentalidade formal, para além da sua inerente fundamentalidade material (PIOVESAN, 2010, p. 72).

E finaliza, no sentido de que com o advento da norma contida no §3º, surgem duas espécies de tratados internacionais de direitos humanos, os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, sendo, no entanto, importante frisar que “todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais”, razão pela qual se pode afirmar que os direitos humanos neles previstos são, todos, direitos materialmente fundamentais (PIOVESAN, 2010, p. 79-80).

Diante disto tudo, é possível, valendo-se da lição de Ingo Wolfgang Sarlet, afirmar que, diante da abertura material dos direitos fundamentais, podem eles ser concebidos como:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo em

importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento da Constituição formal (SARLET, 2012, p. 77).

E, apenas para que não reste qualquer dúvida acerca disto, cumpre destacar que, em que pese sua pluralidade de fontes e, até mesmo, de funções no ordenamento jurídico, todos os direitos fundamentais estão sujeitos a um mesmo regime jurídico (SARLET, 2012, 161), o qual é compartilhado, ademais, pelas garantias fundamentais, que não possuem, assim, regime jurídico próprio e distinto (SARLET, 2012, p. 183).

Nesta linha, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos”, destacando-se nelas o seu “carácter instrumental de proteção dos direitos” (CANOTILHO, 2011, p. 396).

2.3 A APLICABILIDADE OU EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao falar-se em aplicabilidade ou eficácia dos direitos fundamentais, está-se referindo à “possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes” (SARLET, 2012, p. 238).

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a controvérsia acerca da eficácia das normas constitucionais, a qual abrange a das normas de direitos fundamentais, tem ocupado lugar central nas discussões da doutrina constitucionalista nacional desde, pelo menos, a Constituição Federal de 1891. Naquele contexto, ganha relevância a doutrina elaborada por Ruy Barbosa que, inspirando-se nas obras dos constitucionalistas norte-americanos, propôs fossem as normas constitucionais classificadas em normas autoaplicáveis ou autoexecutórias e normas não autoaplicáveis ou não autoexecutórias.

Segundo esta dicotomia, o primeiro grupo de normas constitucionais diria respeito àquelas que de pronto seriam aptas a produzir seus efeitos, independentemente de qualquer intermediação ou intervenção da ação legislativa

infraconstitucional.⁵ De outro vértice, o segundo grupo trata daquelas normas incapazes de, por si só, produzirem seus efeitos, ou seja, daquelas normas cuja eficácia estaria condicionada à posterior atuação habilitadora do legislador⁶ (SARLET, 2012, p. 242-243).

Há de se ressaltar, no entanto, que o próprio Ruy Barbosa, em lição de inequívoca atualidade, já advertia que não há na Constituição nenhuma norma que não possua uma ainda que mínima força imperativa.⁷

Esta doutrina, no entanto, partia da premissa de que, em sua maioria, as normas constitucionais pertenciam ao segundo grupo, das normas não autoaplicáveis, sendo, portanto, sua eficácia dependente da intervenção do legislador infraconstitucional. Tal concepção, que sofreu críticas de várias ordens durante o século XX, perde espaço, a partir da segunda metade deste, para uma nova corrente que vê a maior parte das normas constitucionais como plena e diretamente aplicáveis (SARLET, 2012, p. 244).

Ingo Wolfgang Sarlet, em aprofundado estudo sobre o tema, aponta a existência, na atualidade, de um certo consenso na doutrina no sentido de reconhecer como válida a “premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia”, mas tão somente uma “gradação da carga eficaz” destas. Complementa afirmando que, em que pese divergências pontuais, reconhece-se majoritariamente a existência de dois grupos de normas constitucionais: aquelas que, por apresentarem desde logo normatividade suficiente, estão aptas a produzir seus principais efeitos dispensando qualquer intervenção do legislador infraconstitucional, e aquelas que, por não apresentarem dita suficiência normativa, não possuem condições de gerar, de forma imediata, seus efeitos principais, dependendo, para tal, da atuação concretizadora da legislação ordinária. Diante desta dicotomia, refere-se

⁵ Nas palavras de Ruy Barbosa: “são, portanto, as determinações, para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação”. E ainda: “uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime” (BARBOSA, Ruy *apud* SARLET, 2012, p. 242-243).

⁶ Segundo Ruy Barbosa, são aquelas que “não revestem dos meios de acção essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu criterio, os habilite a se exercerem” (BARBOSA, Ruy *apud* SARLET, 2012, p. 243).

⁷ Segundo o autor: “não ha, numa Constituição, clausulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos” (BARBOSA, Ruy *apud* SARLET, 2012, p. 245).

a estas espécies normativas como “normas constitucionais de alta densidade normativa” e “normas constitucionais de baixa densidade normatividade”, sem, no entanto, afastar-se da utilização das expressões adotadas por José Horácio Meirelles Teixeira, para quem estar-se-ia diante de “normas de eficácia plena” e “normas de eficácia limitada ou reduzida”.

Importante a ressalva, no entanto, de que, a partir do reconhecimento de que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, é possível afirmar que são, em certa medida e nos limites do seu grau de normatividade, todas elas direta e imediatamente aplicáveis (SARLET, 2012, p. 251-253).

No que tange especificamente à eficácia das normas de direitos fundamentais, deve-se ter em mente que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º, dispôs que “as normas definidoras de dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Canotilho explica que esta aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁸ impõe a rejeição de qualquer “ideia criacionista” que conduza a uma posição de desprezo destes direitos enquanto não positivados ou regulamentados no bojo da legislação infraconstitucional. Significa, portanto, que se aplicam, eles, “independentemente de intervenção legislativa”, bem como que “valem diretamente contra a lei quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição”, implicando na inconstitucionalidade de todas as leis contrárias às normas consagradoras destes direitos fundamentais, bem como na não recepção das normas desta natureza anteriores à Constituição (CANOTILHO, 2011, p. 1178-1179).

Em que pese a clareza do dispositivo acima referido, algumas questões acerca do seu real alcance surgem.

A primeira delas recai sobre a abrangência da norma em decorrência de sua localização no corpo constitucional. Nesta toada, parece não haver dúvidas de que, em que pese a norma esteja inserida em um parágrafo do artigo 5º do texto constitucional, sua incidência ultrapassa os direitos e garantias previstos neste dispositivo, aplicando-se a todos os direitos fundamentais.

Neste sentido, partindo-se da premissa de que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a um mesmo e único regime jurídico, pode-se afirmar “a aplicabilidade imediata (...) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo

⁸ O autor, remetendo-se ao artigo 18º, item 1, da Constituição portuguesa, utiliza-se da expressão “direitos, liberdades e garantias”.

(arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”, o que, aliás, se harmoniza “com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, §2º da Constituição Federal (SARLET, 2012, p. 261-263).

A segunda questão parte da percepção de que os direitos fundamentais contidos no corpo constitucional podem ser classificados a partir das funções que exercem, subdividindo-se em “direitos de defesa” e “direitos a prestações”. Neste contexto, e sem adentrar aos meandros da tipologia dos direitos fundamentais, é possível afirmar-se pela inquestionabilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais de defesa, ou seja, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no que toca a sua função limitadora. Já no que toca aos direitos fundamentais a prestações, essa certeza inexistente (SARLET, 2012, p. 260).

A dúvida acerca da aplicabilidade imediata e direta dos direitos a prestações justifica-se pela percepção de que, enquanto os direitos fundamentais em sua função de defesa limitam-se a exigir uma ação negativa, ou seja, uma abstenção, por parte do seu destinatário, geralmente o Estado (ALEXY, 2014, p. 196), aqueles exigem de seu destinatário uma ação positiva. Assim, em sentido amplo, estes podem ser vistos como “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado”, mas não apenas dele. Robert Alexy explica que “o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal” (ALEXY, 2014, p. 442).

Neste último grupo dos direitos a prestações, Alexy engloba os “direitos a proteção”, os “direitos a organização e procedimento” e os “direitos a prestações em sentido estrito” (ALEXY, 2014, p. 444), todos eles, cada qual à sua forma, representando um direito a uma ação positiva a ser realizada pela contraparte do seu titular.

O problema, então, encontrar-se-ia na percepção de que boa parte destes direitos fundamentais a prestações estariam veiculados por meio de normas não dotadas de suficiente normatividade para sua autoaplicação, necessitando, assim, de concretização legislativa por meio de ato normativo infraconstitucional. Diante disto, Ingo Wolfgang Sarlet indaga se a norma contida no artigo 5º, §1º do texto constitucional teria, por si só, força normativa suficiente para “transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena

eficácia”.

A esta indagação, o próprio autor responde que, desde logo, deve se considerar que, ao incluir tal dispositivo na Constituição, o constituinte pretendeu, certamente, “evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os permaneçam letra morta no texto” (SARLET, 2012, p. 264). Até porque, como bem exposto por Ruy Ruben Ruschel, se a inclusão dos direitos fundamentais no texto constitucional tem como intuito “cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbítrio” estatal, a garantia constitucionalmente estabelecida restaria totalmente anulada se tais direitos não pudessem ser reivindicados ou exercidos senão após sua concretização por meio de ato legislativo infraconstitucional (RUSCHEL, 1993, p. 294).

Diante disto, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o já referido dispositivo teria como efeito a produção de uma “presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, a qual só poderia ser afastada em casos excepcionais e mediante a devida fundamentação e justificação. Assim, no que concerne aos direitos fundamentais, sua eficácia plena, direta e imediata deveria ser vista como regra geral, apenas excepcionalmente afastável (SARLET, 2012, p. 271).

Assim, para o autor, as normas de direitos fundamentais teriam uma eficácia diferenciada em relação às normas constitucionais em geral, as quais, como visto, podem ter não mais do que um mínimo de normatividade e eficácia inerente. Em relação àquelas, de forma diversa, haveria uma determinação no sentido de dotá-las da “maior eficácia possível”, ou seja, de uma eficácia reforçada decorrente da sua própria fundamentalidade.

De fato, “negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a sua própria fundamentalidade”, bem como “a posição de destaque que os direitos fundamentais ocupam na ordem jurídica” (SARLET, 2012, p. 272-273).

Na mesma linha, Walter Claudius Rothenburg afirma que às normas de direitos fundamentais deve ser reconhecida aplicabilidade imediata ou direta “sempre que viável”, afirmando que se tratam de comandos “tendencialmente completos” e aptos, portanto, a incidir de plano. Ressalta, no entanto, que a “estrutura normativa” de determinadas disposições impõe “temperos à pretensão de aplicação imediata dos direitos fundamentais”, a qual deve ser compreendida como um mandamento de “tentativa máxima”, não se tolerando “pretextos impeditivos da plena eficácia”

(ROTHENBURG, 2000, p. 154).

Não obstante, esta “presunção de aplicabilidade imediata” proposta por Ingo Wolfgang Sarlet parece reduzir demasiadamente a força da norma contida no artigo 5º, §1º do texto constitucional. Nesta linha, ainda que se possa afirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de diferentes níveis de normatividade, tratam-se, todas elas, de normas de aplicabilidade imediata real, e não presumida.

É justamente a posição adotada por Ruy Ruben Ruschel, que, partindo do reconhecimento da aplicabilidade imediata destes direitos, afirma que: a) qualquer interessado pode pleitear judicialmente o acesso imediato e concreto a qualquer direito fundamental; b) não pode o judiciário negar conhecimento ou provimento ao pedido de gozo do direito fundamental com base na ausência de regulamentação infraconstitucional; e c) a ausência de lei integradora da norma constitucional deve ser equiparada a uma lacuna, devendo ser colmatada por meio do recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (RUSCHEL, 1993, p. 296-297).

Walter Claudius Rothenburg, semelhantemente, coloca que “os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais” próprias, devendo-se reconhecer que, na ausência de previsão de meios específicos para a sua fruição, pode o seu titular valer-se dos meios ordinariamente previstos para o exercício de qualquer direito, tal como o procedimento judicial comum (ROTHENBURG, 2000, p. 154).

Ainda nesta linha, Flávia Piovesan destaca que o dispositivo contido no texto constitucional brasileiro reforça a imperatividade de todas as normas que veiculam direitos ou garantias fundamentais, instituindo a aplicabilidade imediata de todas elas, objetivando torná-los diretamente aplicáveis por todos os poderes constituídos. (PIOVESAN, 2010, p. 35-36). Até porque, perante a Constituição brasileira, todos os direitos fundamentais, independentemente se exigentes de uma abstenção ou de uma ação positiva pelo seu destinatário, estão submetidos a um mesmo e único regime jurídico (CLÈVE, 2006, p. 31), regime este que lhes atribui, conforme expressamente estabelecido pelo texto constitucional, aplicação imediata.

E sobre isto, Canotilho arremata que o sentido fundamental desta aplicabilidade imediata é de que os direitos fundamentais são “imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositivo* do legislador”. Não são, portanto, normas cujo comando normativo se

resume a determinar a produção infraconstitucional de outras normas, mas, pelo contrário, normas diretamente reguladoras das relações jurídico-materiais concretas, ainda que, em determinados casos, não seja inteiramente dispensada a concretização legislativa a fim de que se possa extrair, das normas constitucionais (materiais) de direitos fundamentais, direitos subjetivos concretos e definitivos (CANOTILHO, 2011, p. 438).

Não obstante, o próprio autor salienta que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais e que, por isso, sua proteção efetua-se sob a forma de um direito subjetivo atribuído ao seu titular (CANOTILHO, 2011, p. 1257), o que implica que a este é reconhecida a possibilidade de impor juridicamente seus interesses, neles incluídos seus poderes, liberdades e direitos a ações negativas e positivas, perante o destinatário do direito, ou seja, aquele que a ele está obrigado, geralmente o Estado (SARLET, 2012, p. 152-154).

E, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, ao lado desta perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais, por serem dotados de aplicabilidade imediata, revelam uma perspectiva objetiva, impondo-se como “princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional” e, conseqüentemente, norma diretiva da ação dos poderes públicos.

Desta dimensão objetiva resulta que os direitos fundamentais atuam como “norma de competência negativa” para todos os poderes públicos, restando o “*status* fundamental” individual a eles relativo subtraído da esfera de atribuição de ação dos órgãos estatais. Ao lado desta imposição negativa, aos direitos fundamentais reconhece-se uma “eficácia dirigente”, pela qual deles emana um conjunto de ordens dirigidas ao Estado que lhe impõe o dever permanente de sua concretização e realização.

Ainda, na qualidade de normas jurídicas que incorporam valores e decisões fundamentais da conformação jurídico-política do Estado, atuam eles como “parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais”, o que, aliás, não lhe é peculiar, por tratar-se de característica atribuível a toda e qualquer norma a que se reconheça valor constitucional. Relacionado a isto, ainda sob esta sua perspectiva objetiva, destaca-se serem os direitos fundamentais dotados de uma “eficácia irradiante” que lhes atribui a condição de diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional e aponta para a imperiosidade de que seja este sempre submetido a uma “interpretação conforme aos direitos

fundamentais”.

Por fim, mas não menos importante, surge como desdobramento desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais a atribuição a estes de uma função de atuar como “parâmetro para a criação e constituição” de organizações estatais e procedimentos. Desta forma, o conteúdo destes direitos não apenas informa a aplicação e interpretação das normas relativas às organizações e procedimentos, mas, para além disso, incide como comando no sentido de impor uma “formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais”, evitando que atuem como barreiras formais à realização material destes. Nesta linha, há de se reconhecer, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, a “íntima relação” entre os direitos fundamentais e o procedimento, de forma que os primeiros são dependentes do segundo para sua efetivação, mas, simultaneamente, sobre ele atuam para conformá-lo para que se realize de acordo e com respeito aos direitos fundamentais e para que suas diversas espécies estejam estruturadas de uma forma tal que se possa, por meio dele, realizá-los da melhor forma possível (SARLET, 2012, p. 142-150).

Vale destacar que estes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais vinculam o Estado em todas as suas atividades e poderes. Assim, o Poder Legislativo, mas não apenas ele, resta subordinado aos direitos fundamentais, devendo atuar em conformidade com eles, o que, de um lado, limita materialmente seu poder de editar atos normativos e, de outro, lhe impõe o dever de o fazer para concretizá-los. O Poder Executivo, da mesma sorte, avassala-se a estes direitos, devendo pautar todo o seu agir nos preceitos deles oriundos, o que lhe impõe um limite que, somando-se à legalidade administrativa, cerca-o de um dever de atuar em conformidade com e em favor dos direitos fundamentais. Também o Poder Judiciário, por sua vez, vincula-se a eles mediante o já referido dever de dar às normas jurídicas, a todas elas, interpretação e aplicação conforme os direitos fundamentais (ABADE, 2013, p. 77).

2.4 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Esta temática acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais traz à tona a questão sobre a incidência destes aos pleitos de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Conforme se abordará em capítulo destinado ao tema, a cooperação internacional tem sido tradicionalmente vista sob um viés estritamente estatal, pelo qual consideram-se como partes destas relações tão somente os Estados envolvidos, mas não os indivíduos por ela eventualmente atingidos em seus direitos, os chamados concernidos. Adotando-se uma perspectiva como esta, o espaço para qualquer discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais nos processos cooperacionais resta bastante reduzido.

No entanto, a substituição daquela visão por outra, como a adotada neste trabalho, que reconheça ao sujeito concernido um papel relevante, quiçá central, em tais procedimentos, confere importância à questão então escanteada.

A partir de tudo o que já foi exposto, há de se reconhecer que os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculantes a todos os órgãos e poderes estatais, pois, como explica Ingo Wolfgang Sarlet, a vinculatividade que aqueles exercem sobre todos estes constitui uma das principais decorrências da afirmação e reconhecimento de sua aplicabilidade imediata (SARLET, 2012, p. 373).

Desta forma, não há como se negar a incidência plena e direta destes direitos como disciplinadores de todos os atos praticados por agentes estatais brasileiros nos procedimentos, ativos ou passivos, de cooperação jurídica internacional dos quais o Brasil seja parte, aplicando-se a estes idêntico tratamento jurídico àquele que seria dispensado aos atos praticados dentro de um processo inteiramente nacional. Especial destaque deve ser dado, como destaca Ada Pellegrini Grinover, sem prejuízo de outras, às questões que envolvem os direitos do concernido de ser informado sobre os motivos que determinaram a sua prisão, o direito de requerer o controle da legalidade da prisão, a duração razoável do processo, a recorribilidade das decisões, a imparcialidade dos julgadores, o respeito aos direitos de defesa técnica e autodefesa, ao contraditório e à paridade de armas, bem como o direito à produção e participação na prova (GRINOVER, 1995, p. 76).

Nesta linha, ainda que determinado direito fundamental não esteja previsto de forma expressa no tratado ou na lei especial que regulamente determinada medida de assistência jurídica entre o Brasil e outro Estado, ou seja, que não haja previsão expressa em tais documentos sobre a incidência daquele direito durante a execução do ato de cooperação, será ele aplicável ao procedimento como consequência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A título de exemplo, e sem pretender adentrar, por hora, na discussão de se haveria ou não um direito ou garantia fundamental a estas posições, mas assumindo-se que sim, parece certo que, a partir do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ainda que não exista previsão específica no tratado ou na lei especial que reja o trâmite de carta rogatória expedida por determinado Estado ao Brasil sobre a possibilidade do concernido formular quesitos e indicar assistente técnico à prova pericial a ser produzida no território brasileiro, tais faculdades lhe seriam asseguradas pois podem ser diretamente extraídas de posições jurídicas fundamentais. O mesmo poderia ser afirmado quanto ao direito da pessoa detida de “ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz”, bem como de dela “recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão”, direitos ambos reconhecidos na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, integrantes, portanto, do bloco de constitucionalidade brasileiro e imediatamente aplicáveis a toda e qualquer prisão, inclusive as prisões para fim de extradição, ainda que tais faculdades não estejam previstas expressamente na lei brasileira sobre extradição ou no tratado que rege esta medida entre o Brasil e o Estado requerente.

Efetivamente, tratando-se de direitos fundamentais, exercem eles uma força vinculante sobre as autoridades judiciais brasileiras, que devem atuar sempre com a sua observância, bem como dar às demais normas jurídicas aplicação e interpretação conforme os direitos fundamentais, adequando os procedimentos para que tramitem em conformidade com eles.

Nesta linha, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que da norma constitucional instituidora da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais decorre uma “vinculação sem lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais”. Assim, não há sequer que se cogitar na possibilidade de uma atuação estatal que se dê sem a absoluta observância a estes, independentemente da natureza ou da forma mediante a qual a função pública se manifeste e seja desempenhada. Afirma o autor

que todas as funções exercidas pelos órgãos estatais se encontram obrigadas pelos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 374-375).

A questão adquire maior complexidade, e problematidade, quando se passa a cogitar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais como fundamento para que se recuse um pedido de cooperação tendo em vista a não observância destes pelo Estado requerente.

Denise Neves Abade, ao tratar do tema da incidência dos direitos fundamentais nos pleitos de assistência interetática, afirma que se trata de temática que tem sido esquecida na “nova fase da cooperação internacional”. Segundo a autora, está hoje bem desenhado o conflito provocado pela interação entre regimes jurídicos distintos em matéria penal e processual penal e que enseja discussões sobre a possibilidade e a intensidade de um controle a ser realizado pelo Estado requerido sobre o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos (ABADE, 2013, p. 85).

Em especial, emerge a problemática sobre a possibilidade de denegação da cooperação pelo Estado requerido sob fundamento de ter havido ou de existir forte indício de que haverá, no Estado requerente, violação aos direitos fundamentais do concernido.

Conforme exposto pela autora, três distintas posições sobre o tema emergem.

A primeira delas consiste em negar, simplesmente, que os direitos fundamentais possam assumir qualquer papel relevante nos temas cooperacionais, que se restringiriam às relações diplomáticas entre Estado requerente e Estado requerido. Tal corrente pode ser denominada de teoria do *non-inquiry* integral (ABADE, 2013, p. 85) e, segundo ela, a prática da assistência interestatal deve ser realizada de forma a favorecer a implementação da cooperação, o que se justificaria em nome dos “interesses da justiça” e da manutenção de “relações internacionais amistosas”, as quais se abalariam na eventualidade da recusa do auxílio com base em questões atinentes ao respeito dos direitos fundamentais (ABADE, 2013, 87-89).

Segundo John Parry, esta doutrina tem sua origem na jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana a partir de uma decisão datada de 1901, na qual aquele órgão posicionou-se no sentido de que a um cidadão que pratica um crime em um Estado estrangeiro não é dado insurgir-se quando submetido a um processo e julgamento conforme previstos pela lei daquele para os seus próprios

cidadãos. Tal conclusão decorre da assertiva de que a Constituição e as leis de um país não podem regular os procedimentos realizados em outro (PARRY, 2010, p. 1980-1981). Desta forma, não seria dado ao judiciário do Estado requerido averiguar acerca do procedimento ou do tratamento ao qual o extraditando estará sujeito no Estado requerente (PARRY, 2010, p. 1975).

Neste modelo, mostra-se impensável que o Estado requerido analise, em qualquer grau, a observância e o respeito dos direitos fundamentais por parte do Estado requerente, limitando-se a analisar os requisitos formais para a concessão do pedido (ABADE, 2013, p. 87), o que se dá sob a invocação da teoria do *act of state*, segundo a qual não é dado a um Estado imiscuir-se nos atos praticados por outros entes soberanos dentro dos seus próprios territórios. Tal modelo torna os atos estatais totalmente imunes a questionamentos e avaliação por parte de qualquer corte ou outro órgão estrangeiro (ABADE, 2013, p. 91).

A segunda possível posição é aquela que restringe toda e qualquer discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais aos termos pactuados nos tratados internacionais ou leis internas que disciplinam a cooperação jurídica internacional entre os Estados envolvidos. Esta corrente não nega a possibilidade de que estes direitos sejam invocados e aplicados nos pleitos cooperacionais, desde que “a forma e a intensidade desta incidência se dê nos termos do tratado ou, no máximo, da lei interna geral de cooperação” do Estado que pretende aplicá-los.

Trata-se de uma aplicação mediata dos direitos fundamentais, vez que dependente da mediação realizada por um ato normativo específico, e que pode ser referida como teoria do *non-inquiry* mitigado (ABADE, 2013, p. 85).

Resulta ela da rejeição de uma “aplicação acrítica da doutrina do *non inquiry*” diante da existência de um crescente número de casos, a partir da segunda metade do século XX, nos quais se passou a verificar que o indivíduo concernido estaria em uma posição visivelmente sujeita a violações em seus direitos fundamentais pelo Estado requerente caso o pedido de cooperação fosse cumprido, notadamente em casos de extradição (ABADE, 2013, p. 91). John Quigley, nesta linha, afirma que a emergência dos direitos humanos neste período passou a exercer forte pressão no sentido do abandono daquela teoria (QUIGLEY, 1996, p. 1217).

Diante disto, esta flexibilização da doutrina no *non inquiry* resultou na celebração de uma série de tratados internacionais que passaram a prever regras de proteção aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas, com a possibilidade de

denegação do pleito formulado com base em violações reais ou potenciais a estes (ABADE, 2013, p. 94).

Trata-se da doutrina inspiradora das principais regras sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil, com destaque para o Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815/80, que prevê um rol fechado de hipóteses que levariam à denegação da extradição, incluindo algumas relacionadas ao desrespeito aos direitos fundamentais do extraditando, como a vedação ao *bis in idem*, a não extradição motivada por crime político e a vedação a juízos ou tribunais de exceção.

No mais, tal diploma legal dispõe que “a defesa [do extraditando] versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição”, adotando o que ficou conhecido como contenciosidade limitada e vedando a invocação de quaisquer matérias de defesa que não aquelas relacionadas aos temas ali expressamente indicados. Exclui-se, portanto, a possibilidade de arguição, em defesa do extraditando, do descumprimento pelo Estado requerente de quaisquer direitos fundamentais que não aqueles expressamente indicados no ato normativo como aptos a ensejar a negativa do auxílio.

A terceira e última corrente mencionada pela autora afirma pela possibilidade de que seja aplicada, à cooperação internacional, a concepção interna de um Estado sobre direitos fundamentais, o que pode se dar de forma integral ou apenas parcial. Trata-se, assim, de uma teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais, a qual, como regra, será no sentido de impor ao Estado requerente que se adapte aos padrões protetivos vigentes no Estado requerido, quando este for mais rigoroso, sob pena de não atendimento do pleito cooperacional. Esta corrente pode ser subdividida em teoria da incidência imediata de matriz internacional e teoria da incidência imediata de matriz constitucional (ABADE, 2013, p. 86).

Denise Neves Abade explica que esta construção decorre do “reconhecimento de que as normas de direitos fundamentais vinculam todos os atos do Estado em seu território, inclusive aqueles que são realizados a pedido de outro Estado”. Assim, chega-se à conclusão de que todos os atos praticados durante a prestação do auxílio interestatal devem ser realizados “de acordo com os direitos fundamentais protegidos em sua Constituição ou nos tratados internacionais de direitos humanos celebrados, sem que seja necessário que tal incidência esteja prevista nos tratados cooperacionais ou nas leis gerais” que regem a cooperação

entre os Estados envolvidos.

Isto porque, uma vez reconhecido determinado direito como fundamental por determinado ordenamento jurídico, a este incumbe protegê-lo inclusive contra os efeitos dos atos passados praticados pelo Estado requerente ou mesmo dos atos futuros a serem provavelmente por ele executados. Sustenta-se que o Estado requerido, comprometido constitucionalmente à tutela daquele interesse, não poderia omitir-se e compactuar com a sua violação passada ou com a ocorrência de lesão futura a ele, sob pena de tal omissão configurar-se em verdadeira violação ao direito fundamental lesado, tornando-se o Estado coautor indireto da ofensa perpetrada (ABADE, 2013, p. 107-108).

John Parry, nesta linha, defendendo um abandono, ou ao menos uma forte mitigação, da teoria do *non-inquiry*, afirma que a aplicação dos direitos fundamentais na cooperação internacional, notadamente na extradição, deve ser vista sob o foco da sua incidência como reguladora da conduta dos agentes públicos nacionais e não sobre sua aplicação extraterritorial sobre os atos das autoridades estrangeiras (PARRY, 2010, p. 1997). O autor explica que, com esta mudança de foco, ao invés de requerer-se do Estado requerido que denegue a assistência em razão das prováveis condutas dos agentes estrangeiros, sob o argumento de que estas condutas seriam violadoras dos direitos fundamentais, passa-se a uma recusa em cooperar motivada pela proibição imposta por estes direitos aos agentes nacionais de auxiliar no processamento de uma pessoa que possa vir a ser submetida, no Estado requerente, a um conhecido ou provável tratamento violador destes (PARRY, 2010, p. 1999). Substitui-se, argumenta o autor, a visão de que o ato estrangeiro é violador de direitos fundamentais para uma visão segundo a qual o ato nacional de cooperação é que os viola.

O primeiro viés desta teoria é referido como incidência imediata dos direitos fundamentais de matriz internacional, e tem como base o sistema europeu de direitos humanos, centrado na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Neste sistema, exige-se dos Estados signatários daquela convenção que não prestem assistência a terceiros Estados, notadamente em sua modalidade de extradição, mas não exclusivamente nela, quando houver fundado receio de que possa haver, no Estado requerente, violação aos direitos fundamentais reconhecidos no documento. Sobre isto, explica Denise Neves Abade que, para a referida corte, “a proibição de submeter alguém a tortura ou tratamento

desumano gera uma obrigação em ricochete, ou seja, não pode o Estado extraditar um ser humano sob sua jurisdição para outro Estado, no qual haja o risco fundado de que sofra tais tratamentos odiosos” (ABADE, 2013, p. 135), independentemente da existência de qualquer previsão nesse sentido no tratado que rege as relações de cooperação internacional entre estes Estados. Isto porque a denegação do auxílio, neste caso, decorre diretamente da incidência imediata dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre os atos a serem praticados pelo Estado requerido dela signatário (ABADE, 2013, p. 142-143).

John Quigley demonstra que posição semelhante foi adotada pelo Comitê de Direitos Humanos em relação às normas contidas no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Segundo este Comitê, “se um Estado parte extraditar uma pessoa sob sua jurisdição em circunstâncias tais que resultam em um risco real de que seus direitos assegurados pelo Pacto serão violados em outra jurisdição, o próprio Estado membro poderá estar violando o Pacto”⁹ (QUIGLEY, 1996, p. 1221). Diante disto, passou-se a reconhecer que é dever do Estado requerido, por meio de seu judiciário, impedir a extradição quando for possível antecipar a ocorrência de violação aos direitos humanos do extraditando assegurados pelo Pacto (QUIGLEY, 1996, p. 1226).

É em sentido semelhante a este que se posiciona Fábio Ramazzini Bechara, ao defender que a cooperação jurídica internacional deve realizar-se dentro de um marco de garantias “comum a todos os sistemas”, ou seja, em observância a “parâmetros ou standards, universalmente reconhecidos pelos textos internacionais” incorporados aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais (BECHARA, 2011, p. 94-95) e que integram o conteúdo da garantia de um processo justo e equitativo (BECHARA, 2011, p. 91.).

Este padrão normativo universal, que segundo o autor “apresenta-se como a solução para a superação das diferenças entre os sistemas” processuais em contato, abrangência, o direito à prova, a presunção de inocência, o contraditório, a igualdade de armas, o direito de defesa, a duração razoável do processo, a assistência gratuita de intérprete e o respeito à intimidade, à vida privada e à inviolabilidade do domicílio (BECHARA, 2011, p. 95).

⁹ No original: “if a State party extradites a person within its jurisdiction in circumstances such that as a result there is real risk that his or her rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant”.

No entanto, tal vertente de matriz internacional da teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais representa uma visão extremamente restrita acerca da aplicabilidade destes direitos aos pleitos de cooperação, pois limita-a àqueles direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Como consequência, afasta a aplicação direta de todos os demais direitos fundamentais que não aqueles. Estranhamente, tal proposta, ao passo que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais reconhecidos em documentos internacionais, rejeita a incidência direta dos direitos fundamentais reconhecidos pelo próprio texto constitucional do Estado requerido, o que, apesar de poder ter razão de ser em um modelo que reconheça força supraconstitucional a determinados tratados internacionais, não parece compatível com um sistema que coloca na Constituição seu ápice normativo.

De outro vértice, Denise Neves Abade menciona uma segunda versão do modelo que afirma a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais aos processos de auxílio interestatal. Trata-se da chamada incidência imediata dos direitos fundamentais de matriz constitucional. Melhor sorte, no entanto, também não assiste a esta. Isto porque, segundo esta concepção, à cooperação jurídica internacional seria aplicável, de forma direta, “o núcleo essencial dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição do Estado requerido”, de forma que “a supressão, pelo Estado requerente, em seu pleito cooperacional, do conteúdo essencial de direitos fundamentais acarreta o indeferimento do pleito” (ABADE, 2013, p. 109). Assim, a cooperação apenas poderia ser prestada por um Estado quando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos não tenha sido violado pelo Estado requerente, bem como quando não exista fundado receio de que possa vir a sê-lo no futuro (ABADE, 2013, p. 117).¹⁰

Nesta linha, argumenta a autora que, segundo esta concepção, “não se trata, então, de exigir que o Estado requerente tenha a mesma configuração de proteção penal e processual penal do Estado requerido, mas sim que preserve o núcleo dos direitos fundamentais tal qual entendido no Estado requerido”, procedendo-se, com isso, a uma diferenciação entre o conteúdo dos direitos

¹⁰ Esta concepção adota, importante salientar, uma visão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais tal como proposta pela chamada teoria absoluta do conteúdo essencial, para a qual cada direito fundamental possui um conteúdo nuclear fixo e predeterminado que não pode, em hipótese alguma, ser violado. Sobre esta teoria e as razões pelas quais deve ela ser preterida em favor da adoção de uma teoria relativa do conteúdo essencial discorrer-se-á no capítulo seguinte.

fundamentais que incide internamente sobre a atuação dos órgãos e agentes estatais (conteúdo *ad intra* dos direitos fundamentais) e o conteúdo aplicável aos pleitos de cooperação e cuja observância seria exigível das autoridades estrangeiras (conteúdo *ad extra*). Assim, enquanto os órgãos e agentes nacionais estariam obrigados à observância total e irrestrita dos direitos fundamentais, do Estado requerente exigiria-se tão somente o respeito ao núcleo essencial universal destes, referido também como "conteúdo absoluto dos direitos fundamentais" (ABADE, 2013, p. 126-127).

E, na definição do alcance deste conteúdo absoluto, emergiria como critério balizador o valor da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, destaca a mencionada autora que pode e deve ser exigido do Estado requerente apenas o respeito ao núcleo irrenunciável do direito fundamental inerente e imprescindível à garantia da dignidade humana.

Assim, não seria imposta ao Estado requerente a observância de toda e qualquer garantia processual integrante do modelo de devido processo legal adotado pelo Estado requerido, mas unicamente os "seus princípios básicos, ou seja, a essência do processo justo", noção esta que deve ser refinada através do recurso à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado requerido (ABADE, 2013, p. 128-129).

Ainda que esta vertente de matriz constitucional da teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais represente, de início, uma posição mais coadunada com a imperatividade da tutela dos direitos fundamentais do concernido, sua adoção nos moldes acima descritos faz com que acabe por incidir nas mesmas limitações que se faziam presentes na sua vertente de matriz internacional. Isto porque termina por limitar a aplicabilidade direta, nos processos de auxílio interestatal, ao conteúdo absoluto dos direitos fundamentais, reduzindo-os aos contornos a eles estabelecidos pelos documentos internacionais de direitos humanos e ignorando a maior amplitude e abertura a eles conferida pelos textos constitucionais.

Compreendida nestes parâmetros, tal teoria, à semelhança das demais anteriormente expostas, parece não atender de forma adequada à previsão contida na Constituição que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Não obstante, esta vertente constitucional da teoria pode se amoldar de forma mais adequada a tal disposição constitucional se compreendida sob uma perspectiva mais abrangente. Nesta linha, a posição que melhor dá vazão à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais à cooperação jurídica internacional em

matéria penal é a protagonizada por Ada Pellegrini Grinover.

Tal posição afirma pela necessidade e possibilidade de o Estado requerido exercer um controle substancial e processual sobre o tratamento dispensado ao concernido pelo Estado que lhe solicita assistência jurídica em matéria penal. Trata-se, segundo a autora, de uma visão da jurisdição e do dever de proteção dos direitos fundamentais desligada da noção territorial de cada Estado envolvido, calcada na atribuição a estes de uma “responsabilidade direta e imediata (...) pelas violações, ainda que potenciais, aos direitos humanos por qualquer das partes” da relação de cooperação, da qual se extrai a impossibilidade de que o Estado requerido se mantenha em posição de “neutralidade (...) diante de violações evidentes das garantias fundamentais” (GRINOVER, 1995, p. 76-78).

Decorre de uma visão de que a soberania não pode mais ser vista como “absoluta, territorial e sagrada, mas condicionada e limitada por obrigações legais perante os indivíduos que simultaneamente enfraquecem as fronteiras e se estendem para além delas”¹¹ (COLE *apud* PARRY, 2010, p. 1977).

Surge, portanto, um dever de não prestar cooperação nos casos nos quais tenha havido ou haja fundado receio de que possa haver, no Estado requerente, violações de tal natureza. De fato, diversos Estados passaram, nas últimas décadas, a inserir em suas legislações internas, para além das tradicionais situações de recusa de auxílio quando se estiver diante de *bis in idem* ou julgamento por tribunal de exceção, dispositivos no sentido de que a assistência jurídica será negada quando se verificar a ocorrência, passada ou potencial, de violação a direitos e garantias fundamentais do acusado. Nesta linha, Ada Pellegrini Grinover cita previsões legais no sentido de denegação da cooperação em processos nos quais não houve citação válida ou tenha o acusado sido julgado à revelia, bem como em processos que contenham provas obtidas por meios ilícitos, nos quais tenha sido cerceado o direito de defesa do réu ou ainda violado o devido processo legal (GRINOVER, 1995, p. 78-79).

Segundo a autora, é possível perceber a progressiva restrição imposta à antes absoluta “esfera de domínio reservada a cada Estado”, baseada nas teorias do *non inquiry* e do *act of state*, não mais se admitindo a indiferença por parte do Estado requerido aos tratamentos violadores de direitos fundamentais dispensados aos

¹¹ No original: “sovereignty is no longer absolute, territorial, and sacred, but conditional and limited by legal obligations to the individual that simultaneously pierce the border and extend beyond the border”.

indivíduos pelo Estado que lhe solicita assistência (GRINOVER, 1995, p. 80). Até porque, como ressalta John Parry, ocorrendo eventual violação aos direitos fundamentais do concernido no Estado requerido após a prestação da cooperação, não se pode ignorar que esta apenas ocorreu porque o auxílio foi prestado.

Diante disto, é crucial que se reconheça que os direitos fundamentais reconhecidos internamente proibem que qualquer agente estatal nacional participe de atos que os violem, inclusive por meio da prestação de assistência jurídica internacional em contextos nos quais a ocorrência desta violação é provável (PARRY, 2010, p. 2019-2020).

E, mais do que isso, a partir do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da vinculação a eles de todos os poderes públicos, este controle sobre o respeito aos direitos fundamentais pode ser realizado ainda que não haja previsão expressa sobre esta possibilidade em nível legal. Até porque, estando os órgãos estatais vinculados a estes direitos, isto significa que apenas podem e devem praticar atos que estejam em conformidade com eles, bem como que, ao praticá-los, devem o fazer de forma a dar-lhes aplicação e interpretação conforme os direitos fundamentais.

Neste sentido, é válida a lição de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 378).

Tal orientação, saliente-se, não se restringe aos órgãos do poder executivo, mas estende-se aos órgãos dos demais poderes, seja no exercício de suas funções típicas, seja no exercício de funções atípicas.

Há de se ressaltar, no entanto, que, no que toca à esfera processual, não se trata de exigir que o feito principal, em curso perante o Estado solicitante, tenha tramitado nos exatos moldes procedimentais previstos na legislação do solicitado, posto que isto inviabilizaria, ao menos até uma eventual e improvável harmonização perfeita entre as diversas legislações e sistemas, qualquer forma de cooperação. Pelo

contrário, este controle deve ser realizado com base em parâmetros que visem aferir a observância dos direitos e garantias fundamentais indispensáveis à noção de devido processo legal, compreendidos como “plataforma mínima das garantias processuais” (GRINOVER, 1995, p. 80), mas que deve ser estabelecida, no entanto, com base na concepção constitucional de direitos fundamentais de cada Estado. O mesmo valendo para as questões atinentes à esfera material.

Assim, a título de exemplo, uma vez previsto na Constituição brasileira que são vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, bem como as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e ainda quaisquer penas cruéis, e sendo possível vincular estas vedações a direitos fundamentais dos apenados, não é indevida a conclusão de que as autoridades brasileiras devem negar cooperação em processos destinados a aplicação de penas destas naturezas, ainda que a legislação nacional, anterior à Constituição, saliente-se, apenas preveja, exclusivamente para a extradição, a exigência de comutação da pena de morte e de penas corporais como requisito para a prestação do auxílio jurídico, bem como ainda que inexista, em tratado internacional bilateral ou multilateral qualquer previsão expressa sobre estas específicas formas de violação a direitos fundamentais.

3 LIMITES MATERIAIS ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto, a cooperação jurídica internacional em matéria penal passa por um duplo processo de transformações. De um lado vivencia-se a emergência de uma nova concepção que tem como principais características a afirmação da condição do concernido como sujeito de direitos e como parte processual nos procedimentos de assistência interestatal, bem como o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos seus direitos fundamentais a estes. De outro, testemunha-se uma expansão da prestação destas formas de auxílio, que vem associada não apenas com a ampliação de sua frequência, mas também com a criação de novos mecanismos voltados a dar maior celeridade, agilidade e eficiência ao intercâmbio processual entre os Estados. Os ganhos nestes últimos quesitos, no entanto, vêm às custas de flexibilizações e restrições nos direitos e garantias dos indivíduos concernidos, suscitando, com isso, questionamentos sobre estas novéis medidas de entreato, entre os quais situa-se a problemática enfrentada neste trabalho acerca dos limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Diante disto, vem à tona a necessidade da análise dos limites que podem ser impostos às restrições aos direitos fundamentais, o que será feito, sobretudo, a partir das visões de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Dentre estes limites, destaca-se a regra da proporcionalidade como a “principal forma de controle às restrições aos direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 127).

Nesta toada, desde já vale o destaque de que a concepção a seguir explorada tem como objetivo, tal como exposto por Virgílio Afonso da Silva, “alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial restrição”, impondo um ônus de fundamentação como requisito à validade e constitucionalidade de qualquer restrição a um destes direitos, o que não se faz presente em modelos alternativos (SILVA, 2014, p. 41).

Ademais, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, “quanto mais preciso for o tratamento jurídico do problema das limitações [aos direitos fundamentais] e dos seus próprios limites (...) mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências (...) do próprio Estado Democrático de Direito” (SARLET, 2012, p. 395).

3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Como ponto de partida para a compreensão do papel exercido pela proporcionalidade como limite às restrições dos direitos fundamentais, tanto Robert Alexy quanto Virgílio Afonso da Silva debruçam-se sobre a distinção entre princípios e regras.

Robert Alexy expõe que esta distinção é de suma importância para a teoria dos direitos fundamentais, sendo “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Para o autor, sem a correta compreensão da distinção entre estas figuras, “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina adequada sobre colisões”, razão pela qual qualifica-a como “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p. 85).

Virgílio Afonso da Silva, na mesma linha, explana que a correta compreensão sobre a estrutura dos princípios e das regras é fundamental e indispensável para que se possa estabelecer “o conceito e a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, “a forma de se definir o âmbito de proteção de cada direito fundamental” e para que se possa “reconstruir a relação entre os direitos e suas restrições”, o que remete, por sua vez, à proporcionalidade (SILVA, 2014, p. 43).

Humberto Ávila, ainda que se afastando da teoria dos princípios tal como defendida pelos dois supracitados autores, explica que o estudo dos princípios e sua estrutura visa

encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais (ÁVILA, 2015, p. 88)

Inicialmente, vale ressaltar, como destaca Thomas Bustamante, que, na concepção destes autores, tanto os princípios como as regras são espécies do gênero norma, a qual, por sua vez, deve ser compreendida como o significado contido e

extraível de um ou mais enunciados normativos. A diferença entre as espécies, salienta, é uma diferença qualitativa, e não de grau. (BUSTAMANTE, 2006, p. 80).

Robert Alexy, nesta linha, explica que tanto os princípios quanto as regras são normas porque dizem aquilo que deve ser, podendo ser formuladas por meio de expressões deônticas básicas de dever, permissão e proibição. Destaca que, apesar disto, não se tratam de espécies que possam ser distinguidas com base em um critério gradual, seja por referência ao grau de generalidade, de abstração, de determinabilidade dos casos de aplicação, de conteúdo axiológico, de importância, entre outros. Diferentemente, “entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”, a qual permite, ao contrário das aventadas diferenças de grau, que se proceda a uma distinção precisa entre elas (ALEXY, 2014, p. 86-90), e que levará em conta “o modo de projeção da norma no ordenamento”, “a definitividade da regulação promovida pela norma” e “a forma de resolução dos conflitos normativos” (BELEM, 2013, p. 3)

Efetivamente, e em que pese as posições contrárias, tais como a de Marcelo Schenk Duque, que afirma que a diferença entre regras e princípios se dá no seu “grau de abstração (...), sendo que os princípios possuem um grau de abstração superior ao das regras” (DUQUE, 2014, p. 133-134) ou a de Bruno Moraes Faria Monteiro Belem¹², para quem há entre as espécies normativas uma “distinção morfológica” que leva em conta o grau de “indeterminação como critério de separação entre os dois tipos de norma” (BELEM, 2013, p. 6), este trabalho adota a distinção qualitativa alexyana.

Nesta linha, no que toca o seu modo de projeção, princípios são normas que determinam que algo deve ser realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Devem, assim, ser vistos como “mandamentos de otimização”, os quais podem ser satisfeitos em graus variados a depender das circunstâncias concretas que envolvem sua aplicação, com especial destaque para a influência exercida pela incidência de outros princípios e regras com ele colidentes (ALEXY, 2014, p. 90). Isto porque, em que pese um princípio sempre vise, abstratamente, a sua realização máxima, este grau de realização apenas seria possível em circunstâncias nas quais as possibilidades fáticas e jurídicas fossem ideais, o que provavelmente não ocorrerá na realidade, já que dificilmente a realização

¹² Para o autor, a “distinção morfológica” e a distinção qualitativa não são excludentes.

plena de um princípio não encontrará alguma barreira em outro princípio (SILVA, 2014, p. 46).

No polo oposto, regras são normas que operam por meio de um raciocínio de tudo-ou-nada, segundo o qual ou elas são satisfeitas ou não o são, não existindo, quanto a isto, nenhum meio-termo. Robert Alexy destaca que se uma regra é válida “deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2014, p. 90-91). Efetivamente, “ou a regra é válida e se aplica integralmente (...), ou não é e não se aplica” (FREITAS, 2007, p. 168).

Diante disto é que surgem outras duas diferenças primordiais entre estas espécies normativas. A primeira delas diz respeito ao distinto caráter dos direitos por elas garantidos. Ao passo que as regras garantem direitos definitivos, os princípios garantem direitos *prima facie*.

Efetivamente, a partir do reconhecimento de que as regras são normas que determinam que algo seja realizado sempre e de forma total, os direitos por ela garantidos são direitos definitivos. Caso a regra seja válida e aplicável ao caso concreto, o direito por ela garantido deve ser realizado totalmente. Evidentemente, as regras podem ter, e geralmente terão, exceções, o que, no entanto, não altera o caráter definitivo dos direitos nela garantidos, já que a exceção à regra pode ser tida como integrante dela própria e como uma restrição ao seu âmbito de incidência.

Virgílio Afonso da Silva exemplifica fazendo referência à regra da irretroatividade da lei penal, afirmando que a regra “a lei penal não retroagirá” contém uma exceção que determina que “a lei penal retroagirá para beneficiar o réu”. Desta forma, a regra sobre a irretroatividade da lei penal, que por ser norma não pode ser confundida com o texto legal, expressa-se como “é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nestes casos, deve haver retroação”, ou simplesmente como “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, hipótese na qual retroagirá” (SILVA, 2014, p. 45).

O que se deve perceber disto é que a regra será aplicada sempre que se estiver diante da sua hipótese de incidência e que, nesta situação, o direito nela garantido será aplicado totalmente, sem qualquer diminuição, o que permite afirmar que o direito garantido na norma é um direito definitivo. Pode-se afirmar, assim, que a norma da espécie regra impõe um dever-ser definitivo.

Já no caso dos princípios, isto não ocorrerá. Isto porque, como visto, estas normas tratam-se de mandados de otimização, não se podendo falar em realização

total daquilo que nela é previsto, mas tão somente em sua efetivação parcial, ainda que na maior medida possível. Há, portanto, “uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente” (SILVA, 2014, p. 45), já que o mandamento de realização de algo, contido no princípio, poderá ser mitigado e até mesmo completamente afastado por outro princípio com ele colidente no caso concreto. Nestes casos, aquilo que é definitivamente garantido no caso concreto é diferente daquilo que era *prima facie* garantido. A norma da espécie princípio impõe, assim, um dever-ser *prima facie*.

A derradeira diferença central entre princípios e regras está na forma de resolução dos conflitos normativos entre normas da mesma espécie. Existe um conflito normativo “sempre que os efeitos de duas ou mais normas não possam ser concomitantemente aplicados em razão de sua incongruência” (ALMEIDA, 2013, p. 104). Tratam-se de situações nas quais as normas em atrito, caso aplicadas isoladamente, levariam a resultados contraditórios e inconciliáveis entre si, o que implica a necessidade de emprego de alguma forma de resolução, que será distinta a depender da espécie das normas em confronto.

A resolução dos conflitos entre regras deve ser realizada por meio de uma técnica que não ignore as características básicas desta espécie normativa: tratam-se de normas que garantem direitos definitivos e que, portanto, devem ser satisfeitas de forma total. Diante disto, todo conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, exigindo, sempre, uma declaração total ou parcial de invalidade de uma das regras envolvidas (SILVA, 2014, p. 49). Neste contexto, ou se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou deve-se declarar uma das regras como inválida (ALEXY, 2014, p. 92).

Na primeira forma de resolução do conflito, a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras faz com que esta norma deixe de ser aplicável ao caso conflituoso, abrindo espaço para a incidência tão somente da outra regra, o que põe fim ao próprio conflito. Nestes casos, há uma derrogação de uma das regras pela outra, o que implica em uma invalidação parcial da norma derogada. Tal solução é comumente justificada, mas a ela não se limita, pela aplicação do critério da especialidade, pelo qual uma regra especial derroga uma regra geral.

A segunda forma de resolução do conflito entre regras será empregada sempre quando não for possível inserir, em uma delas, a referida cláusula de exceção. Em tais situações, uma das regras terá de ser declarada inválida e, com isso, deverá

ser extirpada do ordenamento jurídico, o que geralmente deve se dar a partir dos critérios cronológico e hierárquico. Há, aqui, uma invalidação total de uma das regras, o que torna inexistente o conflito (SILVA, 2014, p. 48-49).

Ambos os procedimentos implicam em alguma forma de invalidação de uma das normas, fazendo com que subsista uma única regra aplicável ao caso, que será aplicada de forma total, por meio de uma técnica de subsunção.

Tratamento diverso deverá ser dado à colisão entre princípios, pois se duas normas desta espécie colidem, a resolução não será obtida por meio da invalidação de um deles, tampouco pela introdução de uma cláusula de exceção. A colisão entre princípios é uma colisão entre princípios válidos, e, portanto, não será resolvida na dimensão da validade, mas na dimensão do peso (ALEXY, 2014, p. 92-93), por meio de uma técnica de “sopesamento entre os interesses conflitantes”. Este sopesamento pode ser também referido como ponderação.

Robert Alexy explica que a relação de tensão entre princípios que se antagonizam em um caso concreto não pode ser resolvida com base na determinação de uma “precedência absoluta” de um deles sobre o outro. Ao contrário, a solução deve ser encontrada na definição, por meio de um juízo de ponderação, de qual das normas, que abstratamente estão no mesmo nível e possuem o mesmo valor jurídico, “tem maior peso no caso concreto”.

A situação de colisão existe precisamente porque ambos os princípios são válidos, mas inaplicáveis de forma plena e simultânea a uma situação concreta, posto que isto conduziria a uma contradição normativa. Aqui, “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro”, razão pela qual esta aparente antinomia deve ser solucionada mediante o estabelecimento de uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2014, p. 95-96), ao mesmo tempo em que ambos “continuam tão válidos quanto antes” (SILVA, 2014, p. 50).

Este procedimento, como destaca Robert Alexy, consiste “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”, reconhecendo-se que sob circunstâncias distintas esta relação de precedência poderia ser resolvida de forma diversa (ALEXY, 2014, p. 96), razão pela qual não se mostra possível a formulação de relações de precedência incondicionada entre normas que possuem a estrutura de princípios (SILVA, 2014, p. 50-51).

Diante da colisão de princípios, um deles deverá recuar em favor do outro,

sem que com isso seja declarada a sua invalidade (DUQUE, 2014, p. 135). A questão central revolve-se no estabelecimento desta relação de precedência condicionada, com a determinação de qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder sob as dadas condições. E é neste contexto que Robert Alexy faz referência à noção de “peso” dos princípios, afirmando que, em um caso concreto, um princípio terá maior peso que outro quando houver razões suficientes para que aquele prevaleça sobre este sob as condições dadas.

Tudo isto pode ser representado, conforme expõe o autor, com o emprego da fórmula “ $(P_1 P P_2) C$ ”, ou seja, o princípio P_1 prevalece (P) sobre o princípio P_2 sob as condições C (ALEXY, 2014, p. 97). Diante destas condições C , o primeiro princípio terá maior peso que o segundo, o que o faz prevalecer.

Explica o autor que, diante disto, esta “condição de precedência” representada pela letra C desempenha um “duplo papel”. Inicialmente, C é a condição de uma relação de precedência “ $(P_1 P P_2) C$ ”. Mas, além disso, C é o pressuposto fático de uma regra que determina que, diante desta condição de precedência, deve ser aplicada a consequência jurídica que resulta do princípio prevalente P_1 .

Assevera que: “a precedência de P_1 (...) em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável se estiverem presentes as condições C ”, do que extrai que “de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicional de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente”, o que poderia ser representado pela seguinte lei, a qual o autor denomina de “lei de colisão”: “se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 P P_2) C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ” (ALEXY, 2014, p. 98-99).

Vale dizer, diante das circunstâncias C , fica estabelecido que o princípio P_1 deve prevalecer sobre o princípio P_2 . E, uma vez que isto esteja definido, desta colisão entre estes princípios surge uma regra que dispensa que o raciocínio de ponderação tenha de ser efetuado todas as vezes que P_1 e P_2 colidam sob as mesmas circunstâncias C , já que o resultado será sempre o mesmo: a prevalência de P_1 . Mais do que isto, se desta colisão com a precedência deste princípio extrai-se como consequência a imposição de um comando normativo R , pode-se concluir que sempre

que se estiver diante destas circunstâncias C a solução jurídica será R , tornando implícitas a colisão entre os princípios e a sua solução por meio da ponderação.

Efetivamente, o que se percebe é que, a partir de uma colisão entre princípios e de sua solução por meio de uma relação de precedência condicionada surge como resultado o estabelecimento de uma norma atribuída que tem a estrutura de regra. Nesta linha, Marcelo Schenk Duque ressalta que “o resultado da ponderação realizada conduzirá a uma regra que decidirá o caso concreto, sendo que essa regra voltará a ser aplicada, sempre que presentes as condições fático-jurídicas nas quais foi criada, por intermédio de um juízo de subsunção” (DUQUE, 2014, p. 135).

E, fazendo referência especificamente à questão dos direitos fundamentais, Robert Alexy explica que caso esta regra atribuída seja produto de um sopesamento no qual o princípio prevalecente seja um princípio de direito fundamental, será ela uma “regra de direito fundamental atribuída” (ALEXY, 2014, p. 102).

Não se deve ignorar, no entanto, que a solução de precedência em favor de um princípio P_1 sob determinadas circunstâncias C não impede que sob distintas circunstâncias, C' , o conflito seja resolvido em favor do princípio contraposto P_2 que na hipótese anterior restara vencido (DUQUE, 2014, p. 135). Neste sentido, em que pese $(P_1 \succ P_2) \text{ em } C$, é plenamente possível que $(P_2 \succ P_1) \text{ em } C'$.

Virgílio Afonso da Silva, diante desta dualidade de técnicas de resolução de conflitos normativos, afirma a existência de uma terceira forma de contradição: as “colisões entre uma regra e um princípio”. Segundo o autor, trata-se possivelmente do “ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios”, já que ele não pode ser satisfatoriamente resolvido por nenhum dos modos típicos de solução das contradições entre regras ou entre princípios sem que isso implique na negação das características inerentes a estas espécies normativas.

Diante disto, afirma que, a partir da teoria alexyana, “quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento”, que não ocorre, no entanto, entre eles, já que regras não podem ser sopesadas, mas “entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia”. Alerta, entretanto, para o fato de ser esta uma solução problemática, já que dela poder-se-ia concluir que o aplicador do direito é sempre livre para afastar a aplicação de uma regra por entender que há, no caso concreto, um princípio mais importante que justifica este afastamento, o que implicaria em uma sensível diminuição da segurança jurídica proporcionada pelas

regras.

Mais do que isso, esta solução parece ignorar que não há nestes casos, em verdade, uma colisão propriamente dita, mas sim a existência prévia de um sopesamento feito pelo legislador constituinte ou ordinário entre os dois princípios colidentes e cujo resultado é a regra em questão. Não há, portanto, uma colisão entre o princípio P_1 e a regra R , mas uma colisão entre o princípio P_1 e um outro princípio P_2 , no qual houve uma prevalência condicionada, aos olhos do legislador, deste último e que resultou no estabelecimento, por ele, da regra R . Tal regra não colide com aquele princípio, ela o restringe, devendo ser aplicada por meio de um processo de subsunção (SILVA, 2014, p. 52-53).

Robert Alexy explica que, nestes casos, a resposta a estas tensões deve sustentar-se no reconhecimento de que, a partir do reconhecimento da vinculação das normas constitucionais, “há uma primazia do nível das regras” podendo-se afirmar que “quando se fixam determinações no nível das regras, (...) decidiu-se mais que a decisão a favor de certos princípios”, e por isso, “as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios” (ALEXY, 2014, p. 140).

Tal cenário, no entanto, complica-se em dois grupos de casos: o primeiro deles, nas situações em que se passa a questionar a constitucionalidade daquela regra, e, implicitamente, a correção da ponderação realizada pelo legislador para chegar na prevalência do princípio que a sustenta.

Neste contexto, não há alternativa senão a realização do controle de constitucionalidade de tal regra, podendo este resultar ou na afirmação da sua constitucionalidade, caso em que deve ela ser aplicada por subsunção, ou na declaração da sua inconstitucionalidade face ao princípio P_1 violado e que deveria prevalecer naquela situação de colisão. Nesta última hipótese, a regra deve ser declarada inconstitucional, o que põe fim à colisão entre o princípio e a regra, mas recria a colisão preexistente entre os princípios P_1 e P_2 , a qual deve ser resolvida por meio de um juízo de ponderação (SILVA, 2014, p. 52-53).

O segundo grupo, mais problemático, diferencia-se, pois, nele, não se questiona a constitucionalidade, e, portanto, a validade absoluta da regra. Aqui, está-se diante de contextos nos quais a aplicação da regra, por subsunção, “levaria a situações consideradas incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo para o caso concreto, sem que (...) essa incompatibilidade seja algo verificável em

abstrato, e, portanto, sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional”.

Neste caso, aponta o autor que a solução mais adequada deve ser obtida por meio de um sopesamento, que se dará entre o princípio que sustenta a regra e o princípio ofendido, princípios estes que já foram inicialmente sopesados pelo legislador quando da criação daquela regra. Esta nova ponderação, no entanto, se dá sob circunstâncias diferentes daquelas levadas em conta quando da ponderação legislativa, e dará ensejo a uma segunda regra, provavelmente uma regra que excepcionará a primeira.

Assim, se em um primeiro momento o legislador, diante das circunstâncias C , considerou haver uma precedência condicionada do princípio P_1 sobre o princípio P_2 , dando azo à regra R_1 ¹³, sob outras circunstâncias C' , o aplicador poderá considerar que a relação de precedência condicionada se inverte, fazendo surgir uma segunda regra R_2 .¹⁴

Há de se perceber, no entanto, que tal ponderação não se repetirá a cada caso concreto, pois, uma vez consolidado tal entendimento, “cria-se uma regra que institui exceção à regra” legal inicial, a qual passará a ser aplicada por subsunção diante das condições C' , com o único detalhe de que não se trata de uma regra extraída de um enunciado legal, mas de uma regra construída pelo interprete, possivelmente jurisdicional (SILVA, 2014, p. 53-56).

De fato, o que se percebe é que não há, em momento algum, ponderação entre uma regra e um princípio, mas tão somente ponderação entre princípios. Destaca Virgílio Afonso da Silva que “se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação”, já que “uma vez criada a exceção, vale para ela também o raciocínio de direito ou dever definitivo, típico das regras” (SILVA, 2014, p. 56).

Assim, reafirma-se a já afirmada distinção entre regras e princípios e entre as particulares formas de conflitos normativos que os envolvem e as técnicas para solução destes, notadamente no sentido de que a colisão entre princípios se resolve no plano do peso por meio da ponderação e o conflito entre regras no plano da validade por meio da subsunção.

Esta distinção é relevante pois, como explica Alexy, os direitos fundamentais se expressam nestes dois níveis normativos. Isto porque as disposições

¹³ $(P_1 \text{ P } P_2) C / C \rightarrow R_1$.

¹⁴ $(P_2 \text{ P } P_1) C' / C' \rightarrow R_2$.

de direitos fundamentais não se resumem a positivações que estabelecem normas principiológicas, apesar de muitas vezes o fazerem. Ao lado disto, podem funcionar como “expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos” e, nestes casos, estas normas assumem a estrutura de regras (ALEXY, 2014, p. 139-140). De fato, de um mesmo enunciado ou grupo de enunciados é possível extrair-se tanto uma regra quanto um princípio de direito fundamental. Nesta linha, um dispositivo cuja redação determina um comportamento para preservar um direito fundamental, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse direito seja autonomizado para exigir outros tantos comportamentos necessários à sua realização, passando a atuar como princípio (ÁVILA, 2015, p. 93). Os direitos fundamentais, assim, “mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger” (BARROS, 2003, p. 159).

Não obstante, é de se reconhecer que os direitos fundamentais “são normalmente formulados por meio de princípios” (DUQUE, 2014, p. 133), sendo as regras o resultado de uma “ponderação já efetivada pelo legislador constitucional” (FREITAS, 2007, p. 169).

Diante desta dualidade, é de se reconhecer que as questões envolvendo os direitos fundamentais e os possíveis conflitos normativos entre eles ganham especial relevância quando isto se dá em nível principiológico e, conseqüentemente, exige a realização de um juízo de ponderação e não de mera subsunção.

Efetivamente, já foi referido que “princípios e ponderações são dois lados de um mesmo fenômeno”, vistos respectivamente como os aspectos normativo e metodológico deste. A ponderação, no entanto, deve se encontrar vinculada a parâmetros que a dotem de racionalidade, dentre os quais emerge com destaque a máxima da proporcionalidade (BUSTAMANTE, 2006, p. 81).

Destaca Thomas Bustamante que para que possa atingir soluções adequadas às denominadas colisões entre direitos fundamentais não é suficiente a referência genérica ao emprego de uma técnica da ponderação. Mais que isso, “é preciso de uma ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações, ou melhor, de uma regra que nos diga como se deve ponderar”. Segundo o autor, “este é o terreno da denominada máxima da proporcionalidade, que aparece como o principal comando para otimizar princípios jurídicos” e que visa “garantir a racionalidade da denominada técnica da ponderação (BUSTAMANTE,

2006, p. 87-88).

Segundo Robert Alexy, há uma profunda conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, sendo esta decorrência da própria natureza daquelas normas (ALEXY, 2014, p. 116). A teoria dos princípios, ademais, traz como implicação a aceitação de um modelo de suporte fático amplo para as normas de direitos fundamentais, que supõe a adoção de uma teoria ampla do âmbito de proteção e uma teoria externa das restrições e que resulta em um maior grau de proteção destes.

3.2 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No campo dos direitos fundamentais, a noção de suporte fático ainda é incipiente. Sua utilização em outros ramos do Direito é, no entanto, consagrada. No âmbito do Direito Tributário, fala-se em fato gerador ou hipótese de incidência. No Direito Penal, em tipo e tipicidade.

A definição de suporte fático não é das mais simples de ser elaborada. Inicialmente, pode-se constatar que “o preenchimento do suporte fático de uma norma é condição para que sua consequência jurídica possa ocorrer” (SILVA, 2014, p. 70). Assim, da análise de uma norma penal incriminadora percebe-se que o seu preceito primário, ou seja, a descrição da conduta incriminada, é precisamente o seu suporte fático, visto tratar-se de uma descrição daquilo que precisa ocorrer para que incida sua consequência jurídica: a aplicação da pena prevista no seu preceito secundário.

Nesta linha, há de se perceber que o suporte fático pode ser visto tanto sob uma perspectiva abstrata quanto sob outra concreta. Pela primeira, “é formado (...) por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica”. Trata-se, portanto, de um conjunto abstrato de elementos que, uma vez preenchidos no caso concreto, ativam sua consequência jurídica também abstratamente prevista.

Já em seu viés concreto, o suporte fático se refere à “ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou” (SILVA, 2014, p. 67-68).

Diante disto, pode-se compreendê-lo como “a totalidade das condições

para uma consequência jurídica definitiva desse direito” (ALEXY, 2014, p. 307).

Novamente valendo-se da referência à norma penal incriminadora, ao passo que o suporte fático abstrato se refere ao conjunto dos elementos descritos no preceito primário do tipo penal, o suporte fático concreto se refere à conduta típica.

No campo das normas de direitos fundamentais, diferentemente, a compreensão do suporte fático mostra-se mais turbulenta, o que decorre em boa medida da circunstância de que essas normas não enunciam, de forma taxativa e precisa, as hipóteses fáticas sobre as quais incidirão (SANTIAGO, 2014, p. 50), o que faz surgir indagações tais como “se esse ou aquele ato, fato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental” ou ainda “se essa ou aquela ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção”. A resposta a estas perguntas depende da configuração que se dá a esta noção de suporte fático, a qual repercutirá, ademais, na exigência, ou não, de fundamentação para as restrições aos direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 68).

A partir do emprego de um método analítico, Virgílio Afonso da Silva, nos moldes do que já o fizera Robert Alexy, identifica que o suporte fático dos direitos fundamentais pode ser decomposto em um conjunto de elementos que o integram. Afastando-se da visão alexyana de que seria ele composto por dois elementos, o “bem protegido” e a “intervenção” (ALEXY, 2014, p. 305), o autor defende a existência de um terceiro elemento componente daquela figura: “a ausência de fundamentação constitucional” (SILVA, 2014, p. 75).

Efetivamente, quanto aos dois primeiros elementos, os quais denomina de “âmbito de proteção” e “intervenção”, explica que “aquilo que é protegido é apenas uma parte (...) do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento (...): a intervenção estatal”. Tanto uma coisa quanto a outra fazem parte do suporte fático da norma de direito fundamental, pois, sem a intervenção, não há que se falar na ativação da consequência jurídica oriunda de tal norma, que normalmente incidirá como uma exigência de cessação desta intervenção (SILVA, 2014, p. 71).

Somado a estes dois elementos, um terceiro deve ser adicionado: a ausência de fundamentação constitucional. Virgílio Afonso da Silva ressalta que este terceiro elemento está presente nos modelos tradicionais propostos por Robert Alexy e Martin Borowski. No entanto, para estes autores, este terceiro elemento não seria

parte integrante do suporte fático dos direitos fundamentais, mas tratar-se-ia de figura externa e contraposta a ele. Segundo esta linha de pensamento, se o suporte fático do direito fundamental é preenchido, o que pressupõe que há uma ação, estado ou posição jurídica protegido por ele e uma intervenção nele, e se essa intervenção não é fundamentada, então incidirá a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental.

Nesta linha:

Na formulação de Borowski: *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*. Nessa formulação, *x* consiste em uma ação, estado ou posição jurídica. Isso significa, segundo Borowski, que: se *x* é algo protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma ação estatal que intervém em *x* (IEx), e se essa intervenção não é fundamentada (não-FCx), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x* (CJx), que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal” (SILVA, 2014, p. 74).

Tal modelo teria como problema central a definição do suporte fático como a soma tão somente do âmbito de proteção e da intervenção, quando, por tratar-se do conjunto dos “elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”, nele deveria estar incluída a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, pois sem ela se estará diante de intervenção lícita ao direito fundamental, o que impede a ativação da sua consequência jurídica. Diante disto, o referido autor propõe um modelo alternativo de suporte fático integrado pelos mencionados três requisitos. Assim, “ao invés de se falar, como faz Borowski, em *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*, faz mais sentido que se fale *se APx e não-FC(IEx), então CJx*”.¹⁵

Ou seja:

Se *x* é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em *x* (não-FC(IEx)), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x* (CJx) (SILVA, 2014, p. 75).

¹⁵ Na “formulação lógica” proposta por Virgílio Afonso da Silva: “ $(x)(APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$ ”.

Este raciocínio é válido para todo e qualquer direito fundamental, variando tão somente a natureza das posições jurídicas que se inserem nos seus âmbitos de proteção, as formas de intervenções a estas posições e as consequências jurídicas impostas pelas distintas normas. Nesta linha, se uma intervenção não fundamentada a um direito de defesa gera como consequência uma exigência de cessação da intervenção, nos direitos a prestações isto será diferente.

De fato, tratando-se de um direito a prestações, seja ele um direito social ou um direito a prestação em sentido amplo, seu âmbito de proteção é composto pelas “ações estatais que fomentam a realização desse direito”, ao passo que devem ser consideradas intervenções a ausência ou a insuficiência destas. Neste quadro, diante da não realização não fundamentada de uma ação que fomentaria a realização do direito, surge como consequência uma exigência de realização dessa ação (SILVA, 2014, p. 77-78).¹⁶

Diante desta formulação do suporte fático dos direitos fundamentais, que o decompõe em três elementos, imperiosa se faz a análise de cada um destes a fim de que possa compreender o papel exercido pela proporcionalidade no controle das restrições dos direitos fundamentais. Pois, de fato, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, uma separação clara entre o âmbito de proteção destes direitos, seus limites e os limites impostos à limitação “não é apenas relevante para uma dogmática límpida dos direitos fundamentais, mas também assume importância para o manejo apropriado, especialmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador, das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 396).

Neste sentido, como destaca Luiz Fernando Calil de Freitas, o estudo dos direitos fundamentais, e, sobretudo, da questão envolvendo a controlabilidade das normas restritivas, deve se dar por meio de uma “metódica das três instâncias”, pela qual inicialmente se examina se uma determinada situação está incluída dentro do âmbito de proteção da norma jusfundamental, posteriormente verifica-se a existência de alguma restrição onerando o conteúdo de tal direito e, por fim, analisa-se se esta afetação é ou não constitucionalmente autorizada e fundamentada, do que se concluirá tratar-se ou de restrição legítima ou de violação à norma (FREITAS, 2007, p. 139).

¹⁶ “ $(x)(DSx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow Ox)$ ”. “Se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência estatal) em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg FC$), então, a consequência jurídica deve ser de realizar x (Ox)”.

3.2.1 O Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais

O primeiro elemento que integra a noção de suporte fático é o âmbito de proteção. Importante perceber, inicialmente, a existência de certa confusão na utilização das expressões “suporte fático” e “âmbito de proteção”, muitas vezes empregadas como se sinônimas fossem, como o faz expressamente Denny Mendes Santiago¹⁷.

Diante disto, é comum o emprego das expressões “suporte fático amplo” e “suporte fático restrito”, dentre outros por Virgílio Afonso da Silva e Mário Lúcio Garcez Calil, para se referir a discussões que dizem respeito tão somente ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, como já se afirmou, o âmbito de proteção é apenas um dos elementos que compõem a figura mais ampla do suporte fático, abrangendo, este último, para além do primeiro, também a intervenção e a ausência de fundamentação constitucional.

A partir das lições de Virgílio Afonso da Silva pode-se definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais como os “atos, fatos, estados ou posições jurídicas (...) protegidos pela norma que garante o referido direito” (SILVA, 2014, p. 72). No entanto, em que pese a inicial simplicidade desta noção, o tema ganha complexidade quando se busca definir exatamente sua amplitude, ou seja, quais ações, estados e posições jurídicas são efetivamente protegidos por determinada norma de direito fundamental.

Luiz Fernando Calil de Freitas, sobre o tema, destaca que, para uma “adequada compreensão do tema dos limites dos direitos fundamentais”, deve-se inicialmente empreender uma correta identificação do âmbito de proteção da norma jusfundamental, a fim de que se possa determinar quais as situações jurídicas protegidas e qual a extensão de tal proteção (FREITAS, 2007, p. 77).

Nesta linha, o âmbito de proteção pode ser compreendido por meio de uma visão ampliativa, que incluirá mais situações entre aquelas protegidas, ou por uma perspectiva restritiva, que dele excluirá algumas cuja ausência de proteção já seria

¹⁷ “Neste trabalho, utilizar-se-ão os termos citados como sinônimos, os quais significarão o recorte da realidade fática passível de ser regulado por uma norma de direito fundamental” (SANTIAGO, 2014, p. 51).

previamente sabida. Faz-se referência, portanto, a uma teoria ampla e uma teoria restrita do âmbito de proteção.¹⁸

A opção por uma ou outra trará profundas consequências para a definição das restrições aos direitos fundamentais e para a exigibilidade, ou não, de fundamentação para a validade destas restrições.

3.2.1.1 Teoria restrita do âmbito de proteção

A primeira forma de se compreender o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é através de uma teoria restrita. Em que pese não se possa falar precisamente na existência de uma única teoria restrita, mas de uma pluralidade de proposições com características semelhantes, todas as construções que aqui são abarcadas apresentam, em comum, a exclusão, *a priori*, de algumas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção do direito fundamental.

Nesta linha, determinadas situações que em tese poderiam ser incluídas no âmbito de proteção de um direito fundamental são dele sumariamente excluídos, afirmando-se peremptoriamente tratarem-se de interesses não protegidos e não garantidos pela norma em questão (SILVA, 2014, p. 79-80).

Nesta linha, Marcelo Schenk Duque, ainda que de forma implícita, posiciona-se em favor de uma teoria restrita ao afirmar que “uma das principais questões ligadas aos direitos fundamentais repousa (...) na determinação daquilo que deve ser protegido”, sendo indispensável “a determinação consistente do âmbito de proteção de cada direito fundamental”, reconhecendo, assim, a existência de posições jurídicas desde logo excluídas do âmbito de proteção destes direitos (DUQUE, 2014, p. 227).

Eduardo Ribeiro Moreira, na mesma linha, explica que o âmbito de proteção de cada direito fundamental deve ser objeto de uma delimitação, pela qual se pretende identificar “o que está dentro de determinado direito e o que não está”, afirmando,

¹⁸ Robert Alexy (2014, p. 307), Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 79), Denny Mendes Santiago (2014, p. 57) Mário Lúcio Garcez Calil (2012, p. 75-76) e Carlos Luiz Strapasson e Thuany Klososki Piccolo Bertin (2012, p. 653-657), entre tantos outros, fazem referência a “suporte fático amplo” e “suporte fático restrito”.

assim, que determinadas ações, estados ou posições jurídicas, ainda que tematicamente vinculadas ao direito em questão, já *a priori* não estariam incluídas na sua esfera de proteção. Para ilustrar sua posição, argumenta o autor que em que pese exista um direito fundamental à greve, este direito não protege o ato dos grevistas de bloquear a entrada do estabelecimento comercial para impedir a entrada de outros trabalhadores, pois “o ato de greve faz parte do direito, entretanto (...) o boicote e o uso da força saem dessa esfera de proteção” (MOREIRA, 2009, p. 100).

Assim, para a teoria restrita, o conteúdo e a extensão da norma jusfundamental é algo que pode ser identificado de antemão, constatando-se, sem qualquer necessidade de aporte do caso concreto, o que está e o que não está nele incluído. Por meio da interpretação da norma seria possível, de antemão, “determinar as situações fáticas e os modos de exercício de um direito que estão ou não abrangidos pelo [seu] conteúdo” (SANTIAGO, 2014, p. 57-58).

Robert Alexy aponta Friedrich Müller como um dos principais representantes desta teoria restrita, apontando que, para este último, a questão central na análise dos direitos fundamentais deve ser a definição da extensão do seu “conteúdo de validade”, ou seja, a definição de quais condutas são e quais não são abrangidas pelo seu âmbito normativo (ALEXY, 2014, p. 309-311).

Assim, o direito fundamental à liberdade de expressão não abrangeria, por não estarem incluídas no seu âmbito de proteção, toda e qualquer forma de manifestação, estando excluídas dele determinadas formas e conteúdos. Não haveria, portanto, proteções plenas de tudo aquilo que se relaciona aos direitos fundamentais, mas apenas proteções parciais.

Nesta linha, ao afirmar-se, por exemplo, que o direito fundamental à intimidade e vida privada previsto na Constituição Federal não abrange o sigilo bancário ou o sigilo fiscal, está-se, por meio de uma teoria restrita, excluindo-se estes do âmbito de proteção daquele.

Segundo uma visão como esta, “é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental”, estando elas excluídas, desde logo, “da respectiva esfera normativa” destes (SILVA, 2014, p. 82).

Esta exclusão *a priori* de determinadas situações do âmbito de proteção de um direito fundamental, que é a principal característica de qualquer teoria restrita, é justamente a sua maior dificuldade e seu maior problema. Afinal, antes que possa definir o que se inclui e o que não se inclui nele, seria preciso definir quais os critérios

através dos quais esta definição realizar-se-ia. No entanto, na maior parte das vezes, a defesa de visões restritas do âmbito de proteção “baseiam-se pura e simplesmente em uma intuição, apoiadas em exemplos estapafúrdios”, tais como indagações da ordem de “a liberdade religiosa protege o sacrifício humano em rituais de alguma religião?”, “a liberdade artística protege o pintor que quer montar seu cavalete de pintura no meio de um cruzamento movimentado?”, “a liberdade científica ou a artística garantem o uso da propriedade alheia para a realização de experiências ou obras de arte?” ou “a liberdade artística protege a “morte no palco”?” (SILVA, 2014, p. 97-98).

Segundo uma teoria restrita do âmbito de proteção, a resposta a todas a estas indagações, como pode parecer evidente, seria negativa, ainda que esta exclusão *prima facie* destas condutas dos âmbitos de proteção dos respectivos direitos fundamentais seja realizada de forma meramente intuitiva e casuística, sem qualquer critério.

Para além desta ausência de qualquer critério para a exclusão de determinadas situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a teoria restrita tem como consequência negativa uma desproteção de tudo aquilo que se afirma *a priori* não protegido por eles. Isto porque, ao afirmar-se que determinada posição jurídica não é abrangida por determinado direito fundamental, está-se afirmando que sua proteção jurídica se dá tão somente no nível infraconstitucional, estando, portanto, sua manutenção ou supressão sujeita a meros juízos de oportunidade e conveniência discricionários do legislador ordinário. Mais do que isso, eventual supressão destas situações jurídicas não necessita de nenhuma fundamentação ou justificação, bem como não está sujeita a nenhum controle de constitucionalidade (SILVA, 2014, p. 80).

Nestes casos, vale ressaltar, a partir da exclusão de determinada posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental, eventuais intervenções, estatais ou não, que se promovam sobre ela não serão tratadas como restrições a um direito fundamental, bem como não poderão ser objeto de qualquer ponderação, já que esta se dá apenas como forma de resolução de colisões entre normas com natureza de princípio, tais como as normas de direitos fundamentais.

É exatamente a crítica feita por Robert Alexy, para quem a debilidade das ditas teorias restritas consiste “na não-fundamentação da exclusão definitiva da proteção do direito fundamental”, o que se dá independentemente de qualquer recurso

à ponderação entre princípios. Tal forma de exclusão, segundo o autor, não pode ser aceita, tendo em vista que “no âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos somente se puderem ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado” (ALEXY, 2014, p. 321-322).

3.2.1.2 Teoria ampla do âmbito de proteção

Resultado diverso é aquele obtido por meio de uma contraposta teoria ampla do âmbito de proteção. Uma teoria desta natureza rejeita a premissa adotada pelas teorias restritas de que determinadas condutas podem ser excluídas *a priori* do âmbito de proteção de um direito fundamental. Ao contrário, ela “inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”, e, nesta linha, deve ser incluído na sua esfera de abrangência tudo aquilo que apresente alguma característica que, considerada de forma isolada, seja suficiente para a sua subsunção à área temática do direito fundamental em questão (ALEXY, 2014, p. 322). Luiz Fernando Calil de Freitas explica que, nesta concepção, “tudo aquilo que apresente alguma qualidade para cuja proteção possa ser invocado um princípio jusfundamental, resulta incluído no âmbito de proteção correspondente a tal direito fundamental” (FREITAS, 2007, p. 170).

Nesta mesma linha, fazendo referência à lição de Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva explica que, em uma teoria ampla, o âmbito de proteção pode ser compreendido como todas as “ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito” (SILVA, 2014, p. 72).

O autor exemplifica indagando “o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento?”, ao que responde que, para uma teoria ampla do âmbito de proteção, é protegida “toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importam o dia e o horário” (SILVA, 2014, p. 110).

Esta posição, afastando-se da anterior, retira a centralidade da definição do que está inserido ou não no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, transferindo para este *locus* a argumentação acerca da fundamentação constitucional da intervenção (SILVA, 2014, p. 94). Isto porque, enquanto nas teorias restritivas a

demarcação do âmbito de proteção corresponde a afirmação daquilo que é definitivamente protegido pelo direito, em uma teoria ampla o estabelecimento do seu alcance é apenas parte desta afirmação. Nela, há uma distinção entre aquilo que é protegido *prima facie*, por fazer parte do seu âmbito de proteção, e aquilo que é protegido definitivamente, no caso concreto.

Nesta linha,

definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não (SILVA, 2014, p. 109).

Assim, para uma teoria ampla, o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental é, de início, ilimitado, somente sendo possível conhecer o seu conteúdo definitivo após a realização de uma atividade de sopesamento diante da colisão desta norma com outra em face do caso concreto (SANTIAGO, 2014, p. 64).

O que se percebe disto é que uma teoria ampla do âmbito de proteção melhor se adequa à natureza predominantemente principiológica das normas de direitos fundamentais, estabelecendo proteções *prima facie* amplas, mas que poderão ser objeto de redução, nos casos concretos, em razão de sua colisão com outros direitos fundamentais, implicando em uma proteção definitiva mais contida.

Em razão disto é que a definição do alcance do âmbito de proteção exerce, nas teorias amplas, um papel menos relevante do que aquele que é por ela exercido nas teorias restritas. Enquanto nestas a sua delimitação indica aquilo que é definitivamente protegido pelo direito, naquelas apenas aponta aquilo que é por ele protegido *prima facie*. E, por isso, aceitam uma maior amplitude nesta demarcação, afirmando que “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção”, o que se dá “independentemente da consideração de [quaisquer] outras variáveis” (SILVA, 2014, p. 109).

Há, evidentemente, uma proposital abertura deste elemento que visa justamente incluir o maior número de ações, estados ou posições jurídicas dentro do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que não implica, no entanto, em uma

maior proteção definitiva de direitos fundamentais ou em uma proteção definitiva de um conjunto maior de situações sob a rubrica de direitos fundamentais.

Em verdade, com esta ampliação, ter-se-á tão somente um maior número de casos sobre os quais as normas de direitos fundamentais incidirão e serão relevantes, tornando mais frequentes os casos de colisão entre direitos fundamentais. Isto significa, explica Robert Alexy, um aumento no “número de casos cuja solução deve ser representada como o resultado de um sopesamento entre uma razão – no âmbito de um suporte fático – para a proteção constitucional e uma razão – no âmbito das restrições – contrária a essa proteção” (ALEXY, 2014, p. 326). Diante disso, é inegável o ganho obtido no quesito da proteção aos direitos fundamentais com a adoção de uma teoria ampla.

Pois, enquanto nas teorias restritas a exclusão da proteção de determinada situação se dava *prima facie*, abstratamente e sem nenhum critério controlável, nas teorias amplas não se afasta a sua tutela *prima facie*, mas apenas a definitiva, o que ocorrerá apenas nos casos concretos e mediante a necessidade de uma atividade de ponderação orientada pela proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 328).

Este modelo, destaca Virgílio Afonso da Silva, tem como consequência a criação de “exigências de fundamentação” tanto para o legislador quanto para o julgador e o intérprete em geral, as quais ampliam a necessidade e a possibilidade de diálogos intersubjetivos e implicam em uma maior proteção dos direitos fundamentais. Isto porque a exclusão *a priori* de determinadas ações, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção de algum direito fundamental resulta na desnecessidade de qualquer fundamentação constitucional para a sua restrição, o que significa “uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos” (SILVA, 2014, p. 124-125).

Desta forma, deve-se reconhecer que a adoção de uma teoria ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem o condão de conferir maior proteção a eles, o que decorre da imposição de uma exigência de fundamentação, por meio de uma ponderação guiada pela proporcionalidade, para que eventuais restrições sejam consideradas constitucionalmente válidas.

3.2.2 As Intervenções ou Restrições aos Direitos Fundamentais

Analisado o âmbito de proteção, primeiro elemento integrante do suporte fático dos direitos fundamentais, deve-se passar à análise das intervenções ou restrições.

Ingo Wolfgang Sarlet, sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, destaca que “estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar as suas limitações”, o que deve ser feito de forma a privilegiar “uma análise constitucionalmente adequada” deste fenômeno (SARLET, 2012, p. 395).

Quer parecer não haver qualquer dúvida de que direitos, neles incluídos os fundamentais, podem ser objeto de restrições, ou seja, que são restringíveis. No entanto, para além desta possibilidade de que sejam restringidos, é preciso reconhecer que, por vezes, estas restrições se mostram excessivas (BARROS, 2003, p. 160). As questões que devem ser exploradas, portanto, não revolvem esta restringibilidade, mas, diversamente, a definição do que se entende por restrição, a relação entre o direito e suas restrições e, por fim, e talvez com maior destaque, os limites destas.

Procedendo-se a uma inversão destes temas, deve-se, primeiramente, abordar a problemática acerca da relação entre os direitos fundamentais e as suas restrições. A questão que aqui se afigura visa responder à seguinte indagação: as restrições limites (ou limites) aos direitos fundamentais são internos a eles, podendo ser definidos de antemão e por meio da análise individualizada de cada direito, ou, opostamente, são externos a eles e decorrentes tão somente da necessidade de convivência entre direitos distintos, podendo ser verificados apenas diante de circunstâncias concretas. Fala-se, neste contexto, respectivamente, em uma teoria interna e uma teoria externa das restrições.

3.2.2.1 A teoria interna

A chamada teoria interna tem como premissa inicial a afirmação de que todo e qualquer limite de um direito fundamental é algo interno a ele, rejeitando a

existência de limites ou restrições que provenham de fora do seu próprio conteúdo. Não há, segundo ela, uma dualidade de figuras distintas: o direito e seus limites. Ao contrário, existe uma entidade única que pode ser compreendida como “o direito com um determinado conteúdo”. Diante disto, salienta Robert Alexy que a noção de restrição é rechaçada e substituída pelo conceito de limite, de forma que eventuais indagações acerca da extensão das restrições aos direitos fundamentais são formuladas por meio do questionamento do próprio alcance do conteúdo destes (ALEXY, 2014, p. 277-288).

Partindo do pressuposto de que todos os limites de um direito são internos à sua própria essência, esta teoria afirma que a fixação daqueles não é definida e nem sequer influenciada por aspectos externos, nem mesmo por outros direitos fundamentais. Diante disso, nem estes, por meio de colisões, e nem a ponderação ou a proporcionalidade exercem qualquer papel na sua definição (SILVA, 2014, p. 128).

Pelo contrário, para tal teoria, o conteúdo definitivo, ou seja, já tomados em conta todos os seus limites, de um direito “situa-se fixado de antemão, pelo fato de resultar de si [próprio], da “natureza ou da essência da própria coisa””. Como consequência disto, todo direito fundamental garantido já o é de forma definitiva, não sendo necessária e tampouco possível qualquer restrição posterior.

Efetivamente, não há, aqui, que se falar na existência de direitos *prima facie* que possam ser restringidos por força de fatores externos. Ao contrário, todo direito já possui, em si, todos os seus limites, sendo, portanto, sempre um direito definitivo, o que implica na impossibilidade lógica de qualquer restrição superveniente. Em verdade, qualquer restrição a um direito fundamental seria, neste modelo, inconstitucional. Neste contexto, vale o destaque de que o vocábulo restrição refere-se sempre a uma diminuição do conteúdo do direito operada por força de fatores externos a ele, o que é incompatível com o paradigma da teoria interna e apenas encontra respaldo na teoria externa (SANTIAGO, 2014, p. 16-18).

Segundo Marcelo Schenk Duque, sob este prisma, todo direito possui limites imanentes, cabendo ao intérprete tão somente realizar a delimitação do seu conteúdo. Assim, todo e qualquer conflito entre direitos fundamentais se trata de colisão meramente aparente, que deve ser esclarecida não por meio de uma cessão por um ou por outro, guiada pela ponderação e pela proporcionalidade, mas por um “exame pormenorizado do conteúdo de cada uma das normas em questão” a fim de identificar onde se encerra o âmbito de proteção de uma e começa o da outra

(DUQUE, 2014, p. 362-363). De fato, para além das fronteiras estáticas preestabelecidas de cada direito fundamental não há mais que se cogitar de qualquer proteção por aquela norma (FREITAS, 2007, p. 79).

Diante disso, não haveria espaço para qualquer ponderação nestes conflitos aparentes, já que, em realidade, não existe conflito entre direitos fundamentais distintos e tampouco restrição a um ou outro, mas apenas definição do conteúdo e alcance de cada uma das normas. Não existe, nesta concepção, qualquer sobreposição entre os âmbitos de proteção dos diferentes direitos fundamentais, o que implicaria na sua colisão, mas um verdadeiro recorte interno e *a priori* de cada um que faria com que se encaixassem como peças de um quebra-cabeça, convivendo harmoniosamente sem qualquer atrito. A figura dos limites imanentes, típica da teoria interna, e o conceito de ponderação são institutos mutuamente excludentes (SILVA, 2014, p. 133).

Virgílio Afonso da Silva explica que disto pode-se concluir que, neste modelo, os direitos fundamentais possuem sempre a estrutura normativa de regras, o que lhes garante uma validade estrita. “Significa que uma norma [de direito fundamental] será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita”.

Nesta linha, sempre que uma ação, estado ou posição é garantida por um direito fundamental, essa será uma garantia definitiva e não apenas *prima facie*, não sendo possível que um direito a algo exista, mas que, em que pese isso, seja de alguma forma ou por qualquer razão restringido. Isto porque ou o direito existe ou não existe, e, se existe, pode ser exercido sem qualquer óbice no âmbito de seus limites. Se não pode ser exercido é porque tal direito em verdade não existe, ou pelo menos não na forma como a ele se recorre (SILVA, 2014, p. 129-130).

Assim, ao afastar-se um direito fundamental, e o amparo jurídico de uma situação específica, não se está restringindo-o, mas declarando que aquele, em razão de seus próprios e intrínsecos limites de conteúdo, em nenhum momento a protegeu. Não se trata de restrição, mas de não proteção.

Luiz Fernando Calil de Freitas, nessa linha, leciona que o conteúdo de cada direito fundamental é “decifrado de uma só vez, em um único ato dogmático de interpretação do respectivo âmbito normativo em cujo interior se projetam os limites imanentes, resultando, assim, aprioristicamente recortada” a esfera de proteção de cada norma jusfundamental (FREITAS, 2007, p. 81).

Efetivamente, a interpretação nestes casos é meramente declaratória dos limites previamente existentes (SILVA, 2014, p. 132-133), pois toda atividade interpretativa nesta área tem como função a “revelação” dos limites máximo do conteúdo da norma jusfundamental (FREITAS, 2007, p. 79), elucidando aquilo que “já se continha implícito na norma (FREITAS, 2007, p. 82).

O problema central que se associa a esta teoria, nos mesmos moldes do que ocorre com a teoria restrita do âmbito de proteção, reside na dificuldade de se definir, de forma minimamente técnica e não meramente intuitiva, aquilo que é e aquilo que não é protegido pelo direito, o que “aumenta os riscos de restrições arbitrárias da liberdade” (SARLET, 2012, p. 398). Marcelo Schenk Duque destaca que “a amplitude semântica das normas constitucionais parece desmentir categoricamente toda possibilidade de determinar, de antemão, ainda que mediante grande esforço hermenêutico, os perfis de cada um dos direitos por ela reconhecidos”, afirmando, com isso, que ela parece repousar sobre um “dogma falso (...) da autossuficiência (...) das disposições de direitos fundamentais” no sentido de fornecerem ao intérprete elementos suficientes para, independentemente de qualquer procedimento de ponderação, definir a exata extensão dos seus conteúdos (DUQUE, 2014, p. 368).

3.2.2.2 A teoria externa

Em contraposição à teoria interna, a teoria externa surge da aceitação de que as restrições aos direitos fundamentais são externas a eles, afirmando, com isso, a existência de duas entidades distintas: de um lado, o direito em si, de outro, suas restrições (ALEXY, 2014, p. 277). A partir desta dualidade emerge outra: a existência *prima facie* de um direito pleno e não restringido, que coincide precisamente com o seu âmbito de proteção, e a de um direito definitivo restringido que corresponde àquilo que dele resta após uma situação de colisão resolvida por meio de um sopesamento. (DUQUE, 2014, p. 361).

Há, portanto, uma distinção entre o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental, “que se afere com a consideração exclusivamente da norma jusfundamental”, e o âmbito de proteção definitivo ou efetivo, “resultante da incidência das restrições externas sobre o âmbito primitivamente estabelecido” por ela

(FREITAS, 2007, p. 138).

Luiz Fernando Calil de Freitas explica que a teoria externa funda-se em um pensamento de matriz liberal que tem como propósito a proteção e defesa dos direitos fundamentais contra as intervenções estatais, razão pela qual pode ser também designada como teoria liberal dos direitos fundamentais. Segundo o autor, calcando-se na aceitação da existência pré-estatal dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos de liberdade e propriedade, esta teoria afirma que estes direitos são, em princípio, ilimitados, ao passo que as possibilidades de intervenção estatal são, ao contrário, excepcionais e limitadas (FREITAS, 2007, p. 138-139).

Esta teoria funda-se na premissa de que os direitos fundamentais existem *prima facie* em uma concepção ideal na qual são ilimitados e oferecem proteção a todas as ações, estados ou posições jurídicas que, de alguma forma, se adequem ao seu âmbito temático e promovam a sua realização. Não obstante, diante da impossibilidade de que estes direitos coexistam simultaneamente em sua plena extensão no mundo real, reconhece a necessidade de que sejam objeto de restrições nos casos concretos, imposição esta, no entanto, que surge de uma exigência externa ao direito em si, ou seja, do imperativo de compatibilização imposto por direitos outros.

Neste sentido, “a vida (...) exige uma coordenação dos distintos direitos entre si (...), exigência que leva à necessidade de “recortar” os direitos fundamentais para torna-los operativos” (DUQUE, 2014, p. 361). As restrições só existem porque existem colisões.

Efetivamente, como já afirmado, é no bojo da teoria externa, e apenas nele, que se pode verdadeiramente falar em restrições.

É a partir desta relação entre direitos *prima facie*, restrição e direito definitivo restringido que se pode chegar à ponderação, e, mais que isso, à proporcionalidade, como mecanismo de solução de colisões entre direitos fundamentais.

Isto pois, como destaca Virgílio Afonso da Silva, “é somente a partir do paradigma da teoria externa que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor do outro não tem afetadas a sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*”. Efetivamente, as restrições impostas aos direitos, nestes casos, não influenciam no seu conteúdo, mas apenas na possibilidade do seu exercício naquele contexto específico (SILVA, 2014, p. 138).

Por isso, a teoria externa melhor se compatibiliza à concepção dos direitos

fundamentais como normas predominantemente principiológica e que definem posições *prima facie* (DUQUE, 2014, p. 362). De fato, aceitando-se esta sua estrutura normativa, constata-se que as normas de direitos fundamentais consagram direitos *prima facie* cujos âmbitos de proteção são os mais amplos possíveis, nos moldes de uma teoria ampla, mas cujas realizações poderão vir a ser restringidas em decorrência de uma colisão.

Em verdade, a própria ideia de princípio como mandamento de otimização expressa essa amplitude e ilimitação do direito *prima facie* garantido, que deve ser realizado na maior medida possível, apenas sendo restringido pela realização de outro princípio com ele colidente.

Nesta linha, “o direito definitivo não é algo definido internamente e *a priori* [pois] somente nos casos concretos, após o sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale”, definição esta que, portanto, é feita “a partir de fora”, com base nas condições fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2014, p. 139-140). As restrições aos direitos fundamentais não são, assim, declaradas, pois não existem *a priori* dentro do próprio direito. Ao contrário, elas são constituídas em cada colisão (SILVA, 2014, p. 132).

O benefício obtido por meio da adoção da teoria externa consiste na superação da falta de clareza presente na definição dos limites imanentes sugeridos pela teoria interna. Enquanto naquele modelo esta definição era realizada de forma intuitiva, focando-se apenas no conteúdo de um direito isoladamente considerado, neste busca-se resolver as colisões que resultarão na imposição de restrições aos direitos fundamentais por meio de um “jogo de fundamentos” que implica em um “ganho de racionalidade de fundamentação” e que se dá por meio de um procedimento de ponderação (DUQUE, 2014, p. 367).

Pode-se afirmar, assim, que enquanto a teoria interna nega a existência de colisões e restrições, afirmando tão somente a existência de limites internos de cada direito fundamental, a teoria externa reconhece a existência destas colisões e consequentes restrições, permitindo e exigindo que o correto estabelecimento destas se dê por meio de uma adequada fundamentação. A questão, portanto, não revolve a admissibilidade das restrições, o que se torna pressuposto, mas a definição dos seus limites e das formas de seu controle (FREITAS, 2007, p. 158). De fato, “a preocupação fundamental da teoria externa se põe em relação ao controle da legitimidade dos limites e restrições passíveis de serem apostos ao conteúdo dos direitos

fundamentais” (FREITAS, 2007, p. 138).

Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, obtém-se com esta teoria “significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à exigência de transparência metodológica”, uma vez ela

implicar que o ônus da justificação de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca, (...) visto que não apenas o resultado, mas, sobretudo o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* em um direito definitivo afigura-se decisivo e viabiliza um controle de todo o procedimento (SARLET, 2012, p. 399).

Não há dúvidas, portanto, que a aceitação da teoria externa se traduz na imposição de exigências de fundamentação das restrições que não estão presentes na teoria interna, o que implica em uma maior proteção dos direitos fundamentais. Há, por meio da adoção da teoria externa, um indiscutível ganho na controlabilidade das restrições, visto que se caracteriza como um modelo verdadeiramente voltado ao “controle das intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”, permitindo a verificação da adequação destas medidas à Constituição (FREITAS, 2007, p. 143).

De fato, estarão estes direitos mais protegidos tanto maior sejam as exigências de fundamentação para as suas restrições, tendo como ponto ótimo a adoção de uma teoria ampla do âmbito de proteção e de uma teoria externa das restrições.

Em tempo, Virgílio Afonso da Silva destaca que a adoção destas teorias, que nada mais são do que decorrências lógicas da aceitação da teoria dos princípios de Robert Alexy como pressuposto teórico, implica na inclusão, dentro do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de “condutas que eventualmente sejam consideradas (...) até mesmo ilícitas”. No entanto, por mais que estas realmente estejam incluídas na esfera de tutela destes direitos, esta é apenas uma inclusão *prima facie*, já que elas certamente não estarão albergadas por proteções definitivas.

Segundo o autor, “ainda que soe estranho, faz parte da necessidade teórica aceitar que ações “proibidas” façam parte do âmbito de proteção de direitos fundamentais”, devendo estas “ser[em] consideradas, *prima facie*, como exercício desses direitos, sob pena de uma ruptura interna na teoria”.

De fato, eventual exclusão dessas posições significaria pressupor que

existem manifestações de um direito que não são por ele protegidas, nos moldes do que proporia uma teoria restrita do âmbito de proteção, bem como que esta exclusão se trata de um limite imanente estabelecido *a priori*, tal como defendido por uma teoria interna (SILVA, 2014, p. 153-154).

Aceitar a teoria dos princípios alexyana impõe na adoção das teorias ampla e externa e na distinção daquilo que é protegido *prima facie* por um direito e daquilo que por ele é garantido definitivamente.

3.2.2.3 As restrições aos direitos fundamentais

As considerações acima formuladas conduzem à necessidade de se proceder a uma delimitação daquilo que se considera como restrição a um direito fundamental. Isto porque, se, como já afirmado, restrições só são válidas se estiverem devidamente fundamentadas, imperioso definir que intervenções são restrições, e exigem, portanto, fundamentação, e quais não o são, podendo, assim, eventualmente não estar condicionadas a este ônus. Neste sentido, para além da determinação do significado destas restrições, é imperioso que se proceda a uma distinção entre elas e “outras atividade normativas” (SARLET, 2012, p. 400).

Suzana de Toledo Barros, nesta linha, afirma que, ao falar-se em restrições aos direitos fundamentais, o problema inicial consiste em distinguir a “simples regulação ou concretização do legislador, no exercício legítimo do seu poder de conformação”, da “restrição tecnicamente considerada”, esta última sujeita ao referido ônus argumentativo de fundamentação (BARROS, 2003, p. 162).

Robert Alexy, ao abordar o tema das restrições, e partindo dos pressupostos da teoria externa, explica que “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”. Efetivamente, as restrições jamais restringem os direitos em si, direitos *prima facie*, mas tão somente o seu exercício definitivo. Afirma, assim, que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”, dando destaque, assim, para algo que não deve passar despercebido: restrições a direitos fundamentais são normas (ALEXY, 2014, p. 281).

O autor adverte, no entanto, que normas de competência, ou seja, aquelas

que fundamentam ou estabelecem a competência do Estado para criar outras normas, não devem ser vistas como restrições autônomas. Isto porque estas normas não restringem, por si mesmas, qualquer direito, mas apenas “fundamentam a sua restringibilidade”, ou seja, a “possibilidade jurídica das restrições”. Esta ausência de restritividade das normas de competência fica clara nos casos nos quais uma competência para estabelecer restrições exista, mas dela não faça uso o legislador infraconstitucional. Nesta hipótese, fica clara a inexistência de qualquer restrição, do que se extrai que estas normas possuem, no máximo, um caráter restritivo indireto, baseado na “natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência” por elas estabelecidas, estas, sim, restritivas. (ALEXY, 2014, p. 282).

As normas restritivas, a seu tempo, são, sobretudo, aquelas que possuem natureza “mandatória” ou “proibitiva”, bem como todas as que, de alguma forma “restringam ou eliminem competências dos cidadãos”. É indiferente, no entanto, no que concerne à possibilidade de tratar-se de uma restrição, ter ela a estrutura de regra ou de princípio. O essencial, destaca Robert Alexy, é que haverá uma restrição sempre que uma norma impuser a conversão de um direito *prima facie* por um não-direito definitivo.

Nesta linha, Luiz Fernando Calil de Freitas explica que haverá uma restrição a um direito fundamental “sempre que em lugar de um direito fundamental concedido *prima facie* se coloque um não-direito definitivo” (FREITAS, 2007, p. 168). Restrição será, portanto, toda norma que incidindo sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental provoque o seu recuo e conseqüentemente retire determinada ação, estado ou posição jurídica da sua esfera de proteção. Neste sentido, se havia um direito *prima facie* a esta situação, pois abrangida pelo amplo espectro do âmbito de proteção da norma jusfundamental, passa-se à ausência de um direito definitivo sobre ela, a qual pode ser referida como um “não-direito definitivo”.

Marcelo Schenk Duque, nesta linha, assevera que “uma restrição é uma redução ou uma diminuição de um direito”. Tal afirmativa está correta, mas apenas a partir da compreensão de que a aventada redução ou diminuição não incide sobre o direito *prima facie* garantido, mas sobre o direito definitivo que pode ser exercido (DUQUE, 2014, p. 308).

Efetivamente, as restrições aos direitos fundamentais não apenas podem se tratar de normas com estrutura de regras, mas esta será a sua natureza por excelência (SILVA, 2014, p. 141). Segundo Robert Alexy, uma regra será uma

restrição “se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo” (ALEXY, 2014, p. 283).

Virgílio Afonso da Silva coloca que sempre que uma norma proibir uma conduta que era permitida *prima facie* por algum direito fundamental ou autorizar alguma ação estatal cujo efeito é a supressão de uma proteção *prima facie* por ele concedida, se estará diante de uma restrição levada a cabo por meio de uma regra.

Nestes casos, deve-se perceber que aquilo que pode inicialmente ser visto como um caso de conflito ou colisão entre um princípio que estabelece um direito fundamental e uma regra que o restringe na verdade não o é. Ao contrário, trata-se de uma regra que é expressão de uma restrição obtida por meio de um processo prévio de sopesamento entre o princípio em questão e outro com ele colidente. Portanto, a regra não colide com o princípio, mas, ao contrário, restringe-o. De fato, é ela a norma obtida quando da solução, por meio da ponderação, de uma colisão anterior entre dois princípios, nos quais um deles recuou em favor da prevalência condicionada do outro. A regra, portanto, não colide com o princípio prevalecido, mas representa justamente esta sua restrição imposta pela prevalência do outro (SILVA, 2014, p. 141-142). Trata-se da mais pura aplicação da lei de colisão de Robert Alexy, pela qual se $(P_1 P P_2) C$, então $C \rightarrow R$.

Ou seja, prevalecendo, sob as condições C , o princípio P_1 sobre o princípio P_2 , esta colisão será resolvida pela aplicação da consequência jurídica que resulta de P_1 , manifestada por meio de uma norma jurídica R na forma de regra. Diante disto, a regra R será aplicada sempre que se estiver diante das mesmas condições C , representando a prevalência condicionada de P_1 sobre P_2 .

Nos casos de aplicação da regra R , por estar-se diante das condições C , não há conflito ou colisão entre R e P_2 , mas uma situação na qual a regra representa uma restrição a este princípio, justamente por afastar a incidência *prima facie* deste dando lugar a uma não-incidência definitiva.

Ao lado das regras restritivas, também os princípios podem atuar como restrições aos direitos fundamentais. Alerta Robert Alexy, no entanto, que os princípios são incapazes de, individualmente considerados, colocar um indivíduo em uma situação de restrição de um direito fundamental. Ao contrário, uma restrição definitiva baseada em um princípio apenas pode decorrer diante da colisão entre princípios conflitantes, da qual um deles restará prevalecido como resultado de um

sopesamento. Apenas neste contexto é que se pode falar em restrição baseada em um princípio, já que princípio prevalecente restringe o prevalecido.

Deve-se destacar, no entanto, que, sob uma perspectiva material, todas as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios e resultam da colisão entre eles. No entanto, em um aspecto formal, podem elas ocorrer de duas distintas formas: restrições expressadas por meio de regras e restrições não expressas decorrentes da ponderação entre princípios. Neste último caso, estar-se-á diante de uma colisão cuja solução não fora previamente estabelecida por meio de uma regra, competindo ao intérprete, no caso concreto, realizá-la. Haverá, em decorrência deste sopesamento, “uma restrição ao direito fundamental que é garantido pelo princípio que teve de ceder em favor do princípio considerado mais importante”.

Virgílio Afonso da Silva destaca que esta restrição não encontrará fundamento em uma regra positivada, mas tão somente no princípio prevalecente e, em se tratando de ponderação realizada em âmbito judicial, na competência do juiz para decidir naquele caso concreto (SILVA, 2014, p. 142-143).

Assim, argumenta Robert Alexy que “princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios” e que, portanto, um princípio é uma restrição a um direito fundamental “se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo” (ALEXY, 2014, p. 284-285).

Efetivamente, como destaca Denny Mendes Santiago, sempre será possível, nos casos de restrições baseadas em princípios, extrair, do sopesamento realizado, uma regra (SANTIAGO, 2014, p. 45). Em que pese se trate de regra não escrita, é ela dotada de uma pretensão de generalidade e abstração, visto que, pressupondo-se a correção dos fundamentos que levaram à sua criação, pode ela ser aplicada a todos os casos futuros nos quais se repetirem as circunstâncias que deram causa à sua inicial elaboração. Tal afirmação é, em realidade, mero desdobramento da lei de colisão de Robert Alexy, no sentido de que se diante das circunstâncias *C* uma colisão entre os princípios P_1 e P_2 deve ser resolvido em favor do primeiro, impondo-se a consequência jurídica *R* decorrente dele, pode-se estabelecer uma regra, com pretensão de universalidade, que tem como suporte fático *C* e consequência *R* e que deve ser aplicada por subsunção que se estiver diante

daquelas circunstâncias, produzindo-se esta mesma consequência.

Assim, se materialmente toda restrição se baseia em uma colisão entre princípios, deontologicamente todas elas podem ser expressas por meio de regras, algumas vezes positivadas previamente e, em outras oportunidades, não escritas e criadas a partir de situações concretas.

Não parece assumir importância central neste trabalho as diferentes propostas de classificação das restrições, mas tão somente a percepção de que, independentemente delas, uma norma somente poderá ser considerada como uma restrição a um direito fundamental se for compatível com a Constituição. Nesta linha, Robert Alexy explica que uma norma inconstitucional, ou seja, sem conformidade com a Constituição, “até pode ter a natureza de uma intervenção”, mas jamais de uma restrição. Segundo o autor, “normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição” (ALEXY, 2014, p. 281).

Isto pois, possuindo os direitos fundamentais hierarquia constitucional, ainda que por vezes de forma apenas material, só podem eles ser restringidos por normas que também gozem de tal hierarquia ou por normas infraconstitucionais cuja criação fora autorizada por uma norma constitucional (ALEXY, 2014, p. 286). Daí falar-se em restrições diretamente constitucionais, compreendendo as cláusulas restritivas expressas na Constituição e as restrições impostas por princípios constitucionais, e restrições indiretamente inconstitucionais, criadas pelo legislador infraconstitucional com fundamento em disposições constitucionais que expressamente o autorizam a tal.

Esta tríplice possibilidade de restrições aos direitos fundamentais é bem elucidada por Suzana de Toledo Barros, que afirma que “a própria Constituição já prevê inúmeras (...) restrições ao exercício destes direitos”, que, “em outras circunstâncias, o Texto Constitucional não prevê diretamente uma restrição, mas sim a possibilidade de restrição”, e que “do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais resulta (...) que, à vista de princípios opostos, os direitos fundamentais são passíveis de restrições”, hipótese que denomina de restrições tácitas.

Conclui, assim, a autora, que “há possibilidade de uma intervenção legislativa de caráter restritivo, mesmo quando os direitos fundamentais não estejam direta ou indiretamente limitados por normas constitucionais” (BARROS, 2003, p. 160-162). Assiste razão a autora, mas desde que se perceba que nestes casos, nos quais inexistente cláusula restritiva expressa ou cláusula de reserva explícita, a restrição

decorrerá da colisão do direito fundamental com outro princípio de hierarquia constitucional.

De fato, é plenamente aceitável, a partir da teoria dos princípios, a oposição de restrições, por norma infraconstitucional, ao exercício de um direito fundamental ainda que o enunciado que o sustenta não contenha expressa autorização para tal. Posição contrária levaria à existência de direitos fundamentais absolutos e irrestingíveis ou, o que parece contrassenso ainda maior, a direitos que não poderiam ser restringidos pelo legislador, mas que pudessem ser objeto de ponderação, e, conseqüentemente, restrição, pela atuação do juiz no caso concreto, mediante um “acesso direto à norma constitucional” e sem qualquer interposição legislativa (FREITAS, 2007, p. 151-153).

Assim, é de se compreender que “a ausência de previsão expressa na Constituição em torno da possibilidade de restrições não se confunde com a ausência de fundamentação constitucional” para elas. Em definitivo, “importa que as restrições encontrem amparo na própria Constituição” (DUQUE, 2014, p. 336), devendo, no entanto, ser rechaçada toda e qualquer fundamentação que não encontre guarida na Constituição (DUQUE, 2014, p. 339), visto que “os direitos fundamentais não estão constitucionalmente à disposição do legislador, antes e pelo contrário, eles é que estabelecem o critério para avaliação da adequação constitucional da legislação ordinária” (FREITAS, 2007, p. 159). Por tal razão, uma restrição a um destes direitos apenas terá validade, e, nesta linha, apenas será verdadeiramente uma restrição, se estiver amparada e em conformidade com o texto constitucional, sendo “inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes” (ALEXY, 2014, p. 295).

Isto tudo remete à percepção de que a questão central não se encontra na admissibilidade ou não das restrições aos direitos fundamentais, ainda que expressos por meio de enunciados normativos sem reserva, mas no estabelecimento das formas e meios para o controle destas restrições (FREITAS, 2007, p. 158).

Como exposto anteriormente, a constitucionalidade das restrições está ligada à sua fundamentação constitucional. Neste sentido, uma intervenção sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental é constitucional, e será, então, uma restrição, se estiver amparada em uma adequada fundamentação com base na Constituição. Ao contrário, se assim não estiver, tratar-se-á de uma intervenção inconstitucional, de uma violação, de uma lesão, mas não de uma restrição. Neste

sentido, “a violação ou lesão de um direito fundamental é algo totalmente diverso de sua restrição” (DUQUE, 2014, p. 308).

Assim, restrições estão condicionadas a um ônus de fundamentação constitucional. É preciso, portanto, diferenciá-las de eventuais outras formas de atuação normativa estatal.

Inicialmente, conforme a lição de Virgílio Afonso da Silva, é preciso rejeitar qualquer distinção entre restrição e regulamentação de um direito fundamental. Segundo este autor, esta diferenciação, que estaria na base de algumas estratégias de limitação destes direitos, é dotada de “problemas conceituais” que tornam necessária a sua rejeição (SILVA, 2014, p. 100).

Como ponto de partida, esta oposição entre restrições e regulamentações parte da premissa de que intervenções no conteúdo de direitos e liberdades fundamentais são restrições e, portanto, inconstitucionais, ao passo que intervenções na sua forma de exercício seriam regulamentações e, portanto, constitucionais. O problema estaria na impossibilidade concreta de se proceder à separação rígida entre intervenções na forma e intervenções no conteúdo, bem como na incorreta atribuição automática de inconstitucionalidade às intervenções que provocam restrições no conteúdo de um direito fundamental.

Em relação ao primeiro aspecto, destaca o autor que, a despeito da aparente simplicidade da distinção entre restrições como intervenções no conteúdo dos direitos fundamentais e regulamentações como intervenções na forma de seu exercício, deve-se perceber que é plenamente possível que “com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido de forma contundente”, restando atingido e diminuído o seu próprio conteúdo. Efetivamente, determinadas regulamentações acerca de questões simples como os locais e horários em que determinado direito pode ser exercido, bem como sobre as formas e meios admitidos, podem produzir relevantes cerceamentos a estes direitos, podendo até mesmo obstaculizá-los (SILVA, 2014, p. 100-102). Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva cita dois casos de atos normativos regulamentando os direitos de reunião e liberdade de manifestação e expressão.

No primeiro, a administração municipal determinou que reuniões e manifestações públicas apenas poderiam ser realizadas, no centro da cidade, nas tardes de domingo ou, alternativamente, em um espaço pré-determinado afastado do

centro da cidade. No segundo, a administração proíbe, em tais atos, a utilização de quaisquer aparelhos sonoros nas manifestações próximas aos prédios públicos. Em ambos os casos, não há qualquer referência ao conteúdo das manifestações, mas, independentemente disto, há evidente restrição dos direitos de reunião e manifestação, pois de um direito *prima facie* de reunião e manifestação em qualquer lugar, tempo e mediante qualquer forma passa-se a um não-direito definitivo de reunião e manifestação em determinado lugar e tempo e mediante determinada forma.

A negativa de reconhecimento do caráter restritivo destas medidas implicaria na impossibilidade de sequer suscitar-se eventual violação aos direitos fundamentais atingidos, seja porque assume-se de antemão que se tratam de meras regulamentações e que estas são sempre constitucionais, seja porque apenas se atribui o ônus de fundamentação constitucional às restrições e não a outras formas de intervenção normativa (SILVA, 2014, p. 102-103).

Uma mais adequada tutela dos direitos fundamentais demanda a superação de qualquer distinção desta natureza, reconhecendo-se que regulamentações ao exercício de um direito fundamental sempre configuram restrição a estes direitos (SILVA, 2014, p. 104). Trata-se da adoção de uma visão ampliativa do conceito de restrição que tem como consequência a submissão do maior número de intervenções possíveis ao ônus de fundamentação constitucional.

No segundo aspecto, a distinção entre regulamentações e restrições padece de um grave problema que reside da atribuição imediata de constitucionalidade às primeiras e inconstitucionalidade às últimas. Neste sentido, toda e qualquer regulamentação a um direito fundamental seria compatível com a Constituição, ao passo que toda restrição não o seria. Esta visão, que evidentemente não se coaduna com as premissas do presente trabalho, não pode ser aceita. Ao contrário, deve-se reconhecer que “da mera verificação de uma restrição a um direito fundamental – mesmo que ela inviabilize seu exercício por completo, em alguns casos concretos – não decorre sua inconstitucionalidade” (SILVA, 2014, p. 104). Isto pois, a inconstitucionalidade não decorre da restrição em si, mas da sua ausência de fundamentação constitucional.

Virgílio Afonso da Silva, nesta linha, destaca que a própria Constituição traz em seu texto normas que configuram restrições a direitos fundamentais, as quais certamente não podem ser consideradas inconstitucionais. Nesta linha, o direito fundamental de reunião tem como restrição constitucional o caráter pacífico e não

armado desta.¹⁹ Isto por si só já demonstraria o equívoco no estabelecimento de uma relação automática entre restrição e inconstitucionalidade. Para além disso, argumenta que existem restrições menores, que poderiam ser consideradas como meras regulamentações, que podem ser consideradas inconstitucionais, ao passo que há restrições maiores e mais intensas que podem ser tidas como constitucionais.

Neste sentido, afirma que se uma lei regularmente criada viesse a proibir “manifestações de partidos comunistas nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre 14 e 18h”, tal norma seria inconstitucional, apesar de veicular uma mera regulamentação de horário, que provoca uma “restrição ínfima” no exercício do direito de reunião (SILVA, 2014, p. 104-106). De outro lado, a interceptação telefônica lícita, como restrição aos direitos fundamentais à intimidade, vida privada e sigilo das comunicações telefônicas, se trata de restrição muito mais incisiva e intensa sobre o direito afetado, porém constitucional. Neste sentido, Robert Alexy destaca que “o fato de que, por razões de direitos fundamentais, uma norma restritiva seja razoável e exigível para a garantia de liberdades não retira dela a qualidade de restrição” (ALEXY, 2014, p. 335).

Assim, ao lado da afirmação de que as regulamentações são verdadeiras restrições aos direitos fundamentais, é preciso reconhecer que a inconstitucionalidade de uma intervenção não depende de sua classificação como regulamentação ou restrição, nem decorre automaticamente do seu caráter restritivo ou da intensidade desta restritividade, mas da existência ou não de fundamentação constitucional para sua validade, o que irá remeter à necessidade de ponderação (SILVA, 2014, p. 108).

Efetivamente, a adoção de um conceito amplo de intervenção promove, nos moldes do que também ocorrera quando da adoção de uma teoria ampla sobre o âmbito de proteção, um acréscimo na protetividade dos direitos fundamentais, aumentando os casos de conflitos e condicionando um maior número de atos interventivos à exigência de fundamentação constitucional. De fato, a utilização dos dois modelos ampliativos, de âmbito de proteção e de intervenção, faz com que “qualquer intervenção (...) [seja] acompanhada de um grande ônus argumentativo para demonstrar a sua constitucionalidade” (SILVA, 2014, p. 112).

Não obstante esta irrelevância da distinção entre restrição e

¹⁹ “XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

regulamentação, ainda se faz necessário identificar que outras formas de atuação normativa estatal podem ser contrapostas à primeira. Robert Alexy, neste ponto, invoca a existência de uma dualidade, no âmbito dos direitos fundamentais, entre normas restritivas e normas não-restritivas, afirmando que as do último grupo, por não restringirem nenhum direito fundamental, “não necessita[m] ser justificada[s] enquanto restriç[ões] a um direito fundamental” (ALEXY, 2014, p. 332).

Propõe, assim, uma diferenciação entre restrição e configuração. Segundo o autor, as normas que em nada se relacionam com um direito fundamental não são, em relação a este direito, nem normas restritivas, ou seja, restrições, e nem, normas não-restritivas, configurações. Restrições e configurações apenas são aquelas normas que, de alguma forma, tenham alguma relação com o âmbito de um direito fundamental.

Como conceito contraposto à noção de restrição, sua definição deve, de alguma forma, traduzir o oposto daquilo que caracteriza esta. E, diante disto, emerge o “critério da não-inibição”.

Conforme o que já fora exposto, estar-se-á diante de uma restrição sempre que uma norma provoque a substituição de um direito *prima facie* por um não-direito definitivo de igual conteúdo, ou seja, sempre que se restrinja ou elimine uma posição jusfundamental do cidadão que tenha guarida no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Nesta linha, segundo Robert Alexy, “sempre que a eliminação de uma competência iniba a realização de um princípio de direito fundamental não se trata de uma simples configuração, mas de uma restrição”. Assim, se restrição é toda norma que, de alguma forma, iniba a realização na maior medida possível do direito fundamental, serão configurações aquelas normas que, possuindo relevância temática com este direito, não impliquem em qualquer inibição de condutas, estados ou posições jurídicas.

O autor, de forma conclusiva, leciona que esta concepção restrita do conceito de configuração é a única que se amolda, de forma compatível, a uma visão ampla do conceito de restrição. Mais do que isso, é a única que se coaduna com “as exigências de racionalidade na fundamentação dos casos envolvendo direitos fundamentais”. Isto porque, as configurações, por não se tratarem de restrições, estão dispensadas de qualquer fundamentação constitucional com base nos direitos fundamentais.

Desta forma, o conceito restrito de configuração é o único que mantém intacto o amplo espectro daquilo que se entende por restrições, garantindo-se, com isso, “que nenhuma restrição esteja isenta de fundamentação”. Tal se afigura como pressuposto para que sejam reconhecidas como válidas apenas aquelas restrições que possam ser fundamentadas de forma adequada à luz da Constituição (ALEXY, 2014, p. 339-340).

3.2.3 A Ausência de Fundamentação Constitucional

Analisados nos tópicos anteriores os dois primeiros elementos que integram o suporte fático dos direitos fundamentais, seu âmbito de proteção e as restrições que incidem sobre este, passa-se à análise do terceiro e último dos seus componentes: a ausência de fundamentação constitucional.

Como já visto, o suporte fático dos direitos fundamentais representa o conjunto das condições necessárias para que a sua consequência jurídica se produza. Segundo a concepção adotada neste trabalho, este gatilho será disparado sempre que determinada ação, estado ou posição jurídica (x) abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental (APx) sofrer uma intervenção estatal (IEx) não fundamentada constitucionalmente ($\neg FCx$), operando-se, com isso, a consequência jurídica decorrente na norma jusfundamental em questão ($OCJx$). Daí a formulação lógica já exposta: $(x)(APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$.

Imperioso, portanto, debruçar-se sobre este derradeiro componente do suporte fático dos direitos fundamentais: a presença ou ausência de fundamentação constitucional na intervenção.

Já se afirmou anteriormente que a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais decorre de sua própria natureza predominantemente principiológica, da qual deriva a inevitabilidade das colisões entre si. Da mesma forma, argumentou-se que todas as restrições devem possuir fundamento constitucional, pois, tendo os direitos fundamentais, ao menos sob uma perspectiva material, hierarquia constitucional, estes apenas podem ser restringidos por normas que compartilhem esta hierarquia, situações nas quais se estará diante de uma restrição diretamente constitucional, ou que, ao menos, tenham sua criação autorizada por normas que

detenham tal posição, casos em que haverá uma restrição indiretamente constitucional.

Em todos os casos, as restrições impostas aos direitos fundamentais deverão se determinar pelos parâmetros da própria Constituição, de maneira que serão constitucionais apenas aquelas que puderem ser justificadas, direta ou indiretamente, a partir de uma norma constitucional. Inexistindo tal fundamento, disto decorrerá a sua inconstitucionalidade e conseqüente supressão do ordenamento jurídico (DUQUE, 2014, p. 348-349). Nesta linha, Marcelo Schenk Duque coloca que “toda cláusula (...) que não encontre ponto de apoio jurídico-constitucional não se mostra apta a restringir esse tipo de direitos” (DUQUE, 2014, p. 357).

Quer-se, com isso, evitar que a eficácia dos direitos fundamentais seja “esvaziada pela atuação erosiva dos poderes constituídos”, notadamente o legislativo, razão pela qual impõe-se um controle material que funcione como “limite dos limites dos direitos fundamentais”, garantindo sua máxima eficácia e sua aplicação na maior medida possível (SARLET, 2012, p. 404).

Robert Alexy destaca que desta natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre não somente a sua restringibilidade, mas também que esta possui limites. Explica que “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”, do que extrai que “é inadmissível uma restrição a um princípio de direito fundamental que extrapole aquilo que é admissível em face do peso dos princípios colidentes” (ALEXY, 2014, p. 295-296).

Efetivamente, em uma colisão entre dois princípios P_1 e P_2 , apenas serão admissíveis restrições a um deles caso se atribua, nas circunstâncias e condições concretas, peso maior ao outro. Mais do que isto, a admissibilidade da restrição imposta, e notadamente a sua intensidade, deverá guardar relação com o peso atribuído ao princípio prevalecente.

Luiz Fernando Calil de Freitas explica que o sistema constitucional de direitos fundamentais se configura como um “complexo mecanismo de limitação e controle dos atos de aposição de (...) restrições”, exigindo, com isso, que a ação restritiva incidente sobre estes direitos se dê na medida estritamente necessária e indispensável para a concretização e preservação das próprias normas jusfundamentais e dos demais princípios constitucionalmente estabelecidos

(FREITAS, 2007, p. 185). Daí falar-se que estes limites às restrições²⁰ decorrem da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que exige que estes se realizem na maior medida possível, admitindo-se a restrição de um direito desta natureza apenas quando esta estiver justificada pela necessidade de realização de uma norma constitucional que sobre ela prevaleça no caso concreto.

Estes limites às restrições decorrem, portanto, da “própria essência dos direitos fundamentais” (BARROS, 2003, p. 99), do que se extrai a necessidade de que se estabeleçam instrumentos de controle aptos a conformar a atividade restritiva exercida sobre estes direitos, de modo a impedir intervenções indevidas sobre eles (SANTIAGO, 2014, p. 102).

E é neste contexto que emerge a proporcionalidade como limite às restrições aos direitos fundamentais, verdadeiro instrumento para a verificação da fundamentação constitucional destas intervenções. Robert Alexy, sobre este papel, assevera que

se a Constituição garante direitos constitucionais, então muitas ou mesmo todas as decisões legais que restringem a liberdade dos indivíduos devem ser entendidas como intervenções nos direitos constitucionais. Intervenções nos direitos constitucionais são admissíveis, entretanto, apenas se elas forem justificadas, e elas são justificadas apenas se elas são proporcionais [tradução livre²¹] (ALEXY, 2003b, p. 436).

Nesta linha, uma restrição a um direito fundamental possuirá fundamentação constitucional sempre que puder ser justificada a partir do emprego da máxima da proporcionalidade.

3.3 A PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, cumpre destacar que a solução das colisões entre princípios,

²⁰ Fazendo referência à expressão alemã *shranken-schranken*, boa parte da doutrina prefere a expressão “limites dos limites”. Neste trabalho, tendo em vista a adoção de uma teoria externa, prefere-se a expressão limites às restrições ou limites das restrições.

²¹ No original: “if the constitution guarantees constitutional rights, then many or even all legal decisions restricting the freedom of individuals have to be understood as interferences with constitutional rights. Interferences with constitutional rights are admissible, however, only if they are justifies, and they are justified only if they are proportional”.

nelas incluídas aquelas que implicam na imposição de restrições a direitos fundamentais, não pode ser obtida por meio de uma referência genérica à ponderação. Thomas Bustamante esclarece ser necessária uma “ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações”, ou seja, uma regra que estabeleça como se deve ponderar e que busque garantir a racionalidade deste processo, sendo este o propósito e utilidade da construção alexyana da máxima da proporcionalidade (BUSTAMANTE, 2006, p. 87-88).

Robert Alexy, nesta linha, argumenta que, diversamente do que afirmam seus críticos, a ponderação pode ser um procedimento racional e não estritamente subjetivo e decisionista. Reconhece o autor que, de fato, não se trata de um mecanismo que conduzirá, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco.

Segundo o autor, se a ponderação for realizada com base tão somente na formulação intuitiva de um enunciado de preferências, pelo qual se estabelece, de modo meramente subjetivo, que determinado princípio deve prevalecer sobre outro, não se estará diante um procedimento racional, tampouco controlável. Este modelo de ponderação, o qual denomina de “decisionista”, é resultado de um “processo psíquico não controlável racionalmente” (ALEXY, 2014, p. 164-165).

Trata-se de um modelo de ponderação sem qualquer preocupação dogmática que a concebe como uma técnica genérica de solucionar conflitos normativos. Ana Paula de Barcellos se refere a este modelo decisionista como “*ad hoc balancing*”, definindo-o como “a ponderação levada a cabo pelo juiz no caso concreto, livremente, isto é, independentemente de qualquer parâmetro ou *standard* anterior e abstrato ao qual o aplicador esteja vinculado” (BARCELLOS, 2005, p. 50). Agiria ele, assim, “guiado mais pelo seu bom senso do que por qualquer outro elemento” (BARCELLOS, 2005, p. 80).

A ponderação realizada nestas bases é, sem dúvidas, “metodologicamente inconsistente”, dando ensejo a uma excessiva subjetividade ao seu operador e não dispondo de qualquer mecanismo que possa ser utilizado para prevenir ou controlar o arbítrio (BARCELLOS, 2005, p. 53). Assim, ao invés de atender ao seu propósito de combater a prática de atos arbitrários, serviria ela como subterfúgio para a prática de tais atos (ÁVILA, 2015, p. 204), mostrando-se arbitrária e ilegítima em um Estado de Direito (BARCELLOS, 2005, p. 39-40), em razão “da ameaça que esse recurso hermenêutico poderia representar em matéria de restrições a direitos fundamentais”

(BARCELLOS, 2005, p. 83).

No entanto, contraposto àquele modelo decisionista há outro, tido como fundamentado, que promove a distinção “entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e a sua fundamentação”, o que permite uma verificação da racionalidade deste sopesamento com base nesta fundamentação do enunciado de preferência. Afirma Robert Alexy que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional” (ALEXY, 2014, p. 164-165).

Desta forma, a ponderação não deve ser compreendida como um “modelo puro de decisão”, alheio a qualquer critério, mas, ao contrário, como um “modelo de fundamentação de enunciados de preferência entre princípios jurídicos” (BUSTAMANTE, 2006, p. 77).

Ana Paula de Barcellos, refutando as objeções ao sopesamento, afirma que suas modernas formulações são capazes de propor “uma ordenação que confira maior juridicidade e racionalidade à ponderação enquanto técnica para solução de conflitos normativos”, bem como de fornecer “parâmetros capazes de orientar o emprego dessa técnica” (BARCELLOS, 2005, p. 38).

Explica a autora que, em um Estado de Direito, a legitimidade do emprego da ponderação está condicionada à sua “racionalidade e capacidade de justificação”. Sua racionalidade está ligada à “capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico” e à “racionalidade propriamente dita da argumentação”. Já a sua justificação está associada à necessidade e à possibilidade de se explicitarem as razões pelas quais uma decisão foi tomada em detrimento de outras possíveis. Segundo a autora, “cuida-se de transformar diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência” (BARCELLOS, 2005, p. 41-45).

Assim, conclui que:

em um Estado de Direito, republicano e democrático, as decisões judiciais devem vincular-se ao sistema jurídico da forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado. Aprimorar a consistência metodológica da técnica de ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar seu emprego são esforços dogmáticos que podem contribuir, em primeiro lugar, para que a vinculação ao sistema das decisões que empregam essa técnica seja juridicamente mais consistente e mais racional. Em segundo lugar (...), a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo

intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação” (BARCELLOS, 2005, p. 48).

Apesar da autora fazer referência expressa à ponderação como técnica empregada em decisões judiciais, seu emprego extrapola este cenário, servindo não apenas como técnica decisória, mas como mecanismo de controle de atos restritivos de direitos fundamentais, seja no controle de atos normativos, em especial atos legislativos, mas também de atos decisórios.

Assim, por meio de um modelo fundamentado de ponderação é possível desenvolver uma metodologia que ordene a sua realização, conferindo-lhe racionalidade e objetividade, reduzindo a discricionariedade do seu operador, e possibilitando o exercício de um controle do raciocínio jurídico empregado (BARCELLOS, 2005, p. 86).

Neste contexto, Robert Alexy ressalta que a ponderação “pode ser considerada como parte do que é requerido por um princípio mais completo, o princípio²² da proporcionalidade” [tradução livre²³], o qual, por sua vez, “pressupõe a ponderação” [tradução livre²⁴] (ALEXY, 2003b, p. 436).

Sobre a proporcionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que ela “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual” (CANOTILHO, 2011, p. 266). Neste sentido, afigura-se como “princípio material de controlo das actividades dos poderes públicos”, implicando que as medidas estatais que se realizam com a aposição de uma restrição a um direito fundamental do cidadão devem sempre guardar proporcionalidade aos fins por elas visados (CANOTILHO, 2011, p. 268-269).

Segundo este autor, a proporcionalidade tem sua mais importante aplicação no campo das restrições a direitos, liberdades e garantias fundamentais impostas por atos do poder público, sendo, no entanto, sua abrangência mais ampla do que isto, estendendo-se a qualquer forma de restrição a um direito fundamental. Assim, apesar de ter sua origem vinculada ao controle dos atos administrativos

²² Em que pese a referência, pelo autor, a um “princípio da proporcionalidade”, Robert Alexy atribui a esta norma a estrutura normativa de uma regra.

²³ No original: “Balancing can be considered as a part of what is required by a more comprehensive principle, the principle of proportionality”.

²⁴ No original: “Proportionality judgments, however, presuppose balancing”.

praticados pelo Poder Executivo, "aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos", vinculando "o legislador, o administrador e a jurisdição", devendo-se observar, no entanto, que este controle de proporcionalidade possui extensão e intensidade diferentes consoante se esteja diante de ato administrativo-executivo, legislativo ou judicial, tendo em vista que o espaço de conformação e discricionariedade é distinto em cada uma destas espécies (CANOTILHO, 2011, p. 272).

3.3.1 Proporcionalidade e Ponderação

Ao longo deste trabalho fez-se referência tanto à ponderação, e ao sopesamento como seu sinônimo, como também à proporcionalidade. Os contextos em que apareceram podem fazer crer que se tratam, ponderação e proporcionalidade, de uma mesma figura, o que, em realidade, não acontece. Efetivamente, a proporcionalidade trata-se de mecanismo mais complexo que abrange a ponderação como uma de suas etapas. A ponderação, assim, pode se dar de forma autônoma, fora do âmbito da proporcionalidade, ou como uma das etapas de aplicação da proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva, sobre esta distinção, menciona que o emprego de cada uma destas técnicas tem incidência em situações distintas, sendo corriqueira, no entanto, a confusão e utilização indevida de uma pela outra (SILVA, 2014, p. 178).

Segundo este autor, a diferença entre os institutos remete às diferentes formas de restrição a direitos fundamentais: restrições por meio de regras e restrições baseadas em princípios.

Na primeira hipótese fazem-se relevantes as restrições veiculadas por meio de regras presentes em textos normativos infraconstitucionais, as quais são o resultado de sopesamentos entre princípios realizados previamente pelo legislador. Caso estas regras restritivas de direitos fundamentais venham a ter a sua constitucionalidade questionada, esta verificação deverá ser realizada mediante o emprego da técnica da proporcionalidade, com o recurso às suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tratando-se esta última da própria ponderação. A proporcionalidade, assim, será empregada como

mecanismo de controle de uma medida restritiva concreta (SILVA, 2014, p. 178-179).

Da mesma forma, é possível empregar a proporcionalidade como meio de controle de atos normativos oriundos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, este último no exercício de função atípica, tal como os regimentos internos dos tribunais, bem como de atos decisórios. Efetivamente, decisões judiciais, e também as proferidas pelos outros poderes, que de alguma forma impliquem em restrição a um direito fundamental podem ter a sua adequação constitucional verificada e controlada por meio dos critérios da proporcionalidade, vez que se tratam de medidas restritivas concretas.

Diferentemente, a ponderação será empregada nas situações nas quais não há qualquer regra infraconstitucional ou outra medida restritiva concreta que dê solução a uma colisão entre princípios. Tratam-se daquelas hipóteses nas quais a colisão não foi objeto de uma prévia ponderação pelo legislador, devendo ser resolvida no caso concreto diretamente pelo intérprete. Nestes casos, eventual restrição imposta a um direito fundamental será baseada exclusivamente no princípio contraposto, devendo a solução ser obtida por meio da técnica da ponderação.

Virgílio Afonso da Silva, neste sentido, explica que a proporcionalidade será sempre uma análise realizada sobre determinada medida concreta, e que, portanto, não pode ser aplicada nestes casos nos quais ela inexistente. Segundo o autor, nas colisões nas quais princípios são aplicados diretamente no caso concreto, “falta essa variável de referência” que é a medida restritiva concreta. E, “se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade” como forma de resolução do conflito ou de controle de constitucionalidade, até porque não existe nada, nenhuma medida concreta, que possa ser objeto deste controle (SILVA, 2014, p. 179).

Sem embargos, pode-se afirmar que na solução de colisões entre princípios deve “haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto” (SILVA, 2014, p. 179). As restrições baseadas em princípios, assim, são obtidas mediante o emprego direto e exclusivo da ponderação.

Já a proporcionalidade recai sempre sobre uma medida restritiva concreta, uma regra, seja ela uma regra positivada constante da legislação infraconstitucional, seja ela uma regra produzida no caso concreto.

3.3.2 A Regra da Proporcionalidade

Antes de se adentrar na formulação dogmática da proporcionalidade, cumpre destacar que esta se trata, sob a perspectiva das estruturas normativas expostas anteriormente, de uma regra, e não de um princípio, como costuma-se denominá-la.

Efetivamente, Humberto Ávila classifica-a como um “postulado normativo”, categoria esta que estaria fora da distinção entre normas-regras e normas-princípios. Para além disso, na divisão proposta pelo autor entre postulados normativos hermenêuticos e postulados normativos aplicativos, a proporcionalidade seria exemplo do segundo grupo.

Segundo este autor, os postulados não podem ser enquadrados nos modelos normativos de regras e princípios, posto que “funcionam diferentemente” deles. Explica que são “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas”, qualificando-se, assim, como “normas sobre a aplicação de outras normas”, “normas de segundo grau” ou “metanormas”, dirigidas apenas aos intérpretes e aplicadores do direito.

Assim, os postulados atuam em um nível diverso daquele no qual transitam as regras e princípios, orientando a aplicação destes sem jamais conflitar ou colidir com eles (ÁVILA, 2015, p. 164).

Não obstante, Virgílio Afonso da Silva, em posição que parece acertada, afirma que a proporcionalidade possui a estrutura normativa de regra. Argumenta que, de fato, não é ela uma “regra de conduta”, nem uma “regra de atribuição de competências”, mas sim uma “regra acerca da aplicação de outras regras”. Não obstante, isto não retira dela sua estrutura de regra.

De fato, caso se pretenda, por meio do emprego da expressão “postulado normativo” tão somente indicar que a proporcionalidade não é uma regra de conduta, mas uma regra sobre a aplicação de outras regras, tal opção não se mostra problemática, desde que, no entanto, se reconheça “que também estes postulados têm a estrutura de regra”.

Efetivamente, a classificação da proporcionalidade como uma regra parte do pressuposto que as normas ou são regras ou são princípios, não havendo terceira opção. Neste sentido, a proporcionalidade não é um princípio, pois não se trata de um

mandamento de otimização, de algo que deve ser realizado na maior medida possível (SILVA, 2014, p. 168-169). O próprio Humberto Ávila destaca que “os postulados (...) não são normas realizáveis em vários graus”, tal como ocorre com os princípios (ÁVILA, 2015, p. 165).

Tem ela, destaca Virgílio Afonso da Silva, a estrutura de uma regra, impondo um dever definitivo. Destaca o autor que “se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas”. Ao contrário, “sua aplicação é (...) feita no todo” (SILVA, 2014, p. 168).

Vale destacar que Robert Alexy refere-se a ela como “máxima da proporcionalidade” (ALEXY, 2014, p. 116), sem, no entanto, se aprofundar na opção por este vocábulo. Explica o autor, no entanto, que a proporcionalidade, em que pese comumente denominada de “princípio da proporcionalidade”, não assume a feição de princípio tal como proposta em sua classificação, já que nem a proporcionalidade e nem as suas máximas parciais podem ser “sopesadas contra algo”. Em sua visão, a estrutura da proporcionalidade é construída no sentido de verificar se as suas máximas parciais foram atendidas ou não, e, em caso de seu não-atendimento, opera-se como consequência a inconstitucionalidade da medida restritiva analisada. Conclui, assim, que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais, deve ser considerada uma regra (ALEXY, 2014, p. 117)

Virgílio Afonso da Silva, sobre isto, afirma inexistirem objeções à denominação da proporcionalidade como uma máxima, desde que se reconheça, por um lado, que máximas são normas imperativas e não meras recomendações e, por outro, que possuem a estrutura normativa de regra e não de princípio (SILVA, 2014, p. 168-169).

Thomas Bustamante explica que os princípios, tidos como mandamentos de otimização, devem ser vistos como “comandos para serem otimizados”. Isto pois estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser realizado na máxima medida possível, sem descrever, no entanto, os comportamentos e meios necessários para tanto. São normas que estabelecem “espécies de dever-ser ideais que devem ser otimizadas e, assim, transformados em um dever-ser real”. São, portanto, o “objeto da otimização”.

Ao lado deles, em um nível metanormativo, a proporcionalidade atua como um “comando para otimizar”, ou seja, como uma regra que determina “o que deve ser feito com aquilo que se encontra no nível-objeto”. Não se trata de uma norma que

deve ser otimizada, na maior medida possível, mas de uma norma, com estrutura de regra, que estabelece, de forma definitiva, que os princípios devem ser otimizados e de que forma o devem ser (BUSTAMANTE, 2006, p. 82-84).

Efetivamente, diante da necessidade de “uma regra que nos diga como se deve ponderar”, a proporcionalidade “aparece como o principal comando para otimizar princípios jurídicos”, tratando-se de uma “estrutura complexa de raciocínio implícita na essência da ideia de otimização”.

Cumprido reconhecer, nesta linha, que a proporcionalidade não é, portanto, um “parâmetro material para a argumentação jurídica”. Ao contrário, afigura-se como uma “estrutura formal de aplicação dos princípios” (BUSTAMANTE, 2006, p. 87-89).

Robert Alexy, sobre esta natureza formal da regra da proporcionalidade, afirma que, assim, como a subsunção, esta norma é “completamente formal” [tradução livre²⁵], em nada contribuindo para o conteúdo da ponderação, mas apenas na identificação das formas e espécies das premissas necessárias para justificar o seu resultado (ALEXY, 2003b, p. 448).

3.3.3 A Estrutura da Proporcionalidade

Identificada a estrutura normativa da proporcionalidade, cumpre analisar a sua forma ou método de aplicação, que, como já afirmado anteriormente, será desenvolvida por meio do emprego de três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ante disto, dois destaques feitos por Humberto Ávila e Marcelo Schenk Duque devem ser ressaltados. Inicialmente, afirma o primeiro autor que a regra da proporcionalidade tem sua aplicabilidade restrita a colisões entre princípios nas quais exista uma “relação entre meio e fim” que se apresente “intersubjetivamente controlável” (ÁVILA, 2015, p. 205-206).

Explica o autor que o exame da proporcionalidade apenas pode ser

²⁵ No original: “Neither the Subsumption Formula nor the Weight Formula contributes anything directly to the justification of the content of these premisses. To this extent, both are completely formal. But this cannot diminish the value of identifying the kind and the form of the premisses which are necessary in order to justify the result”.

efetuado quando existir uma tal relação entre meio e fim, na qual uma medida concreta existe destinada à realização de uma finalidade. Apenas dentro de uma relação como esta é que se poderão aplicar as três máximas parciais da proporcionalidade, pois, sem ela, faltam os elementos que serão objeto de análise.

Destaca ele que, neste contexto, por fim ou finalidade deve-se entender um “ambicionado resultado concreto” que se opere no plano extrajurídico, tal como “obter, aumentar ou extinguir bens”, “alcançar determinados estados”, “preencher determinadas condições”, “dar causa ou impedir a realização de ações” ou, em resumo, “um estado desejado de coisas” (ÁVILA, 2015, p. 206).

Para além da mera existência de um meio e um fim, a proporcionalidade pressupõe a existência, ao menos hipotética, de uma relação de causalidade entre eles. Deve haver um meio voltado ao atingimento desta finalidade e que se supõe, ao menos *a priori*, seja apto a fazê-lo.

O exame da proporcionalidade, ademais, demanda a possibilidade de que sejam precisados os efeitos decorrentes da utilização do meio sob análise e a definição do fim almejado. Humberto Ávila, neste sentido, coloca que caso não seja possível definir ou perceber os efeitos do meio ou ainda determinar o fim buscado ou minimamente verificar a sua promoção, a utilização da proporcionalidade como mecanismo de controle restará fortemente enfraquecida. Isto pois, durante o seu emprego, indagar-se-ão questões sobre a possibilidade de a medida empregada promover a realização da finalidade e de a medida ser a menos restritiva aos direitos fundamentais dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas com a mesma eficiência para tal mister (ÁVILA, 2015, p. 206-207).

Nesta linha, Virgílio Afonso da Silva, apontando que a proporcionalidade incide sobre o controle destas relações de fins e meios, afirma que se trata de uma regra de “interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”, visando com isso evitar que qualquer ato que intervenha sobre estes direitos “tome dimensões desproporcionais” (SILVA, 2002, p. 24).

Um segundo ponto que merece destaque está na identificação, por Marcelo Schenk Duque, de um elemento cuja análise deve anteceder a das três tradicionais máximas parciais da proporcionalidade. Destaca o autor que, previamente à aplicação destas, é preciso proceder a um exame da própria finalidade da medida restritiva a fim

de se verificar sua legitimidade jurídica. Aponta, assim, a existência de um quarto elemento, prévio à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, o qual denomina de “finalidade legítima”.

Explica o autor que o exame da proporcionalidade não pode se limitar à verificação da relação positiva entre o emprego da medida restritiva e a finalidade almejada, sendo necessária uma valoração do próprio fim buscado, já que “toda atuação estatal tem que servir a uma finalidade legítima” (DUQUE, 2014, p. 394).

Esclarece que, considerando-se que as três máximas tradicionais da proporcionalidade serão empregadas tomando como base a finalidade perseguida por meio da medida restritiva, deve-se proceder a uma cuidadosa apuração acerca da validade jurídico-constitucional daquela (DUQUE, 2014, p. 395). Ao exame da proporcionalidade propriamente dita da medida restritiva deve preceder uma valoração sobre a própria finalidade que com ela se busca promover, questionando-se a sua compatibilidade com a Constituição, já que fins inconstitucionais jamais podem justificar qualquer restrição a um direito fundamental.

Efetivamente, sempre que uma medida estatal implicar em uma intervenção no âmbito de um direito fundamental é indispensável à sua validade que ela tenha como objetivo um “fim constitucionalmente legítimo” (SILVA, 2014, p. 169). Nesta linha, Luciano Feldens explica que uma medida restritiva será contrária à Constituição sempre que o fim almejado pelo seu emprego se revele, em si mesmo, ilegítimo sob a perspectiva constitucional (FELDENS, 2012, p. 151).

Ingo Wolfgang Sarlet, compartilhando deste entendimento, afirma que a aferição da proporcionalidade deve sempre partir do pressuposto de que a restrição a um direito se opera, ou apenas pode operar, em favor da “tutela de outro bem constitucionalmente relevante”, devendo, por isso, “ter uma finalidade constitucionalmente legítima”. Segundo o autor, esta exigência de legitimidade constitucional da finalidade não se trata de um “critério interno” ao exame da proporcionalidade, não configurando um “quarto elemento” dela, mas um verdadeiro pressuposto para o seu emprego. Desta forma, não sendo constitucionalidade legítima a finalidade, qualquer intervenção a direito fundamental será inconstitucional, o que se dá independentemente de qualquer análise com base na regra da proporcionalidade (SARLET, 2012, p. 407).

Feitos estes dois destaques, volta-se à análise da forma pela qual a regra da proporcionalidade deve ser compreendida e aplicada. Sobre esta, Virgílio Afonso

da Silva ressalta que a regra da proporcionalidade como mecanismo de controle de atos restritivos de direitos fundamentais teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que a dotou de uma “estrutura racionalmente definida”. Assim, não pode ser ela vista, e muito menos aplicada, como “uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim”. Diversamente, foi ela construída para atuar por meio de três máximas parciais²⁶, as quais devem ser aplicadas em uma ordem pré-estabelecida e que “conferem à proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade” (SILVA, 2002, p. 30).

Neste sentido, Valeschka e Silva Braga aponta que, apesar da confusão doutrinária entre as figuras da proporcionalidade e da razoabilidade, ora tomadas como sinônimas, ora vistas numa relação na qual uma está contida na outra, ora como conceitos não equivalentes (BRAGA, 2011, p. 152), é possível identificar dessemelhanças suficientes para afirmar tratarem-se de normas distintas (BRAGA, 2011, p. 166). Com especial ênfase, pode-se destacar que existe entre elas uma sensível distinção no que toca o “grau de motivação racional” exigido por cada uma delas e o “nível de objetividade” das soluções propostas. Efetivamente, ao passo que a ideia de razoabilidade se aplica “intuitivamente (...) como a virtude do homem prudente”, com um “forte conteúdo subjetivo” e guiada “pelo senso comum predominante em determinado grupo” (BRAGA, 2011, p. 167), a proporcionalidade demanda uma “necessária fundamentação procedimentalizada” por meio de critérios objetivos (BRAGA, 2011, p. 180).

Virgílio Afonso da Silva ressalta que, em que pese a procedimentalização da proporcionalidade por meio de suas três máximas parciais seja bem conhecida doutrinariamente, sua análise não tem sido feita de forma a torná-la suficientemente compreensível para que possa ser concretamente aplicada. Em especial, deixa-se de lado o dado essencial de que existe, entre as máximas parciais, uma relação de subsidiariedade, o que torna imperiosa a observância da referida ordem pré-estabelecida para a análise de cada uma delas. Destaca, ademais, que a própria subdivisão da proporcionalidade em máximas parciais decorre desta relação de subsidiariedade entre elas, uma vez que apenas se procederá à análise do elemento seguinte caso não se tenha obtido uma solução definitiva para a questão suscitada

²⁶ Estas máximas parciais são também frequentemente denominadas de “sub-regras”, “sub-elementos” ou “elementos” da proporcionalidade.

por meio da análise dos anteriores (SILVA, 2002, p. 34).

Desta forma, a verificação da proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental sempre deve se iniciar pela análise de sua adequação, passando então, se preciso, para a de sua necessidade e, por fim, caso ainda se faça necessário, para a averiguação do que se convencionou chamar de proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, esclarece Denílson Feitosa Pacheco que a sequência de aplicação destas máximas parciais deriva de um “critério lógico (...), pois parte do mais simples e restrito para o mais complexo e abrangente” (PACHECO, 2007, p. 191).

3.3.3.1 A adequação ou idoneidade

A primeira máxima parcial da proporcionalidade é geralmente identificada pela doutrina como adequação ou idoneidade. É possível, no entanto, identificar a utilização de outras expressões para se referir a ela, tal como “conformidade” (CANOTILHO, 2011, p. 269), “pertinência ou aptidão” (VIDAL, 2013, p. 291), “apropriabilidade” e “utilidade” (PACHECO, 2007, p. 153). Trata-se da verificação da “relação de adequação medida-fim a partir de um juízo de prognose” (FELDENS, 2012, p. 151), ou seja, “da relação de causalidade entre o meio adotado e o fim perseguido” (PUHL, 2005, p. 111) ou ainda da “congruência na relação meio-fim” (BARROS, 2003, p. 78).

Em linhas gerais, pela regra da adequação examina-se se a medida restritiva empregada é, de alguma forma, idônea e apropriada à promoção da finalidade pretendida, visto que uma restrição a um direito fundamental apenas se mostrará aceitável quando estiver justificada pela sua capacidade de promover um fim constitucionalmente adequado. O exame da adequação, assim, “coloca em questão a aptidão do meio eleito para o atingimento da finalidade pretendida”, ou seja, importa no “questionamento acerca de ser ou não o meio empregado capaz de produzir (...) o resultado almejado” (FREITAS, 2007, p. 208).

Nesta linha, uma medida será considerada adequada quando se mostrar apropriada para a obtenção do fim ambicionado ou quando, ao menos, fomente a sua realização (BRAGA, 2011, p. 111). Virgílio Afonso da Silva esclarece que adequados

não são apenas os meios com cuja utilização um objetivo é alcançado em sua integralidade, mas também aqueles por meio dos quais a realização deste é fomentada, ou seja, de alguma forma promovida ainda que sem sua realização completa. Assim, para este autor, haverá adequação sempre que, por meio da medida empregada, o objetivo pretendido seja “alcançado ou pelo menos fomentado” (SILVA, 2002, p. 36).

Suzana de Toledo Barros, na mesma linha, relaciona a adequação com a capacidade do meio escolhido de contribuir para a obtenção do resultado pretendido (BARROS, 2003, p. 78), ou seja, para a sua “promoção gradual” (ÁVILA, 2015, p. 208).

Humberto Ávila, ao analisar o tema, afirma que a compreensão desta relação de adequação passa por três questionamentos. No primeiro deles indaga-se “o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”. Neste ponto, após verificar que a relação meio-fim pode ser analisada sob três perspectivas distintas, a quantitativa, a qualitativa e a probabilística, conclui que a adequação não exige a escolha do meio que atinja a finalidade de forma mais intensa, melhor e com maior certeza, mas tão somente que se faça uso de um “meio que simplesmente promova o fim” (ÁVILA, 2015, p. 209). Isto porque impor ao agente estatal o dever de identificar, em todos os casos, qual é o meio que promove a finalidade buscada de forma mais intensa, melhor e com maior certeza teria como consequência uma inviabilização da própria atividade administrativa estatal (ÁVILA, 2015, p. 210).

Até porque, qualquer exigência de realização completa do fim perseguido seria contraproducente e impossível de ser cumprida, já que dificilmente será possível, de antemão, precisar se uma determinada medida de fato realizará o objetivo pretendido. No entanto, o Estado, notadamente por meio de seus poderes executivo e legislativo, será chamado a agir diante destas situações de incerteza, exigindo-se dele que o faça pautado em meras previsões, sem que possa ter certeza do grau de seu sucesso (SILVA, 2014, p. 170).

Assim, a este primeiro questionamento deve-se responder que para que um meio seja considerado adequado basta que “promova minimamente o fim mesmo que esse não seja o [meio] mais intenso, o melhor, nem o mais seguro” de promovê-lo (ÁVILA, 2015, p. 210).

Laura Clérico, citada por Denílson Feitosa Pacheco, estabelece, quanto a isso, duas regras simples acerca da idoneidade do meio. Segundo a autora, “se o meio contribui para o aumento da realização do objetivo, é o meio adequado”, ao

passo que “se o meio não está em relação com a realização do objetivo, o meio não é adequado” (*apud* PACHECO, 2007, p. 185).

Na segunda questão levantada por Humberto Ávila indaga-se “como deve ser analisada a relação de adequação?”. Respondendo a ela, afirma o autor que esta verificação será substancialmente diferente a depender da natureza da medida sob inquirição.

Isto porque, nas hipóteses em que a medida for empregada com vistas a uma “generalidade de casos”, ela será adequada se, com o seu emprego, o fim buscado seja possivelmente realizado, bem como se este seja promovido na maioria dos casos. A análise de sua adequação, neste contexto, deve ser realizada de forma abstrata e geral. Já nas hipóteses em que a medida se tratar de um ato individual, será idônea se, com ela, o fim buscado seja concreta e efetivamente realizado no caso concreto individual ao qual ela se aplica. Trata-se de uma análise concreta e particular (ÁVILA, 2015, p. 210-211).

Por fim, o terceiro questionamento posto por Humberto Ávila diz respeito a “qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração”, ou seja, recai sobre a intensidade do controle judicial sobre a proporcionalidade. Segundo o autor, este controle pode ser realizado por meio de dois distintos modelos: um controle forte e um controle fraco (ÁVILA, 2015, p. 212).

Pelo modelo forte o controle da adequação seria realizado de forma a invalidar toda medida restritiva que não promovesse integralmente o fim buscado. Nele, “qualquer demonstração” de que a medida não promova a sua finalidade é suficiente para a declaração da sua invalidade (ÁVILA, 2015, p. 212). Há, portanto, o reconhecimento de idoneidade apenas naquelas medidas que contribuirão com a maior intensidade, eficácia, rapidez e segurança para a obtenção do fim (PACHECO, 2007, p. 186). Já no modelo fraco, apenas a comprovação objetiva de que a medida em nada contribui para a realização do fim buscado daria ensejo à sua invalidação, sendo considerada como idônea toda medida que tenha uma relação positiva com seu objetivo, ou seja, que, de algum modo e com qualquer grau de eficácia, rapidez, intensidade e segurança, facilite sua realização (PACHECO, 2007, p. 186).

Posicionando-se pelo modelo fraco de controle, Humberto Ávila argumenta que, com base no exame da adequação, a declaração de invalidade da medida adotada apenas será possível nos casos em que seja evidente a sua inadequação por estar claramente manifesta a incompatibilidade entre o meio utilizado e o fim

prospectado (ÁVILA, 2015, p. 213). Na mesma linha, Denílson Feitosa Pacheco leciona que não se pode impor ao agente estatal o dever de eleger a medida “mais idônea” para a realização dos seus fins, mas tão somente condicionar a validade das restrições aos direitos fundamentais à sua idoneidade para contribuir com a realização de uma finalidade constitucionalmente legítima (PACHECO, 2007, p. 186).

Tal posição é também compartilhada por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, diante da liberdade de conformação do legislador e do executivo na edição de atos normativos, devem os tribunais se limitar a invalidá-los nos casos em que estas normas sejam “manifestamente inadequadas” ou eivadas de “erro manifesto” (CANOTILHO, 2011, p. 272).

Desta forma, o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser realizado de forma negativa, devendo-se anulá-la “apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo” (BARROS, 2003, p. 80), sendo lícito concluir, neste caso, que a restrição ao direito fundamental é constitucionalidade inadequada e, portanto, inconstitucional (FREITAS, 2007, p. 209).

Robert Alexy destaca que a máxima parcial da adequação decorre “do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”, ou seja, de sua estrutura de mandados de otimização (ALEXY, 2014, p. 118). Segundo o autor, a vedação a restrições a direitos fundamentais inidôneas ou inadequadas à promoção de outros princípios constitucionais trata-se de uma exigência decorrente deste mandato de otimização.

Isto porque, considerando-se a existência de uma medida M , que restringe um direito fundamental P_1 e que em nada contribua para a realização de outro princípio constitucional P_2 , em relação a este último a adoção ou não adoção da medida M é indiferente, pois ela não implica nem em restrição e nem em promoção do seu conteúdo. A situação é diferente no que toca o direito fundamental P_1 , pois, para ele, a opção entre a adoção ou não da medida M é significativa. Caso tal medida seja adotada, sofrerá, ele, uma restrição. Caso não seja, não será, ele, restringido.

Como explica Robert Alexy, nesta situação, caso a medida M não seja adotada, não haverá custos nem para P_1 e nem para P_2 , mas, caso seja, não haverá custos para P_2 e haverá custos para P_1 . Enquanto para P_2 a adoção ou não de M é indiferente, P_1 é otimizado por meio da sua não adoção. Assim, “se considerados em conjunto [os princípios] são realizados em maior grau se se abrir mão de M ”, de forma que, “como consequência, P_1 e P_2 , considerados conjuntamente, proíbem a adoção

de M' .

Ressalta o autor que esta otimização conjunta não é nada mais do que uma expressão da ideia de eficiência de Pareto, que reputa eficiente uma medida sempre que uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada (ALEXY, 2014, p. 589). Neste contexto, com a não adoção da medida M otimiza-se o princípio P_1 sem que se implique em qualquer restrição ou menoscabo ao princípio P_2 . Já a sua adoção mostrar-se-ia altamente ineficiente pois sem trazer qualquer ganho de otimização para o princípio P_2 implicaria em restrição a P_1 .

Desta forma, deve ser considerada inadequada e, portanto, desproporcional qualquer medida restritiva que em nada fomenta ou contribua para a realização de sua finalidade. De outro lado, caso esta medida de alguma forma fomenta ou contribua para o atingimento de seu objetivo, deve ela ser considerada idônea, sendo necessário que se avance para a análise da máxima parcial da necessidade.

3.3.3.2 A necessidade ou exigibilidade

A segunda máxima parcial da regra da proporcionalidade trata-se da verificação da necessidade da medida restritiva na persecução da finalidade buscada. José Joaquim Gomes Canotilho refere-se a esta sub-regra como “princípio²⁷ da menor ingerência possível” (CANOTILHO, 2011, p. 270). Diferentemente do que ocorre quando da análise da adequação do meio, a verificação de sua necessidade será sempre um “exame imprescindivelmente comparativo”, pois demanda que a medida concreta sob averiguação seja comparada com outras medidas que poderiam ter sido adotadas no seu lugar (SILVA, 2002, p. 38).

Virgílio Afonso da Silva, nesta linha, destaca que a necessidade que aqui se refere não possui qualquer relação com a intensidade da importância ou da urgência de sua adoção. Diversamente, trata-se de um “teste comparativo” que visa verificar se o ato estatal empregado é necessário quando cotejado com as outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade (SILVA, 2014,

²⁷ Apesar da referência de Canotilho a “princípio”, como já exposto, as máximas parciais da proporcionalidade possuem estrutura normativa de regras.

p. 171). Afirma, assim, que um ato estatal que restringe um direito fundamental “é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2002, p. 38).

A necessidade da medida restritiva diz respeito, assim, à sua indispensabilidade para a promoção, realização ou conservação de um outro direito ou princípio constitucional, que não poderia ser obtida por outro meio, igualmente eficaz, mas menos gravoso (BARROS, 2003, p. 81). Trata-se, assim, de um “critério seletivo” que perscruta, dentre dois ou mais meios adequados à persecução da finalidade estipulada, qual deles se afigura como o menos invasivo. Pressupõe, portanto, a existência de uma pluralidade de meios idôneos a atingir a finalidade buscada pela ação estatal (BRAGA, 2011, p. 112-113).

Ao contrário do juízo emitido quando da avaliação da adequação da medida, o exame de sua necessidade não enseja sua simples anulação, mas a declaração de sua desproporcionalidade e sua substituição por outro meio menos gravoso ao indivíduo (PUHL, 2005, p. 109).

José Joaquim Gome Canotilho explica que esta máxima parcial tem como fundamento a ideia de que o cidadão possui um “direito à menor desvantagem possível” (CANOTILHO, 2011, p. 270), de tal modo que se faz necessária a busca pela menor intervenção possível na sua esfera de direitos. Em decorrência disto é que seria possível exigir do Estado que opte, dentre as medidas possíveis e igualmente eficazes na persecução de determinado fim, aquela que “de modo mais suave irá tocar os direitos” daquele (PUHL, 2005, p. 107). Como consequência, proíbe-se a adoção de um meio que, embora adequado, se mostre excessivamente gravoso por produzir, sobre determinado direito fundamental, uma afetação desvantajosa desnecessária e que poderia ter sido evitada ou diminuída por meio da eleição de outro igualmente apto a produzir o resultado pretendido (FREITAS, 2007, p. 209).

Humberto Ávila, sobre esta máxima parcial, afirma que consiste ela na verificação da “existência de meios que sejam alternativos àqueles inicialmente escolhidos pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”. Desta forma fica claro que o teste da necessidade é realizado sobre a medida concreta comparando-a às medidas alternativas que poderiam ter sido elegidas e empregadas pelo Estado em substituição a ela. Ressalta o autor que o

exame desta máxima envolve “duas etapas de investigação”: o “exame da igualdade de adequação dos meios” e o “exame do meio menos restritivo” (ÁVILA, 2015, P. 214-215).

A primeira etapa envolve a comparação da medida concreta adotada e de suas alternativas sob o aspecto da sua eficiência na promoção da finalidade almejada. Neste, deve-se tomar a medida restritiva escolhida pelo Estado como paradigma de eficiência e, em seguida, verificar se os hipotéticos meios alternativos possuem idoneidade e eficiência ao menos equivalente à dele para contribuir com o fim buscado. Portanto, de início, deve-se analisar se o meio alternativo, ou os meios alternativos, é “tão ou mais eficaz” que o meio empregado para a realização da finalidade buscada, ficando o exame restrito à comparação da medida empregada com estes outros que promovem a finalidade de forma pelo menos equivalente (PACHECO, 2007, p. 201).

Virgílio Afonso da Silva, compartilhando deste entendimento, leciona que a comparação que deve ser realizada sempre terá como parâmetro fixo a medida estatal adotada, buscando verificar se é possível substituí-la, sem perda no quesito da eficiência, por outra medida menos restritiva. Assim, eventuais alternativas que se afigurem menos restritivas, mas menos eficientes na persecução dos fins buscados, devem ser desprezadas. Explica o autor que caso a preferência recaísse sempre e automaticamente sobre a medida menos gravosa, independentemente de sua eficácia, a resposta ao exame da necessidade seria sempre igual: “é sempre melhor que o Estado seja omissivo, pois, embora a omissão seja ineficiente para realizar objetivos que necessitam de uma ação estatal, ela será também, em geral, menos gravosa” (SILVA, 2014, p. 172-173).

Tal solução é evidentemente inaceitável, razão pela qual o exame comparativo realizado sob a rubrica da máxima parcial da necessidade deve levar em conta não somente as medidas alternativas que promovem a finalidade buscada de forma tão ou mais eficiente que a medida estatal adotada, que serve, assim, sempre, de paradigma.

Mais que isso, deve-se ressaltar que no exame da necessidade não se deve indagar se existem meios alternativos que promovam o fim buscado de forma mais eficiente do que a medida estatal adotada. O critério, aqui, é a verificação de se estas alternativas são, ao menos, “tão eficientes quanto” a medida paradigma (SILVA, 2014, p. 173-174). Isto porque, conforme destaca Luciano Feldens, o juízo acerca da

intensidade mínima da eficácia necessária está inserido no âmbito da discricionariedade do legislador ou administrador, nele podendo imiscuir-se o julgador apenas quando ela se mostrar arbitrária (FELDENS, 2012, p. 154). Nos demais casos, deve-se respeitar a escolha da autoridade constitucionalmente competente para decidir (ÁVILA, 2015, p. 215).

O objetivo da primeira etapa do exame da necessidade, assim, consiste na identificação da existência de medidas alternativas que se mostrem ao menos igualmente eficientes em comparação com a medida adotada na promoção da finalidade almejada, devendo-se excluir do conjunto de alternativas relevantes aquelas que se mostrem menos eficientes que o paradigma.

Verificada a equivalência entre as medidas alternativas e a medida paradigma em termos de eficácia, a segunda etapa do exame recai sobre a verificação da restritividade de cada medida. Havendo medida alternativa tão eficaz quanto a adotada, mas menos gravosa aos direitos fundamentais afetados, deverá esta última ser considerada desnecessária, e, portanto, desproporcional e inconstitucional, determinando-se a sua substituição por aquela, a qual se mostra como a necessária.

Necessário, portanto, é aquele meio que, dentre os igualmente eficazes, se mostra menos lesivo aos “direitos fundamentais colaterais” (ÁVILA, 2015, p. 216).

José Joaquim Gomes Canotilho, ainda que sem se aprofundar no tema, afirma que esta segunda etapa deve levar em conta quatro aspectos, quais sejam: material, espacial, temporal e pessoal. Em relação ao primeiro, explica o autor que “o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”. Sobre o aspecto espacial, destaca “a necessidade de limitar o âmbito da intervenção”. No viés temporal, argumenta pela “rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público”. Por fim, na perspectiva pessoal, coloca que “a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados” (CANOTILHO, 2011, p. 270).

Com isso, indica que a máxima parcial da necessidade exige que a medida restritiva imposta seja a mais contida e limitada possível, não apenas no que toca à sua intensidade, mas também no que se refere à sua extensão material, espacial, temporal e pessoal/subjetiva.

Robert Alexy aponta que, na linha do que ocorrera com a regra da adequação, a máxima parcial da necessidade também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais diante de sua natureza de

mandamentos de otimização (ALEXY, 2014, p. 118).

Nesta linha, caso o Estado, com o fim de realizar uma finalidade constitucionalmente legítima P_1 , faça uso de uma medida restritiva M_1 que impõe uma restrição a um direito fundamental P_2 , o exame da necessidade de M_1 deve ser feito por meio da verificação da existência de medida alternativa que se mostre tão eficaz na persecução de P_1 , mas menos restritiva a P_2 .

Neste cenário, caso exista uma medida M_2 , tão eficaz quanto M_1 na promoção de P_1 , mas menos restritiva a P_2 , a medida estatal M_1 adotada deve ser considerada desnecessária, e isto decorre na estrutura principiológica dos interesses em colisão e de seu funcionamento como mandados de otimização.

Isto porque, do ponto de vista da realização de P_1 , a finalidade buscada, a adoção de M_1 ou M_2 é indiferente. Não há, portanto, qualquer ganho ou perda pela escolha de uma ou outra medida, razão pela qual P_1 não exige nem uma e nem outra. Já sob a perspectiva de P_2 , esta escolha não é indiferente, pois este será realizado na maior medida possível caso se opte por M_2 em detrimento de M_1 , exigindo, neste cenário, a escolha daquela e determinado a desnecessidade, e consequente inconstitucionalidade, desta (ALEXY, 2014, p. 119). De uma análise conjunta dos princípios envolvidos extrai-se que a otimização é atingida por meio da vedação de M_1 e sua substituição por M_2 (ALEXY, 2014, p. 590-591).

Explica o autor que, “nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto”, pois “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição” (ALEXY, 2014, p. 591).

Verificada a adequação e necessidade e uma medida restrita, o derradeiro teste para a aferição de sua proporcionalidade, e, portanto, constitucionalidade, se dá por meio da análise da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

3.3.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito

A partir da conjugação das duas máximas parciais acima analisadas, pode-se concluir que uma intervenção sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental estará constitucionalmente fundamentada, e será, portanto, uma restrição, quando se

mostrar adequada para o fomento da finalidade constitucionalmente legítima que persegue e não houver medida alternativa que seja tão eficaz quanto ela na persecução desde fim, mas menos restritiva ao direito fundamental afetado.

No entanto, a isto deve ser adicionado um terceiro e final exame, cuja razão de existir reside na necessidade de evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, promovam restrições exageradas a direitos fundamentais, para além daquilo que a importância da realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar (SILVA, 2014, p. 175).

José Joaquim Gomes Canotilho explica que, nesta etapa do exame da proporcionalidade, meios e fins devem ser “colocados em equação mediante um juízo de ponderação” com objetivo de se verificar se a medida restritiva empregada pode ou não ser justificada pela finalidade buscada (CANOTILHO, 2011, p. 270). Indaga-se, portanto, se “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2015, p. 217). Busca-se verificar a racionalidade da relação entre a medida restritiva e a finalidade por ela perseguida (DUQUE, 2014, p. 403), rechaçando-se as intervenções estatais que resultem em “sobrecarga” aos direitos fundamentais e, por isso, não se coadunem à “ideia de justa medida”, demonstrando um “desequilíbrio na relação meio-fim” (BARROS, 2003, p. 84-85).

Marcelo Schenk Duque destaca que é na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito que se realizará “a ponderação de bens propriamente dita” (DUQUE, 2014, p. 402). Luciano Feldens complementa afirmando que, por meio deste sopesamento, deve-se verificar, a partir de uma valoração acerca da gravidade da intervenção e de suas razões justificadoras, se “as vantagens de promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido” (FELDENS, 2012, p. 158). De fato, esta última etapa do juízo da proporcionalidade consiste na análise da relação meio-fim que subjaz à medida restritiva, importando em uma ponderação de bens a ser realizada entre “a intensidade e o peso da intervenção” e “a urgência da finalidade buscada pelo Estado”, a fim de que se possa extrair “uma conclusão acerca de seus fundamentos justificadores” (DUQUE, 2014, p. 404).

Robert Alexy, nesta mesma linha, afirma que esta terceira máxima parcial tem como conteúdo nada mais do que o próprio juízo de ponderação entre princípios colidentes. Mais do que isso, assevera que, em casos de colisão, a otimização entre

estes princípios se dá por meio da ponderação (ALEXY, 2003a, p. 136).

Visando superar as críticas de que a ponderação se trataria de um conjunto de juízos irracionais, arbitrários e irrefletidos, levados a cabo sem qualquer parâmetro (ALEXY, 2014, p. 576), Robert Alexy constrói uma estrutura formal-aritmética que visa fornecer suficiente “controlabilidade da argumentação nos casos de sopesamento” e estabelecer regras e critérios para a valoração, fundamentação e argumentação das relações de precedência condicionadas (SILVA, 2014, p. 175-176).

O autor inicia sua construção a partir da elaboração do que chama de “lei do sopesamento²⁸” (ALEXY, 2014, p. 593) ou “lei material do sopesamento” (ALEXY, 2014, p. 617). Segundo ela, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2014, p. 593).

Esta formulação indica que o processo de ponderação pode ser dividido em três passos, fases ou etapas: a) primeiramente, deve ser avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; b) em um segundo momento, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente; c) por fim, verifica-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a não satisfação ou afetação do primeiro princípio (ALEXY, 2014, p. 594).

O autor destaca que a objeção de irracionalidade levantada contra a ponderação seria válida caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre a intensidade da intervenção sobre um princípio, o grau de importância da realização do outro e, por fim, a relação entre eles. A questão inteira reside, portanto, na possibilidade de tais juízos (ALEXY, 2003b, p. 437) e, mais do que isso, na possibilidade de que sejam realizados de forma racional e fundamentada e, portanto, que possam ser submetidos a controle.

Thomas Bustamante, assim, aponta que após a formulação inicial da lei de sopesamento, Robert Alexy propõe uma construção mais sofisticada que estabelece um modelo aritmético para a pesagem dos princípios colidentes, cuja finalidade seria tornar mais explícitos, e, portanto, mais sujeitas a controle, os juízos realizados durante o processo de ponderação (BUSTAMANTE, 2006, p. 90). Trata-se da “fórmula do peso” (ALEXY, 2014, p. 604).

Esta construção, vale destacar, trata-se de uma regra formal-procedimental

²⁸ Também referida como “lei de ponderação”, por exemplo, por Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, 2006, p. 89).

pela qual se estabelece um procedimento comparativo entre os fatores que devem ser sopesados: a intensidade da restrição imposta a um princípio e o grau de importância de realização do princípio colidente. Não se trata, portanto, de uma “regra material que irá determinar qual a decisão [que] em cada caso deverá ser tomada” (VIDAL, 2013, p. 298).

Robert Alexy, nesta mesma linha, ressalta este caráter procedimental da fórmula do peso, afirmando que ela não contribui diretamente para a formulação dos juízos acerca destes elementos, mas tão somente como um mecanismo para que estas valorações sejam interpretadas de forma aritmética (ALEXY, 2003b, p. 448), o que contribui para a sua racionalidade e controlabilidade.

A função da referida fórmula é permitir ao seu operador “graduar a restrição e a realização” dos princípios colidentes, o que corresponde às duas primeiras etapas da lei de ponderação, a fim de que possa, a partir disto, efetivamente ponderá-las, o que corresponde à terceira e derradeira etapa deste processo. A construção de um modelo aritmético visa precisamente estabelecer um critério para estas graduações (BUSTAMANTE, 2006, p. 92).

Robert Alexy propõe que estas graduações sejam realizadas por meio de uma escala de três níveis, ou seja, uma escala triádica, pela qual a intensidade da intervenção e o grau de importância da razão da intervenção serão classificadas nas categorias “leve²⁹” (“*l*”), “moderado” (“*m*”) e “sério³⁰” (“*s*”) (ALEXY, 2014, p. 595 e 599). Explica invocando o seguinte exemplo:

Considerando-se as medidas que implicam restrições à liberdade profissional, impor aos fabricantes de produtos derivado de tabaco o dever de imprimir nos rótulos de seus produtos advertências sobre os riscos do seu consumo constitui uma intervenção leve sobre a liberdade profissional. Opostamente, uma proibição total da comercialização destes produtos constitui, sem dúvida, uma intervenção séria sobre a referida liberdade. Entre uma e outra existem, certamente, uma variedade de medidas cuja intensidade da intervenção possa ser classificada como moderada. Uma mesma graduação, baseada em três níveis, pode também ser realizada sobre o princípio contraposto: a proteção da saúde dos consumidores contra os riscos do

²⁹ A expressão “leve” pode ser substituída por outras como “pequena”, “fraca” ou “baixa” (ALEXY, 2003b, p. 440).

³⁰ A expressão “séria” pode ser substituída por outras como “grande”, “forte” ou “alta” (ALEXY, 2003b, p. 440).

consumo do tabaco. Levando-se em conta a comprovação científica sobre a relação entre o consumo de tabaco e o câncer e doenças cardíacas e vasculares, parece correta a classificação do grau de importância da satisfação desta como sério ou grande ou alto.

Assim, diante de uma medida estatal que imponha aos fabricantes uma obrigação de imprimir advertências sobre os riscos do tabaco nos rótulos dos seus produtos em nome da proteção da saúde dos consumidores, tem-se uma intervenção graduada como leve (*l*) contraposta a uma razão de intervenção de importância alta (*s*). A partir desta definição, fica fácil concluir que “a forte razão para a intervenção justifica a leve intervenção”. Desta forma, há de se concluir que “o dever de imprimir avisos nas embalagens de produtos derivados de tabaco não viola a liberdade profissional dos produtores”, tratando-se de medida restritiva proporcional e, portanto, constitucional (ALEXY, 2014, p. 595).

O exemplo acima, baseado em julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão, revela ser possível a formulação de juízos racionais sobre a intensidade das intervenções e o grau de importância das razões que levam a elas, bem como sobre a relação de justificação entre ambos, com vistas a fundamentar a tomada de uma decisão. Ressalta Robert Alexy que tais juízos pressupõem valorações que não estão contidas na própria lei de ponderação, já que dizem respeito ao seu objeto e não ao seu procedimento. No entanto, para o autor, isto não implica em qualquer arbitrariedade ou irracionalidade do sopesamento, já que todo o procedimento deverá ser fundamentado, com a demonstração das razões que levaram o operador à decisão em cada uma das três fases da ponderação (ALEXY, 2014, p. 598-599).

De acordo com a lei da ponderação, a classificação triádica leve, moderada ou séria será atribuída a dois objetos: a) o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios, que representa o direito fundamental restringido pela medida adotada; e b) a importância da satisfação do princípio colidente, que representa a finalidade em prol de cuja promoção se adota tal medida restritiva.

Em relação à primeira, a expressão “grau de não satisfação ou afetação” pode ser, sem qualquer prejuízo, substituída por “intensidade da intervenção”. Robert Alexy opta por identificar o princípio sobre o qual a intervenção recai, ou seja, o princípio restringido e cuja potencial violação é objeto de análise como P_i . P_i , portanto, diz respeito ao princípio objeto da intervenção, o princípio intervindo. Assim, o autor

identifica a intensidade da intervenção sobre este princípio como IP_i . Por fim, a fim de destacar e explicitar que a intensidade da intervenção é sempre algo concreto, e que, portanto, não se confunde com o peso abstrato do princípio objeto da intervenção, deve ela ser representada, e trata-se esta da forma definitiva de sua representação, por IP_iC ³¹. C , aqui, se refere às circunstâncias concretas da intervenção.

O segundo polo da lei de ponderação é a importância da satisfação do princípio colidente. Robert Alexy destaca que a importância de um princípio pode ser vista tanto de forma abstrata quanto de forma concreta. Na lei de ponderação, o objeto que se pondera, pelo menos em sua compreensão fundamental, é a importância concreta do princípio que justifica a intervenção. Isto pois, segundo o autor, se “a primeira parte da lei de ponderação lida apenas com uma grandeza concreta, então a segunda parte também deve o fazer” [tradução livre³²].

Sobre a importância ou o peso abstrato dos princípios em colisão, Robert Alexy salienta que estes ou devem ser levados em conta em ambos os lados da equação, com a inclusão, no esquema de ponderação, da importância ou peso abstrato do direito fundamental restringido e da importância ou peso abstrato do princípio que justifica a intervenção, ou devem ser desconsiderados também em ambos os lados, o que seria justificado pela alegação de sua equivalência (ALEXY, 2003b, p. 441). Efetivamente, os pesos abstratos apenas possuirão algum papel na decisão caso não sejam equivalentes (ALEXY, 2014, p. 600).

Desta forma, é preciso estabelecer significantes diversos para estas grandezas. Assim, o princípio que justifica a intervenção no direito fundamental será representado por P_j . Desta forma, os princípios que colidem ficam representados por P_i , o princípio intervindo, e P_j , o princípio justificador. O grau de importância concreta da satisfação de P_j será representado, como sugere Robert Alexy, por WP_j ou, ainda, por WP_jC ³³ a fim de deixar evidente que se trata da sua importância concreta diante das circunstâncias C (ALEXY, 2014, p. 600). Com isso, estabelece-se que o contraponto de IP_iC é WP_jC .

É necessário, ainda, que se defina o que é a referida importância concreta

³¹ Em *On Balancing and Subsumption*, Robert Alexy se refere a este elemento apenas como “ I_i ” (2003b, p. 440).

³² No original: “the first part of the Law of Balancing deals only with a concrete quantity. Then, the second part must do so, too”.

³³ Em *On Balancing and Subsumption*, Robert Alexy se refere a este elemento apenas como “ I_j ” (2003b, p. 441).

de P_j . Esta importância deve ser entendida como o exato oposto do grau de não satisfação ou afetação no direito fundamental contraposto. Se neste, isto era compreendido como a intensidade da intervenção que a medida restritiva operava sobre o direito fundamental intervindo P_i , ou seja, a intensidade da sua afetação ou não satisfação em decorrência da adoção de tal medida, aquela, opostamente, deve ser tida como a intensidade da não realização do princípio justificador P_j em decorrência da não adoção de tal medida. Nesta linha, Robert Alexy afirma que “a importância concreta de P_j (...) depende tão somente dos efeitos que a omissão da intervenção em P_i produziram para P_j ” [tradução livre³⁴] (ALEXY, 2003b, p. 441).

E complementa o autor:

A importância concreta de P_j é o mesmo que a intensidade na qual a não-intervenção em P_i intervém em P_j . Isto demonstra que o conceito de importância concreta de P_j é idêntico ao conceito de intensidade de intervenção em P_j pela omissão da intervenção em P_i . A lei da ponderação demanda uma comparação entre a intensidade de uma intervenção real e a de uma intervenção hipotética, a qual seria inevitável caso a intervenção real fosse omitida [tradução livre³⁵] (ALEXY, 2003b, p. 441).

Em suma, pode-se afirmar que “a importância concreta de P_j é medida a partir da definição de quão intensamente a não-intervenção em P_i intervém em P_j ” (ALEXY, 2014, p. 601). Os objetos de valoração, portanto, são contrapostos a partir da análise da intensidade da intervenção provocada sobre eles pela adoção ou não adoção da medida restritiva cuja constitucionalidade se verifica. Deve-se contrapor, de um lado, a intensidade da intervenção, ou da afetação ou da não satisfação, que a adoção da medida provoca sobre o direito fundamental e, de outro, a intensidade da intervenção, ou da afetação ou da não satisfação, que a não adoção da medida provoca sobre o princípio justificador da restrição.

Uma vez definidos os objetos que serão avaliados nas duas primeiras etapas do processo de ponderação, devem eles ser submetidos à graduação triádica já apresentada e classificados como leve (*l*), moderado (*m*) ou sério (*s*), para que se

³⁴ No original: “the concrete importance of P_j can only depend on the effects which the omission of the interference with P_i would have for P_j ”.

³⁵ No original: “The concrete importance of P_j is the same as the intensity with which the non-interference with P_i interferes with P_j . This shows that the concept of the concrete importance of P_j is identical with the concept of the intensity of interference with P_j by omitting the interference with P_i . The Law of Balancing demands a comparison of the intensity of an actual interference with the intensity of the hypothetical interference, that would be inevitable if the actual interference were omitted”.

possa então, chegar à terceira e última fase da ponderação.

Vale perceber, do que foi acima exposto, que a lei do sopesamento contribui de forma importante para a racionalidade da ponderação pois estabelece, *a priori*, quais são os elementos relevantes e que devem ser tomados em consideração quando da sua realização: de um lado, a intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio e, de outro, o grau de importância concreta da satisfação do princípio colidente. Efetivamente, por mais que a referida lei não informe quando esse grau é leve, moderado ou intenso, ela deixa claro quais os elementos que devem ser sopesados para que se possa, de forma fundamentada e justificada, estabelecer o enunciado de preferência condicionada (ALEXY, 2014, p. 171). Mais do que isso, ela oferece comensurabilidade a estas graduações ao submetê-las a um escalonamento triádico relativamente rudimentar, mas que permite que as decisões tomadas durante o processo de ponderação sejam fundamentadas e controladas (ALEXY, 2014, p. 442).

Uma vez aplicada a classificação triádica a estes objetos, nove possíveis constelações surgem (ALEXY, 2014, p. 602-603; ALEXY, 2003b, p. 442-443). Em três delas, abaixo representadas, a intensidade da intervenção sobre o direito fundamental P_i será mais forte que o grau de importância concreta do princípio P_j :

- a) $IP_iC = s$; $WP_jC = l$;
- b) $IP_iC = s$; $WP_jC = m$;
- c) $IP_iC = m$; $WP_jC = l$.

Nestes casos, levando-se em conta apenas estes elementos, haverá uma relação de precedência condicionada em favor de P_i : ($P_i P P_j$) C . Esta precedência do direito fundamental que sofre a intervenção sobre o princípio que a justifica resultará na desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida restritiva. A adoção de tal medida pelo Estado, pode-se categoricamente afirmar, é proibida pela Constituição, mais especificamente pela norma-princípio de direito fundamental P_i .

O inverso ocorre nos três cenários nos quais o grau de importância concreta do princípio P_j prevalece sobre a intensidade da intervenção no direito fundamental P_i :

- d) $IP_iC = l$; $WP_jC = s$;
- e) $IP_iC = m$; $WP_jC = s$;
- f) $IP_iC = l$; $WP_jC = m$.

Nestes casos, a relação de precedência condicionada se inverte em favor

de P_j ; ($P_j P P_i$) C . Disto decorre a proporcionalidade e consequente constitucionalidade da medida restritiva que se opera sobre P_i em favor da promoção de P_j . É possível inclusive, nestes cenários, afirmar que, a partir da caracterização de ambas as normas em colisão como mandamentos de otimização, a adoção da medida restritiva em favor de P_j não é apenas permitida ao Estado, mas obrigatória, já que sua não adoção implicaria na não otimização deste princípio e, conseqüentemente, na sua violação.

Por fim, há três cenários nos quais a ponderação, levados em conta apenas estes elementos, chegará a um impasse:

- g) $IP_iC = l$; $WP_jC = l$;
- h) $IP_iC = m$; $WP_jC = m$;
- i) $IP_iC = s$; $WP_jC = s$.

Estes três casos de impasse no sopesamento levam a uma “discricionariedade estrutural para sopesar” (ALEXY, 2014, p. 603). Esta discricionariedade, atribuída ao órgão ou agente estatal que possui competência constitucional para decidir sobre um tema, que na maior parte dos casos será o poder legislativo, decorre da compreensão da Constituição e do seu sistema de direitos fundamentais como uma “ordem moldura” em uma concepção “material-procedimental” (ALEXY, 2014, p. 579-582). Segundo esta visão da Constituição como uma ordem moldura material-procedimental, as normas constitucionais, dentre elas as normas de direitos fundamental, estabelecem um conjunto de limites formais e substanciais ao legislador e aos demais agentes e órgãos estatais. Mais do que isto, ela o faz sem com isso retirar-lhes toda e qualquer discricionariedade, ou seja, sem privá-los do poder de tomar determinadas decisões dentro de suas esferas de atribuição e competência.

A Constituição, assim, estabelece limites ao poder decisório dos órgãos e agentes estatais, proibindo-lhes algumas coisas e obrigando-os a outras, sem, no entanto, trazer em si mesma decisões prévias e definitivas sobre todos os temas, assuntos e matérias, o que garante um espaço de liberdade e discricionariedade decisória para eles.

Pela metáfora da Constituição como moldura, existe nela uma moldura pré-estabelecida e que é composta por tudo aquilo que ela obriga ou proíbe aos poderes constituídos. Aquilo que se encontra na moldura já foi previamente decidido pela própria Constituição, não estando incluído, portanto, na esfera de decisão do legislativo ou dos demais órgãos ou agentes estatais. Para além disto, há ainda um

espaço que se encontra no interior da moldura, composto por tudo aquilo que aos poderes constituídos não é nem proibido e nem obrigatório, sendo-lhes, portanto, facultado. A discricionariedade é formada, assim, exatamente por estas faculdades conferidas pela Constituição e “sua extensão é determinada por aquilo que é juridicamente válido em virtude das normas constitucionais” (ALEXY, 2014, p. 580-582).

Diante disto, Robert Alexy assevera que “aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador” (ALEXY, 2014, p. 584), o que certamente também é válido para outros órgãos ou agentes estatais aos quais a Constituição confere determinada competência decisória.

Os nove cenários a que se pode chegar por meio de uma gradação triádica dos objetos da ponderação, a intensidade da intervenção e a importância concreta do princípio justificador, demonstram que, por meio da lei da ponderação, é possível identificar situações nas quais a Constituição imporá limites à atividade restritiva estatal, proibindo ou obrigando determinadas decisões, e outras nas quais atribuirá ao legislador ou outro órgão ou agente estatal uma discricionariedade para decidir sobre a imposição ou não da medida restritiva, o que se dará, sobretudo, mediante juízos de conveniência e oportunidade. Thomas Bustamante explica que estes casos de impasse na ponderação indicam situações nas quais a colisão entre os princípios envolvidos deve ser resolvida dentro de uma “margem de ação” do legislador ou outra autoridade competente, uma vez que, diante dela, a Constituição nada obriga ou proíbe (BUSTAMANTE, 2006, p. 93).

Nestes casos marcados por uma equivalência entre a intensidade da intervenção e a importância concreta do princípio justificado, a medida restritiva imposta sobre o direito fundamental não será considerada desproporcional, assim como não haverá qualquer desproporcionalidade ou inconstitucionalidade em eventual decisão estatal no sentido de não a impor, privilegiando este direito em detrimento do princípio colidente. Tratam-se de hipóteses nas quais ao Estado é facultado tanto agir quanto não agir, o que significa que a ele se confere uma discricionariedade (ALEXY, 2014, p. 607-608).

Robert Alexy resume esta noção afirmando que “se a razão para uma intervenção é tão forte quando a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional”. E o mesmo raciocínio pode ser empregado em sentido contrário.

Assim, contrapondo a intervenção a P_i à não intervenção e, conseqüentemente, à não proteção de P_j , conclui o autor que “se as razões a favor de uma não-proteção são tão fortes quando as razões para a proteção, a não-proteção não é desproporcional” (ALEXY, 2014, p. 608).

3.3.3.4 A fórmula do peso e seu refinamento

Do exposto no tópico anterior é possível extrair que a construção alexyana da lei de ponderação contribui de forma decisiva para a racionalidade e controlabilidade dos processos de ponderação. Isto porque, de um lado, revela quais as variáveis que interferem no resultado do sopesamento e, de outro, fornece uma escala para a graduação e valoração destas variáveis (BUSTAMANTE, 2006, p. 96).

Diante disto, após a realização das duas primeiras etapas da lei de ponderação, com a gradação, por meio de uma escala triádica, da intensidade da intervenção e da importância concreta do princípio justificador, é possível verificar se esta justifica aquela. A fim de ilustrar a estrutura desta ponderação, Robert Alexy introduz a sua fórmula do peso:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

Introduz-se, assim, o significante G para representar o peso concreto de um princípio. Trata-se este de um peso relativo, pois o peso concreto de um princípio é o peso deste em relação a um outro princípio diante de determinadas circunstâncias. Assim, $GP_{i,j}C$ ³⁶ representa o peso concreto de P_i em face de P_j sob as circunstâncias C .

Tal fórmula indica que este peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção sobre este princípio, IP_iC , que figura como dividendo, e a importância concreta do princípio colidente que justifica a intervenção, WP_jC , que aparece como divisor. Ressalta o autor que para que se possa utilizar a referência ao peso concreto

³⁶ Em *On Balancing and Subsumption*, Robert Alexy se refere a este elemento como “ $W_{i,j}$ ” (2003b, p. 444).

como um quociente, é preciso que se possa atribuir números aos elementos da fórmula do peso. Segundo ele, “o peso concreto só pode ser definido verdadeiramente como um quociente em um modelo numérico que ilustre a estrutura do sopesamento” (ALEXY, 2014, p. 603-604).

Efetivamente, não é possível substituir ou representar valorações jurídicas de forma estritamente numérica. No entanto, é possível realizar uma “ilustração numérica da estrutura que subjaz ao modelo triádico”.

Robert Alexy explica que a utilização de um sistema de classificação triádico se afasta de qualquer tentativa de se graduar a intensidade de intervenção e a importância concreta do princípio colidente por meio de uma metrificacão cardinal que faça uso de um contínuo de pontos entre dois extremos, como 0 e 1 ou 0 e 10, divididos em uma “escala infinitesimal³⁷” (ALEXY, 2014, p. 603). Até porque, por meio de quais critérios seria possível graduar determinada intervenção, em uma escala de 0 a 10, como de intensidade 5, ou 6, ou 8, ou ainda 5,3 ou 7,25?

Por isso, destaca o autor que os objetos valorados na lei de ponderação não podem ser submetidos a nenhuma metrificacão por meio de escalas desta natureza, podendo apenas ser graduados com base em “limiares relativamente rudimentares” tais como aqueles que integram um modelo triádico. De fato, em alguns casos até mesmo esta simples classificacão de algo como leve, moderado ou sério se torna difícil. (ALEXY, 2014, p. 603).

Esta dificuldade justifica, ademais, o abandono de qualquer pretensão de se submeter a ponderação a algum escalonamento mais refinado, como um modelo “triádico duplo” que classifica as premissas em nove níveis: levíssima (ll), moderadamente leve (lm), leve quase moderada (ls), moderada tendendo para leve (ml), moderada propriamente dita (mm), moderada quase séria (ms), levemente séria (sl), moderadamente séria (sm) e seríssima (ss). Estes refinamentos, destaca Robert Alexy, devem ser vistos com extrema ressalva diante do risco de tornar todo o sistema de ponderação “cada vez mais incompreensível” e de difícil aplicacão (ALEXY, 2014, p. 609-610).

Efetuada a opção pela utilizacão do modelo triádico simples, é preciso que se atribua números para representar suas diferentes gradacões. Apesar das diferentes possibilidades, Robert Alexy faz uso de uma escala geométrica que atribui,

³⁷ No original: “infinitesimal scale” (ALEXY, 2003b, p. 444).

respectivamente, aos graus leve, moderado e sério os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4. O peso concreto do direito fundamental intervindo em relação ao princípio que justifica esta restrição é obtido por meio da divisão da intensidade desta intervenção pela importância concreta deste princípio justificador.

Em todos os casos nos quais o direito fundamental P_i tiver precedência, a atribuição dos referidos valores resultará em um peso concreto maior do que 1. No oposto, quando P_j se mostrar prevalente, este peso será menor do que 1. Por fim, todos os casos de impasse e que levam à discricionariedade estrutural no sopesamento revelarão um peso concreto igual a 1 (ALEXY, 2014, p. 605-606).

Efetivamente:

- a) $IP_iC = s; WP_jC = l \rightarrow 4/1 = 4;$
- b) $IP_iC = s; WP_jC = m \rightarrow 4/2 = 2;$
- c) $IP_iC = m; WP_jC = l \rightarrow 2/1 = 2;$
- d) $IP_iC = l; WP_jC = s \rightarrow 1/4 = 1/4;$
- e) $IP_iC = m; WP_jC = s \rightarrow 2/4 = 1/2;$
- f) $IP_iC = l; WP_jC = m \rightarrow 1/2 = 1/2;$
- g) $IP_iC = l; WP_jC = l \rightarrow 1/1 = 1;$
- h) $IP_iC = m; WP_jC = m \rightarrow 2/2 = 1;$
- i) $IP_iC = s; WP_jC = s \rightarrow 4/4 = 1.$

Vale destacar que, em que pese as três primeiras hipóteses demonstrem uma precedência condicionada de P_i sobre P_j , o que resulta na desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida restritiva imposta sobre o primeiro em razão do segundo, o peso concreto de P_i é maior no primeiro caso, no qual a intensidade da intervenção é séria e a importância concreta do princípio colidente é leve, do que nos dois outros. Isto demonstra que o peso concreto de um direito fundamental é máximo em tal contexto e que ele diminui conforme ou diminui-se a intensidade da intervenção ou aumenta-se a importância concreta do princípio contraposto, chegando-se aos casos de impasse, que levam à discricionariedade estrutural do sopesamento, quando as razões a favor e contra a intervenção se tornarem equivalentes. Mais adiante, diminuindo-se ainda mais a intensidade da intervenção ou aumentando-se ainda mais a importância concreta do princípio colidente, chega-se a um peso concreto do direito fundamental em patamar abaixo de 1, o que revela a proporcionalidade e constitucionalidade da medida interventiva.

A fórmula do peso, no entanto, pode ser refinada e expandida mediante a

inclusão de outros elementos na sua estrutura. Uma primeira expansão pode ser obtida através da inclusão, na equação, de uma nova variável que diga respeito à qualidade epistêmica das razões valoradas durante a ponderação.

Esta variável se refere à confiabilidade das premissas empíricas que embasam as conclusões sobre os efeitos que a medida restritiva adotada produz sobre a não satisfação do direito fundamental intervindo e a realização do princípio justificador colidente no caso concreto (ALEXY, 2003b, p. 446). O que se busca é incluir na ponderação uma valoração do “grau de segurança das premissas empíricas utilizadas na argumentação” (BUSTAMANTE, 2006, p. 95).

Robert Alexy relaciona esta questão envolvendo o grau de segurança das premissas empíricas que embasam a ponderação com aquilo que chama de “discricionariedade epistêmica”, sendo que esta é particularmente relevante quando se tratar de uma “discricionariedade epistêmica do tipo empírico”.

Explica o autor que o exame da proporcionalidade de uma determinada medida restritiva implica na realização de exames acerca da sua adequação, sua necessidade e sua proporcionalidade em sentido estrito. Demanda saber, portanto, se a medida adotada é apta a promover a finalidade buscada, se é a menos restritiva entre as igualmente adotadas e se a sua importância concreta para a realização do fim almejado justifica a intensidade da intervenção que provoca. Considerando-se a excepcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, seria de se supor que a medida apenas poderia ser considerada proporcional e, conseqüentemente, constitucional, se a veracidade das suposições empíricas que sustentam estes juízos fosse sólida, ou seja, se estivesse calcada em um grau elevado de confiabilidade. Isto, no entanto, não ocorre.

Segundo o autor, uma intervenção a um direito fundamental pode ser admitida ainda que inexista o referido nível de segurança acerca da veracidade das premissas empíricas invocadas. Isto decorre do reconhecimento de que o legislador e os demais órgãos detentores de competência constitucional possuem uma discricionariedade em relação “à cognição dos fatos relevantes” para a ponderação (ALEXY, 2014, p. 612).

Deve-se perceber, no entanto, que a partir do momento que se permite ao Estado fundamentar uma intervenção a um direito fundamental com base em premissas de veracidade incerta, abre-se margem para que, caso elas efetivamente estejam incorretas, tal direito receba uma proteção aquém daquela que seria

constitucionalmente devida. Portanto, reconhecer uma discricionariedade epistêmica ao legislador significa a possibilidade de se admitir que tais direitos sejam realizados em uma extensão que não a maior possível, potencialmente contrariando sua natureza de mandamento de otimização.

De outro lado, exigir certezas absolutas como condição de validade de toda e qualquer medida restritiva significaria uma potencial desproteção daqueles princípios constitucionais para cuja proteção fosse necessária uma restrição a um direito fundamental. O reconhecimento desta discricionariedade epistêmica age, portanto, sobretudo em favor destes princípios justificadores das intervenções.

Robert Alexy explica que, neste contexto, “entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente eleito”. Trata-se de um princípio formal pois, ao invés de determinar um conteúdo, ou seja, de estabelecer o que deve ser realizado, ele tão somente indica quem deve realizar esta definição de conteúdo. Segundo ele, as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado e, “se a decisão sobre esta[s] quest[ões] depende de avaliações empíricas, a competência decisória do legislador, exigida *prima facie* pelo princípio formal, inclui a competência para decidir sobre ela[s] também nos casos de incerteza” (ALEXY, 2014, p. 615). Assim, à colisão entre os princípios materiais adiciona-se um terceiro princípio colidente, de natureza formal.

Este cenário apenas pode ser resolvido de forma adequada pelo abandono de concepções que afirmem a precedência absoluta seja dos princípios materiais sobre os princípios formais, seja do inverso. Uma solução compatível com a natureza principiológica de todas estas normas apenas pode ser obtida por meio de uma alternativa intermediária que admita diferentes graus de certeza sobre as premissas empíricas a depender da intensidade das intervenções a que digam respeito. Desta forma, exige-se que a certeza destas premissas seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção sobre o direito fundamental (ALEXY, 2014, p. 617).

Robert Alexy, com isso, inclui a qualidade epistêmica das premissas empíricas no esquema da ponderação, formulando uma “lei epistêmica do sopesamento” ou “segunda lei do sopesamento”, segundo a qual “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2014, p. 617-618).

Esta formulação revela que a capacidade de justificação da intervenção presente na importância concreta de determinado princípio é diretamente proporcional

ao grau de certeza das premissas empíricas que demonstram que a medida restritiva de fato o promove. Efetivamente, é fácil perceber que intervenções de intensidade elevada demandam uma sólida certeza sobre as premissas que a sustentam, ao passo que intervenções leves podem ser justificadas com base em premissas menos seguras.

Mas isto só tem valor a partir do momento em que seja possível “falar em graus de segurança ou certeza e graus de insegurança e incerteza” destas premissas, o que demanda “o uso de escalas também na parte epistêmica da lei do sopesamento (ALEXY, 2014, p. 619).

Thomas Bustamante destaca que, assim como a intensidade da intervenção e a importância concreta do princípio justificador da intervenção, a confiabilidade ou segurança das premissas empíricas pode ser graduada com base em uma escala triádica (BUSTAMANTE, 2006, p. 95). Assim, tais premissas podem ser certas, garantidas ou confiáveis (“*g*”³⁸), justificáveis, sustentáveis ou plausíveis (“*p*”) e não evidentemente falsas (“*e*”).

Assim, utilizando-se *S* para se referir à segurança epistêmica das premissas empíricas, a segurança epistêmica das premissas empíricas sobre aquilo que a medida restritiva representa para a não satisfação do direito fundamental intervindo *P_i* e para a realização do princípio colidente justificado da intervenção *P_j* nas circunstâncias concretas *C* pode ser representada, respectivamente, por *SP_iC* e *SP_jC*³⁹. Estas variáveis, ao serem incluídas na fórmula do peso, fazem com que esta passe a ser expressada como:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot SP_jC}$$

A estas novas variáveis, graduadas por meio de uma escala triádica, devem ser atribuídos valores que guardem a mesma proporção geométrica que os utilizados para a representação numérica da classificação realizada sobre a intensidade da

³⁸ Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2002, p. 619), no que é acompanhado por Thomas Bustamante (2006, p. 95), usa o símbolo “*g*” para se referir ao grau máximo de segurança empírica de uma premissa. Já em *On Balancing and Subsumption* (2003b, p. 447), o autor alemão faz uso do símbolo “*r*”.

³⁹ Em *On Balancing and Subsumption*, Robert Alexy se refere a estes elementos apenas como “*R_i*” e “*R_j*” (2003b, p. 446).

intervenção e a importância concreta do princípio colidente. Assim, ao grau g de maior certeza epistêmica atribuir-se-á o valor 2^0 . Ao grau p , de qualidade epistêmica intermediária, 2^{-1} , e, por fim, ao grau mínimo e, 2^{-2} . Ou seja, 1, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$, respectivamente (ALEXY, 2003b, p. 447)⁴⁰.

O uso destas variáveis durante a ponderação pode ser exemplificado por meio de referência à decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a constitucionalidade da proibição de produtos derivados da *cannabis*. Robert Alexy explica que, em tal julgamento, a referida corte ponderou que a proibição de tais produtos provoca uma intervenção “certa⁴¹” na liberdade geral constitucionalmente assegurada. De outro lado, reconheceu que as razões que levam à proibição, relacionada com os perigos à saúde pública decorrentes do seu consumo e abuso são “incertas⁴²”, porém “sustentáveis⁴³”. Desta forma, uma análise desta proibição a partir da fórmula da ponderação deve considerar a segurança epistêmica das premissas empíricas sobre aquilo que a medida restritiva representa para a não satisfação do direito fundamental como certa (g) e a segurança epistêmica das premissas empíricas sobre o que ela representa para a realização do princípio colidente justificado da intervenção como sustentável (p) e atribuir-lhes, respectivamente, os valores de 1 e $\frac{1}{2}$.

Assim, ao considerar-se a intensidade da intervenção decorrente da proibição como moderada (m) e a importância concreta do princípio justificador da intervenção como séria (s), a aplicação da fórmula do peso trará o seguinte resultado:

$$GP_{i,j}C = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

O peso concreto de P_i em relação a P_j igual a 1 cria uma situação de impasse, na qual a medida restritiva deve ser considerada proporcional e constitucional (ALEXY, 2003b, p. 447-448), ainda que o mesmo se pudesse afirmar em relação a eventual decisão legislativa no sentido de não proibir os produtos derivados da *cannabis*.

⁴⁰ Efetivamente, em que pese Robert Alexy opte pelos valores 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , não há qualquer prejuízo em se utilizar 2^2 , 2^1 e 2^0 .

⁴¹ No original: “certain”.

⁴² No original: “uncertains”.

⁴³ No original: “maintainable”.

Tudo isto pode ser reconstruído pela afirmação de que razões justificadoras sérias necessitam ser apenas plausíveis para autorizar uma intervenção moderada sobre um direito fundamental. Diversamente, estas mesmas razões precisam ser certas para autorizar uma intervenção séria sobre tais direitos.

Para além disto, é possível realizar uma segunda e derradeira expansão da fórmula do peso por meio da inclusão de um terceiro conjunto de variáveis na equação. A questão que se introduz na ponderação diz respeito ao peso abstrato dos princípios colidentes.

Robert Alexy faz pouca menção à ponderação dos pesos abstratos dos princípios afetados por uma medida restritiva por reconhecer que estes apenas exercerão algum papel no sopesamento caso sejam diferentes. Segundo o autor, se os pesos abstratos forem iguais, estes dados serão irrelevantes e podem ser ignorados. Mais do que isso, na visão deste autor, esta situação de equivalência entre os pesos abstratos dos princípios “é muito frequente” (ALEXY, 2014, p. 600-601). De fato, destaca que sempre que forem iguais, eles “podem ser cancelados mutuamente” (ALEXY, 2014, p. 604).

Ocorre que, caso estes pesos abstratos sejam diversos, é preciso levá-los em conta durante o processo de ponderação, o que implica em adicioná-los na fórmula do peso.

Assim:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

GP_iA e GP_jA ⁴⁴ se referem, respectivamente, ao peso abstrato de P_i e P_j (ALEXY, 2014, p. 604). Dispostos desta forma na equação, fica claro que, sendo iguais, podem ser mutuamente eliminados.

A questão adquire relevância quando estes pesos abstratos são diferentes, o que faz com que o resultado da ponderação dependa da valoração que se dê a esta diferença. Para Robert Alexy, partindo-se do pressuposto de que os pesos abstratos impactam no sopesamento com a mesma intensidade que os pesos concretos dos princípios colidentes, representados pela intensidade da intervenção e a importância

⁴⁴ Em *On Balancing and Subsumption*, Robert Alexy se refere a estes elementos apenas como “ W_i ” e “ W_j ” (2003b, p. 446).

concreta do princípio justificador, devem aqueles ser graduados pela mesma escala triádica utilizada para a valoração destes (ALEXY, 2003b, p. 446).

Não obstante, o autor não propõe nenhum critério ou parâmetro para a valoração dos pesos concretos dos princípios colidentes.

Thomas Bustamante, nesta esteira, afirma que, partindo da ideia de que princípios podem ter pesos abstratos diferentes, é possível que entre eles se construa uma “hierarquia frágil” e, conseqüentemente, que se estabeleça uma “ordem de prioridade *prima facie*”. Destaca, no entanto, que permanece lacunosa e merece atenção a forma de “classificação dos princípios quanto ao peso abstrato, bem como a fixação de critérios de pesagem nesta dimensão” (BUSTAMANTE, 2006, p. 97).

Carlos Bernal Pulido ressalta que esta se trata de uma variável extremamente singular e que sempre remete a considerações morais e ideológicas. Segundo ele, a valoração do peso abstrato dos princípios colidentes implica na necessidade de que o intérprete, geralmente o julgador, adote uma posição acerca do conteúdo material da Constituição. Neste sentido, salienta que a adoção pelo julgador de uma teoria individualista da Constituição implicará na atribuição de maior peso abstrato a princípios como a liberdade, ao passo que sua filiação a teorias comunitaristas resultará no reconhecimento de um maior peso abstrato a bens e interesses coletivos (PULIDO, 2006, p. 18).

Na tentativa de contribuir para a solução desta lacuna, Thomas Bustamante sugere uma “terceira lei de ponderação”, a qual enuncia como “quanto maior for o peso abstrato de um princípio jurídico, mais difícil será a sua superação no caso concreto” (BUSTAMANTE, 2006, p. 97). Considerando-se o que Robert Alexy expressa pelas duas primeiras leis de ponderação, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” e “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”, quer parecer que uma terceira lei de ponderação seria melhor expressada como: quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser o peso abstrato do princípio colidente que justifica esta intervenção.

Thomas Bustamante, a partir desta sua formulação de uma terceira lei de ponderação, busca construir uma escala para a fixação do peso abstrato dos princípios colidentes a fim de estabelecer a referida frágil hierarquia entre eles. Ao

fazê-lo, salienta que, em que pese não exista uma hierarquia formal entre normas constitucionais, não se pode ignorar a existência de “um certo tipo de hierarquia axiológica entre os enunciados principiológicos”, tal como se verifica entre os princípios fundamentais e os demais princípios jurídico-constitucionais (BUSTAMANTE, 2006, p. 99).

Partindo da noção de que quanto maior o peso abstrato de um princípio, mais difícil será a sua restrição, afirma que os princípios podem ser classificados a partir do seu “grau de restringibilidade”, ou seja, do “grau de dificuldade para a [sua] superação concreta”, segundo o qual existiriam princípios “de restringibilidade excepcional”, de “restringibilidade ocasional” e “de restringibilidade ordinária” (BUSTAMANTE, 2006, p. 99-101).

Segundo Thomas Bustamante, esta gradação do peso abstrato dos princípios a partir do seu grau de restringibilidade deve ser feita com base em três parâmetros.

O primeiro critério apresentado pelo autor se refere à “importância para a coerência do sistema jurídico”. Este parâmetro tem como fundamento a ideia de que terão maior peso abstrato aqueles princípios que tenham maior relevância para o estabelecimento e manutenção da coerência do sistema jurídico como um todo, já que ela é condição tanto para o conhecimento deste quanto para a ordenação sistemática do raciocínio jurídico. Explica que as normas que compõem o ordenamento jurídico, e nelas certamente incluídos os princípios, devem ser consideradas como partes integrantes de um sistema unitário possuidor de um “sentido global”, e que quanto maior for a contribuição particular de um determinado princípio para a coerência do ordenamento jurídico, maior será o seu peso abstrato (BUSTAMANTE, 2006, p. 101-102).

O autor, diante disto, e baseado nas lições de Robert Alexy e Aleksander Peczenik, elenca três diretivas com base nas quais seria possível avaliar a intensidade da contribuição de um dado princípio para a coerência do sistema jurídico. Segundo ele:

- a) “quanto maior o número de subprincípios e regras sustentadas em sentido rigoroso por um princípio P, mais esse princípio contribui para a coerência do sistema jurídico”;
- b) “quanto maior o grau de generalidade de um princípio, mais ele contribui para a coerência do sistema jurídico”;

- c) “princípios formulados em termos universais têm, *prima facie*, maior relevância para a coerência do sistema jurídico”

Vale destacar que a noção de coerência adotada por Thomas Bustamante é aquela proposta por Robert Alexy e Aleksander Peczenik e segundo a qual “quanto mais os enunciados pertencentes a uma teoria se aproximam de uma estrutura de suporte perfeita, tanto mais coerente é a teoria” [tradução livre⁴⁵] (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 131).

A noção de coerência referida, portanto, se reporta à ideia de que um sistema é coerente quando seus enunciados estão inseridos em uma estrutura de suporte⁴⁶, na qual cada enunciado pode ser fundamentado a partir de outros enunciados integrantes do sistema. Nesta linha, o enunciado *p1* dá suporte a outro, *p2*, se e somente se *p1* pertence a um conjunto de premissas *S* da qual *p2* decorre logicamente (ALEXY, PECZENIK, 1990, p. 131-132). A coerência de um sistema está ligada, portanto, a esta estrutura de suporte, que poderia também ser referida como estrutura de sustentação ou fundamentação, que une os seus enunciados.

A primeira diretiva elencada por Thomas Bustamante faz referência à definição trazida por Robert Alexy e Aleksander Peczenik para “suporte forte”⁴⁷. Segundo os autores, dentro de uma relação de suporte entre os enunciados *p1* e *p2*, o primeiro dará suporte ao segundo se fizer parte de um conjunto de premissas *S* do qual o segundo decorre logicamente. Tal não quer dizer que *p2* decorre diretamente de *p1*, mas tão somente que decorre de um conjunto *S* de premissas do qual *p1* faz parte.

Haverá, no entanto, uma relação de suporte forte entre *p1* e *p2* quando para além do segundo decorrer logicamente de um conjunto *S* de premissas do qual o primeiro faz parte, *p1* é indispensável para que se possa afirmar *p2*. Nesta linha, afirmam os autores que haverá um suporte forte se “*p2* não decorre de nenhum subconjunto de *S* do qual *p1* não faça parte” [tradução livre⁴⁸] (ALEXY, PECZENIK, 1990, p. 134-134). Há, assim, entre eles, uma relação na qual o primeiro se apresenta como condição *sine qua non* para a existência do segundo (BUSTAMANTE, 2006, p. 102-103).

⁴⁵ No original: “the more the statements belonging to a given theory approximate a perfect supportive structure, the more coherent the theory”.

⁴⁶ No original: “supportive structure”.

⁴⁷ No original: “strong support”.

⁴⁸ No original: “*p2* does not follow from any subset of *S* at all to which *p1* does not belong”.

Diante disto é que Thomas Bustamante afirma que quanto maior for o número de normas que tenham suporte forte em um determinado princípio, mais este princípio contribui para a coerência do sistema jurídico e maior, por consequência, será o seu peso abstrato.

Para além disso, quanto mais universal⁴⁹ e geral⁵⁰ for um determinado princípio, também maior será a sua contribuição para a coerência do sistema jurídico. Quanto maior for o escopo de incidência e aplicação de um princípio, maior será a sua contribuição para a coerência do ordenamento jurídico.

Tomadas em conta estas três diretrizes, é possível associar este critério da importância para a coerência do sistema jurídico com a classificação proposta por José Joaquim Gomes Canotilho para os princípios jurídicos. Segundo o autor, os princípios podem ser escalonados em princípio estruturantes, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais específicos. Nesta classificação, ao primeiro grupo pertencem àqueles princípios “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, os quais, no sistema constitucional brasileiro, se confundem com os próprios fundamentos da República Federativa do Brasil elencados no artigo 1º da Constituição Federal, e aos quais se somam outros como o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano.

Estes princípios estruturantes “ganham concretização através de outros princípios que [os] densificam (...), iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”. Tratam-se dos princípios constitucionais gerais, os quais, por sua vez, podem ser densificados ou concretizados ainda mais por meio de princípios constitucionais especiais (CANOTILHO, 2011, p. 1173-1175).

O que se percebe desta proposta classificatória é que os princípios podem ser escalonados em três níveis de decrescente universalidade, generalidade, e grau de suporte no sistema jurídico-normativo, e, conseqüentemente, de decrescente importância para a coerência do sistema jurídico.

Ao lado deste primeiro critério para a aferição do peso abstrato dos

⁴⁹ Segundo Robert Alexy e Aleksander Peczenik, algo é universal quando designa todas as coisas pertencentes a uma certa classe (1990, p. 140). A universalidade de um princípio está relacionada à sua aplicabilidade ao maior número possível de espécies de um determinado gênero.

⁵⁰ Segundo Robert Alexy e Aleksander Peczenik, a generalidade é uma característica gradual que diz respeito à quantidade de objetos cobertos pelo conceito (1990, p. 140).

princípios colidentes, Thomas Bustamante aponta um segundo parâmetro que diz respeito à sua “ligação com [os] direitos individuais”. Explica o autor que, ao lado da sua importância para a coerência do sistema jurídico, o peso abstrato de um princípio pode ser determinado com base na relação que este possui com os direitos individuais. Segundo ele, direitos individuais são detentores de uma precedência *prima facie* sobre bens e interesses coletivos, resultante da necessidade de estabelecimento de uma “ordem normativa e social que leve a sério o indivíduo enquanto tal” (BUSTAMANTE, 2006, p. 104). Esta visão se coaduna perfeitamente com a já afirmada primazia que o valor da dignidade da pessoa humana possui no ordenamento jurídico, da qual decorre a máxima do *in dubio pro libertate* (ALEXY, 2014, p. 569), ou seja, o mandamento de que, não havendo razão justificada para que se proceda em contrário, os conflitos entre direitos individuais e bens ou interesses coletivos devem ser resolvidos em favor dos primeiros.

De fato, esta precedência apriorística não afasta a possibilidade de que, por meio da ponderação, um direito individual tenha de ceder em favor da realização de um interesse coletivo. Ao contrário, tão somente exige que esta inversão da precedência esteja ancorada em razões fortes o suficiente para tal.

Thomas Bustamante, nesta linha, coloca que a solução em favor dos bens coletivos requer “razões mais fortes que aquelas demandadas [para uma solução] pelos direitos individuais” (BUSTAMANTE, 2006, p. 104).

Ana Paula de Barcellos, no mesmo sentido, afirma que se pode estabelecer como parâmetro a ideia de que “normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais” (BARCELLOS, 2005, p. 235).

A partir do reconhecimento do caráter fundamental da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico a autora argumenta que deve haver uma precedência das normas que de forma direta promovam ou protejam esta dignidade sobre aquelas que estejam associadas apenas indiretamente com esta promoção ou proteção. Mais que isso, afirma que, para os fins do estabelecimento desta relação de prioridade, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana pode ser identificada como a promoção e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, assim como das condições materiais necessárias para seu bem-estar mínimo e para o exercício da sua cidadania (BARCELLOS, 2005, p. 235-236).

A autora ressalta, no entanto, que este parâmetro não tem o condão de

afastar o postulado pelo qual eventual conflito entre uma regra e um princípio deve, salvo situações excepcionais, ser resolvido em favor da regra, que, em realidade, não colide com o princípio contraposto, mas o restringe (BARCELLOS, 2005, p. 235). Desta forma, a precedência *prima facie* das normas que diretamente consagram direitos individuais possui atuação tão somente na resolução de colisões entre princípios, atuando como um vetor em favor destas quando em confronto com outras que promovam tais direitos apenas de forma indireta.

Qualquer interpretação contrária, e que admitisse fossem ignoradas todas e quaisquer regras em favor de princípios consagradores de direitos individuais, implicaria na destruição de “todas as estruturas e instituições que, ainda que indiretamente, são indispensáveis para assegurar a dignidade humana”. Bastaria, assim invocar um conflito entre estas regras e direitos fundamentais individuais para que estes últimos prevalecessem em qualquer caso.

A precedência das normas que diretamente promovem ou protegem os direitos individuais sobre aquelas que os fazem apenas de forma indireta certamente não possui este sentido. Pelo contrário, este parâmetro limita-se a indicar que, quando da ponderação entre princípios com estas características, há uma presunção da prevalência daquele que promove tais direito “de forma mais direta”, a qual “não se funda em qualquer espécie de desprezo pelas estruturas que, indiretamente, promovem a dignidade das pessoas, mas sim e apenas na necessidade de decidir entre uma coisa e outra” (BARCELLOS, 2005, p. 243-244).

Pois, em que pese idealmente os princípios convivam, ou devessem conviver, em harmonia, estas normas inevitavelmente colidem de uma tal forma que não pode ser solucionada sem que se proceda a alguma restrição sobre o âmbito de aplicação de um deles. E neste contexto, havendo a “necessidade de decisão entre uma norma que promove diretamente a dignidade das pessoas e outra que apenas contribui para este fim indiretamente, a primeira deve prevalecer” (BARCELLOS, 2005, p. 244-245).

Tal prevalência, no entanto, como já afirmado, não é rígida e nem definitiva, mas apenas aponta no sentido de um maior peso abstrato dos princípios que consagram, promovem ou protegem diretamente direitos individuais do que o do daqueles que o fazem apenas de forma indireta, por fomentarem bens ou interesses coletivos.

Laura Clérico, nesta linha, afirma que deve haver uma precedência *prima*

facie em favor da posição do afetado, ou seja, do direito fundamental objeto da restrição, que só pode ser superada mediante a existência de razões mais fortes em favor da restrição do que em favor da intangibilidade do direito restringido. Mais do que isso, argumenta que as razões em favor da intervenção não podem prevalecer quando, da ponderação, se chegar a uma situação de impasse (CLÉRICO *apud* PACHECO, 2007, p. 227). Assim, para a autora, deve-se sempre atribuir maior peso abstrato ao direito fundamental intervindo do que ao princípio que justifica a intervenção, de forma que eventual impasse obtido na ponderação das demais variáveis seja resolvido em favor do primeiro.

Por fim, Thomas Bustamante aponta um terceiro critério para a gradação do grau de restringibilidade, e, portanto, do peso abstrato, de um princípio. Trata-se da “precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade”. O autor, no entanto, limita-se a afirmar que “quanto mais cada princípio se aproximar desses dois valores estruturantes do ordenamento jurídico, maior será a dificuldade para superá-lo no caso concreto (BUSTAMANTE, 2006, p.104).

Robert Alexy, nesta linha, afirma que em que pese não seja possível construir uma ordem rígida entre princípios, é possível estabelecer uma ordem flexível por meio de “precedências *prima facie*”. Segundo ele, esta prevalência apriorística recairia sobre os princípios da liberdade e da igualdade jurídica e representaria uma preexistente “carga de argumentação a favor desses” (ALEXY, 2014, p. 569).

Explica o autor que estes dois princípios, ainda que formulados de forma relativamente genéricas, devem prevalecer sobre quaisquer outros sempre que existirem razões igualmente fortes em favor de um e de outro. Nestes casos, sustenta que não seria possível obter uma “solução correta [e] de acordo com a Constituição” sem o recurso a uma regra de precedência *prima facie* estabelecida.

Desta forma, este maior peso abstrato dos princípios da liberdade e da igualdade não excluem, de forma alguma, a necessidade e a possibilidade de que sejam sopesados em face de outros princípios e de que venham a ser superados, no caso concreto, por estes. Contrariamente, ele apenas exige que, de um lado, existam, para esta superação, “razões mais fortes a favor da solução exigida pelos princípios colidentes que a favor daquela exigida pelo princípio da liberdade” ou da igualdade e, de outro, que os casos de impasse argumentativo sejam solucionados em favor destes dois princípios (ALEXY, 2014, p. 570-571).

Carlos Bernal Pulido aponta que esta última exigência afirmada por Robert

Alexy, de que os casos de impasse deveriam ser sempre resolvidos em favor dos princípios da liberdade e da igualdade, os quais apenas poderiam ser superados caso existissem razões mais fortes em favor do princípio colidente do que aquela em favor deles, seria contraditória com a afirmação do mesmo autor de que nos casos de impasse na ponderação dever-se-ia reconhecer a existência de uma discricionariedade decisória ao legislador ou outra autoridade estatal competente. Afirma, assim, que os “impasses trabalham não em favor da liberdade jurídica e da igualdade jurídica, mas em favor da democracia” [tradução livre⁵¹] e que, a partir do ponto de vista democrático, a atribuição de uma discricionariedade decisória ao legislador nos casos de impasse é mais apropriada do que o estabelecimento de uma precedência *prima facie* a determinados princípios (PULIDO, 2006, p. 12)

Não obstante, quer parecer que a referida contradição não existe. Isto porque a inclusão do peso abstrato dos princípios na fórmula do peso não impede a ocorrência de casos de impasse na ponderação, apesar de efetivamente diminuir a sua frequência. Desta forma, o reconhecimento de uma precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e igualdade não exclui a afirmação da discricionariedade decisória do legislador, mas apenas a limita.

Mais que isto, a discricionariedade permanece existindo de forma mais ampla quando a colisão não envolver nenhum destes dois princípios e em sua maior amplitude sempre que se tratarem de princípios com pesos abstratos iguais. O que se percebe é que não é necessário optar pela liberdade e igualdade ou pela democracia, pois não se tratam de valores reciprocamente excludentes, sendo possível conciliá-los dentro de um complexo esquema de ponderação.

Diante de tudo isto, é possível concluir, como o faz Carlos Bernal Pulido, que não existe como se estabelecer uma prévia e abstrata gradação completa dos pesos abstratos dos princípios (PULIDO, 2006, p. 18). Não é possível elencá-los em um rol decrescente que os disponha com base nesta variável, tampouco classificá-los de forma rígida em três grupos que correspondam aos três graus da escala triádica. O que é possível é, diante de uma colisão, comparar os pesos abstratos dos princípios colidentes e, só então, atribuir-lhes uma gradação com base em tal escala, utilizando-se para tal de valores que guardem a mesma proporção geométrica que os utilizados para a representação numérica da classificação realizada sobre as duas outras

⁵¹ No original: “stalemates work not in favour of legal liberty and legal equality, but in favour of democracy”.

variáveis: 2^2 , ou 4, para princípios de peso abstrato alto, 2^1 , ou 2, para princípios de peso abstrato moderado e 2^0 , ou 1, para princípios de peso abstrato baixo.

3.4 EM BUSCA DO LIMITE MATERIAL: DA PROPORCIONALIDADE AO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da análise da regra da proporcionalidade como instrumento de controle das medidas estatais que provocam restrições a direitos fundamentais é possível perceber que se trata de mecanismo de natureza estritamente formal. Efetivamente, a regra da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, indica quais os elementos que devem ser examinados e como este exame deve se dar, no entanto nada diz sobre o seu conteúdo ou sobre o resultado que será obtido. Trata-se de uma verdadeira “ferramenta metodológica”, ou seja, de uma regra que demonstra como verificar a constitucionalidade das medidas restritivas (BUSTAMANTE, 2006, p. 87).

De fato, observando-se as três máximas parciais da proporcionalidade é possível concluir que o que limita as restrições aos direitos fundamentais não são estas regras, mas sim os próprios direitos fundamentais objetos das restrições.

Inicialmente, no que toca à máxima da adequação, caso se adote, com o fim de fomentar o princípio P_1 , uma medida M que restringe o direito fundamental P_2 , mas se constate que tal medida, na realidade, em nada contribui para a consecução daquele, tal medida há de ser considerada inadequada e, portanto, desproporcional e inconstitucional.

O que impede a adoção desta medida, cumpre perceber, não é a regra da proporcionalidade ou sua máxima parcial da adequação, mas sim o próprio direito fundamental P_2 , que, por sua natureza de mandado de otimização, não admite a ocorrência de uma intervenção em seu âmbito de proteção que não esteja constitucionalmente fundamentada na otimização de outro princípio. Assim, como a medida restritiva adotada não possui nenhuma aptidão para otimizar o princípio colidente, tal intervenção no direito fundamental não será por ele admitida.

No que tange à máxima da necessidade, o mesmo vale. Caso se imponha, com a finalidade de realizar o princípio P_1 , uma medida M_1 que implique em restrição ao direito fundamental P_2 e verifique-se, quando do exame desta, a existência de uma

medida alternativa M_2 tão adequada quanto ela para atingir P_1 , mas menos restritiva a P_2 , considerar-se-á desnecessária, e, portanto, desproporcional e inconstitucional, a medida estatal concreta M_1 .

Neste contexto a vedação a esta medida não tem como causa a regra da proporcionalidade ou sua máxima parcial da necessidade, mas sim o próprio direito fundamental P_2 . Este, por sua natureza principiológica que impõe sua máxima realização possível, apenas permite uma intervenção em seu âmbito de proteção quando esta se faça justificada pela otimização de um princípio colidente. Assim, considerando-se que tanto M_1 quanto M_2 promovem igualmente a otimização do princípio colidente, o direito fundamental intervindo apenas permitirá a menor intervenção possível, vedando a medida mais restritiva e autorizando tão somente a menos afiliva.

Por fim, a mesma lógica explica a aplicação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Nela, a desproporcionalidade e conseqüente inconstitucionalidade de uma medida restritiva decorre do próprio direito fundamental ao qual se tenha atribuído, mediante a ponderação, um peso concreto superior ao atribuído ao princípio colidente. A proporcionalidade em sentido estrito, por meio das leis de ponderação e da fórmula do peso, se resume à forma pela qual verificar-se-á o peso relativo dos princípios colidentes no caso concreto a fim de atribuir, a um ou outro, uma precedência condicionada.

Assim, caso se imponha uma medida restritiva M que intervém sobre um direito fundamental P_2 sob justificativa da realização de um princípio colidente P_1 , e caso se verifique, mediante um juízo de ponderação, que, nas circunstâncias concretas, o direito fundamental P_2 possui um peso concreto maior do que aquele que pode ser atribuído ao princípio P_1 ⁵², ter-se-á como conseqüência o reconhecimento da desproporcionalidade e inconstitucionalidade de tal medida restritiva, as quais decorrem não da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, mas do próprio direito fundamental intervindo. É este direito fundamental, a partir de sua natureza principiológica de mandamento de otimização, que implica na inadmissão da restrição fundada na realização de um princípio colidente de menor peso relativo concreto.

O que se extrai disto é que a regra da proporcionalidade, com suas três

⁵² O que será representado, na equação da fórmula do peso, por um resultado no qual $GP_{i,j}C$ é maior que 1.

máximas parciais, aparece tão somente como um mecanismo formal de limitação e controle das restrições aos direitos fundamentais. O verdadeiro limite a estas intervenções se encontra nos próprios direitos fundamentais intervindos, e decorre da sua natureza principiológica que lhes atribui estrutura de mandamentos de otimização.

Assim, pode-se afirmar que o limite material às restrições aos direitos fundamentais reside nos próprios direitos fundamentais. Ou seja: os direitos fundamentais são limites materiais às suas restrições. Nesta linha, Robert Alexy afirma que se “da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites”, é possível concluir que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade” (ALEXY, 2014, p. 295-296).

É preciso atentar, no entanto, que os direitos fundamentais permitirão determinadas restrições sobre os seus âmbitos de proteção, tidas como constitucionais, mas não o farão em relação a outras, tidas como violações inconstitucionais, o que remete à noção de que tais direitos possuem um conteúdo essencial sobre o qual não é tolerada nenhuma forma de restrição ou intervenção.

3.4.1 O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais

A existência de um conteúdo ou núcleo essencial aos direitos fundamentais é pacificamente reconhecida e aceita pela doutrina especializada, a qual, no entanto, encontra dificuldade em definir seu conceito, substância e alcance.

Na tentativa de conceituá-lo, Luciano Feldens afirma-o como “o reduto do direito sem o qual o direito não existiria como tal” (FELDENS, 2012, p. 43). Ingo Wolfgang Sarlet, como “a parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental” (SARLET, 2012, p. 411). Marcelo Schenk Duque, simplesmente como “o pensamento fundamental desse direito” (DUQUE, 2014, p. 231).

Como se percebe, em que pese a aceitação, por todos estes autores, da existência de um tal conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a compreensão sobre o seu significado varia consideravelmente.

Luiz Fernando Calil de Freitas afirma que a constatação da existência de um comando jurídico para a proteção e preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre da própria ideia de que a oposição de restrições a estes direitos é limitada, ou seja, da percepção de que em que pese sejam restringíveis, os direitos fundamentais não podem ser esvaziados, pela atividade estatal, “na sua totalidade (...), na globalidade do seu sentido ou significado real” (FREITAS, 2007, p. 192-193). Destaca, no entanto, ser “espinhosa (...) a tarefa de estabelecer critérios aptos a serem utilizados na definição do que seja efetivamente o núcleo essencial” destes direitos (FREITAS, 2007, p. 195).

Seja qual for a compreensão que se tenha sobre a sua substância, “o reconhecimento em torno da existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais funciona como uma espécie de barreira ou limite à prática de restrições nesses direitos” (DUQUE, 2014, p. 233), e afirma a existência de “conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais” (SARLET, 2012, p. 411). É preciso, portanto, perceber que, independente da forma de sua configuração, a afirmação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e do dever jurídico de sua proteção resulta da noção de que toda e qualquer intervenção sobre estes direitos deve “estar justificada e respeitar o seu conteúdo essencial”, sob pena de ser reputada “constitucionalmente inadequada” (FREITAS, 2007, p. 196).

Diante desta referência à necessidade de que as restrições a direitos fundamentais, para que sejam reputadas constitucionais, estejam justificadas e respeitem o conteúdo essencial destes direitos, Virgílio Afonso da Silva formula a seguinte indagação: “é possível que uma restrição (...) passe no teste da proporcionalidade e mesmo assim seja considerada inconstitucional, por esvaziar o conteúdo essencial de um direito fundamental?” (SILVA, 2014, p. 182).

Tal questionamento, em suma, indaga sobre a relação existente entre a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mais especificamente acerca da sobreposição ou da independência entre estes, o que remete à dicotomia existente entre a teoria absoluta e a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Distinguem-se estas correntes pois enquanto para a primeira o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é algo que pode ser definido de antemão, tratando-se de uma parcela rígida e fixa do seu âmbito de proteção dotada de

intangibilidade perante os poderes constituídos, para a segunda trata-se de algo que não pode ser definido em abstrato, apenas podendo ser identificada perante colisões concretas entre princípios e mediante o recurso à regra da proporcionalidade.

Sobre esta dualidade, Virgílio Afonso da Silva afirma que a opção por uma ou outra teoria não se trata “de uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa”, já que “determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada”. Com isso, o autor quer indicar que a aceitação de uma teoria dos princípios tal como proposta por Alexy, e tal como adotada no presente trabalho, representa mais do que uma mera afirmação sobre a “distinção entre duas espécies de normas”. Para além disso, importa na adesão à teoria ampla do suporte fático e à teoria externa das restrições, à regra da proporcionalidade e, por fim, a uma concepção relativa sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (SILVA, 2014, p. 184-185).

3.4.2 A Teoria Absoluta

Ao se pensar em um conteúdo ou núcleo essencial de um direito fundamental, a tendência é que se imagine a existência de algo, um conjunto de posições jurídicas, sobre o qual não pode haver intervenção ou interferência nenhuma. Estar-se-ia, assim, diante de uma parcela intangível, intocável, imune de qualquer restrição ou afetação, tal como “uma partícula indestrutível” (SANTIAGO, 2014, p. 89). Esta visão corresponde àquilo que sustenta a chamada teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo esta teoria, cada direito fundamental possui um conteúdo essencial que corresponde a um núcleo fixo e definido abstratamente e de antemão, independentemente, portanto, de quaisquer circunstâncias fáticas ou jurídicas concretas, tais como sua colisão com outros direitos fundamentais ou outros princípios jurídicos. Neste sentido, cada um destes direitos “possui um núcleo duro, perante o qual se excluem a prática de intervenções em qualquer hipótese, sendo qualificado, por isso, de absoluto”. Todo direito fundamental, assim, possui um núcleo essencial absoluto que deve permanecer intocado, sendo aceitas tão somente intervenções que permaneçam alheias a ele e atinjam tão somente o seu âmbito não essencial

(DUQUE, 2014, p. 288).

A ideia central desta teoria, fica claro, é garantir que esta área nuclear do direito fundamental esteja protegida de qualquer violação independentemente das circunstâncias ou razões que eventualmente poderiam tentar justificá-las. Tal conteúdo corresponde, assim, a uma esfera permanente do direito fundamental que sempre estará protegida (FREITAS, 2007, p. 198).

Valendo-se da lição de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2014, p. 187-190), é possível perceber que todas as versões desta teoria têm em comum o fato de que, para elas, o âmbito de proteção de um direito fundamental pode ser representado graficamente por dois círculos concêntricos. O círculo externo, maior, representa a totalidade deste âmbito de proteção. Já o círculo interno, menor, representa o seu núcleo essencial, “cujos limites (...) formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição” (SILVA, 2014, p. 187).

O âmbito de proteção do direito, assim, seria composto por duas áreas de diferentes densidades, uma menos densa e restringível e outra mais densa e intangível, correspondendo esta última ao conteúdo essencial do direito.

Segundo este autor, o grande desafio imposto às teorias absolutas está em identificar, de antemão e definitivamente, quais ações, estados e posições jurídicas pertencem a este conteúdo essencial e quais dele devem ser excluídas. Efetivamente, está-se diante de problemática muito semelhante àquela enfrentada pela teoria interna das restrições pela qual se pretendia, *a priori*, excluir determinados conteúdos de dentro do âmbito de proteção de um direito fundamental (SILVA, 2014, p. 187). Marcelo Schenk Duque, nesta linha, aponta que a teoria absoluta se mostra problemática por ser incapaz de oferecer meios e critérios para a identificação do conteúdo desse núcleo essencial fixo dos direitos fundamentais de forma estritamente abstrata e independentemente de considerações específicas do caso concreto (DUQUE, 2014, p. 290).

Dentro da teoria absoluta, a rigidez do núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser compreendida de duas formas diferentes. Uma visão mais rígida vê o conteúdo essencial destes direitos sob uma perspectiva absoluto-estática ou material-temporal. Para esta, este núcleo “não é só impassível de restrições (...), mas também imutável no tempo” (SANTIAGO, 2014, p. 108). Desta forma, “somente aquilo que não muda no tempo, aquilo que independe de ideologias ou da realidade

social vigente, pode ser considerado como, de fato, intangível” (SILVA, 2014, p. 189).

No vértice oposto, o conteúdo essencial pode ser compreendido de forma mais moderada, afastando a noção do núcleo absoluto daquela de um conteúdo imutável. Sob esta perspectiva absoluto-dinâmica, esta esfera última do direito fundamental, em que pese constitua uma área intransponível e intangível em qualquer situação ou circunstância, pode transformar-se com o tempo para “acompanhar as evoluções políticas e sociais da sociedade”, modificando, alargando ou diminuindo o seu conteúdo para adequar-se à realidade constitucional vigente à cada época, em verdadeira mutação constitucional (SANTIAGO, 2014, p. 107).

Explica Virgílio Afonso da Silva que a característica absoluta do conteúdo essencial não pressupõe a sua imutabilidade temporal, mas tão somente exige que aquilo que em dado momento pertence a este núcleo duro não sofra relativizações a partir das urgências e contingências de momento (SILVA, 2014, p. 188), ou seja, que não sofra intervenções enquanto estiver contido nesta zona de intangibilidade.

Marcelo Schenk Duque aponta que três críticas centrais são formuladas contra a teoria absoluta. De acordo com a primeira delas, esta teoria, “ao forçar a distinção entre uma parte essencial e outra não essencial de um direito fundamental, abriria essa parte não essencial à livre disposição do legislador”, dando causa a uma relevante desproteção desta. Isto porque afirmar a intangibilidade de um núcleo essencial fixo e predeterminado dos direitos fundamentais poderia induzir a conclusão de que apenas aquilo que está nele incluso seria objeto de proteção constitucional, e que as demais posições jurídicas, pertencentes à área não nuclear do seu âmbito de proteção, não estariam por ela albergadas, admitindo, assim, toda e qualquer forma de intervenção independentemente de sua intensidade ou justificação.

Uma segunda crítica formulada diz respeito à artificialidade desta divisão do âmbito de proteção em duas distintas áreas que confere tratamento jurídico diferente a aspectos de um mesmo direito fundamental. Com isso, parcelas importantes do feixe de proteções constitucionais deixariam de ser aplicadas a determinadas faces do direito fundamental em questão, o que implica, em última análise, em uma tutela apenas parcial deste.

Por fim, uma última crítica recai sobre a vagueza e imprecisão da definição do conteúdo deste núcleo essencial absoluto. Salaria o autor que a teoria absoluta tem se mostrado incapaz de fornecer qualquer critério minimamente concreto para que se efetue tal identificação, relegando-a à subjetividade intuitiva do intérprete.

Para além disso, o autor destaca que esta teoria ignora que tal definição fixa e abstrata de um núcleo irrestringível esbarra na necessidade de que sejam conciliadas, nos casos concretos, posições jurídico-fundamentais conflitantes entre si, desconsiderando a possibilidade de que existam interesses constitucionalmente legítimos cuja implementação implique e justifique uma restrição sobre este núcleo protegido (DUQUE, 2014, p. 288-290).

Em suma, pode-se afirmar que, para a teoria absoluta, cada direito fundamental possui em si mesmo um núcleo essencial intangível, “no qual não é possível intervir em hipótese nenhuma” (ALEXY, 2014, p. 298), o qual pode ser definido *a priori* e de forma abstrata, pela análise isolada do direito em questão e independentemente de qualquer cotejo deste com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais que com ele eventualmente colidam. Para esta teoria, portanto, não existe qualquer relação entre o conteúdo essencial e a regra da proporcionalidade, sendo possível, ao menos em tese, que eventual intervenção sobre o direito se mostre proporcional, por passar nos testes das três máximas parciais, mas ainda assim se afigure como inconstitucional por violar este núcleo essencial. Fica em aberto, no entanto, a definição de critérios para a identificação e delimitação desse conteúdo nuclear.

3.4.3 A Teoria Relativa

Diametralmente oposta à teoria absoluta encontra-se a chamada teoria relativa, que se assenta na “idéia (...) contra-intuitiva” de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não corresponde a “um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”. Segundo esta, a definição do núcleo essencial intocável de cada um destes direitos depende de cada situação fática concreta e, sobretudo, das colisões entre estes direitos e outros princípios que impõem a aposição de restrições. Neste sentido, pode-se afirmar que “o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso” (SILVA, 2014, p. 196).

Retoma-se, assim, a percepção de que princípios constitucionais, e direitos fundamentais são predominantemente isto, apenas admitem restrições quando estas

se mostrem imprescindíveis para a realização de outro princípio que com ele colida diante de circunstâncias concretas e tão somente na medida dessa imprescindibilidade, respeitada, com isto, a proporcionalidade da restrição (BRAGA, 2011, p. 210). A teoria relativa, assim, parte da premissa de que toda restrição a um direito fundamental exige, para sua constitucionalidade, uma justificação que corresponda à necessidade de realização de outros direitos ou princípios constitucionalmente protegidos (FREITAS, 2007, p. 196).

Valeschka e Silva Braga, nesta linha, assevera que a concretização efetiva dos direitos fundamentais demanda a rejeição de restrições descabidas, desnecessárias ou desproporcionais, pois, ainda que sejam admitidas intervenções sobre os seus âmbitos de proteção, deve ser preservado o seu conteúdo essencial. Assim, por meio da regra da proporcionalidade estabelece-se um limite último a estas restrições, impedindo que esta fronteira seja ultrapassada. A aplicação desta regra visa, assim, impedir uma “mácula injustificada no núcleo essencial de um direito fundamental” (BRAGA, 2011, p. 210-211).

Há, portanto, uma rejeição da ideia de um cerne fixo e absoluto identificável como o núcleo essencial de um direito fundamental e sua substituição por outra segundo a qual “ao núcleo essencial do direito fundamental (...) chega-se a partir de um juízo de ponderação com recurso ao princípio da proporcionalidade” (FREITAS, 2007, p. 197)

Nesta linha, há uma vinculação estreita entre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade, pela qual a garantia do primeiro nada mais é do que a consequência da aplicação da segunda nos casos de restrições àqueles. Assim, “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos” (SILVA, 2014, p. 197).

Robert Alexy, sintetizando o raciocínio, afirma que “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”, de forma que “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental”. Em suma, segundo o autor, a garantia do conteúdo essencial corresponde à aplicação da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 297-298).

Marcelo Shenk Duque, no mesmo sentido, assevera que estará violado o núcleo essencial sempre que um direito fundamental for restringido por motivo

insuficiente a justificar esta restrição a partir da regra da proporcionalidade. Opostamente, sempre que por meio da ponderação se puder concluir que a intervenção sobre determinado direito está legitimada pelo critério da proporcionalidade, por encontrar amparo na necessidade de realização de um princípio constitucional colidente ao qual se atribua peso suficiente para tal, disto resultará a inocorrência de violação ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido.

E, retomando a linha de raciocínio de Robert Alexy, afirma que o núcleo essencial corresponde “[à]quilo que sobra após a ponderação, razão pela qual as restrições que respeitem o preceito da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se (...) nada restar do direito fundamental após a incidência da restrição” (DUQUE, 2014, p. 291-292).

Diante disto, fica claro que, de acordo com as premissas de uma teoria relativa, a definição do conteúdo essencial não se baseia simplesmente na intensidade da intervenção, ou seja, uma restrição não violará este âmbito nuclear tão somente por ser uma restrição intensa. Ao contrário, a verificação da preservação ou violação do núcleo essencial deve se dar sempre por meio da contraposição desta intensidade com o grau de importância concreta da realização do princípio colidente. Assim, tanto é possível que uma restrição leve a um direito fundamental viole o seu conteúdo essencial, quanto que restrições mais intensas não o façam. Basta que no primeiro caso não haja fundamentação constitucional suficiente para justificá-la e no segundo haja (SILVA, 2014, p. 198).

Em vários casos, é possível que, após a incidência da restrição, nada reste do direito fundamental afetado, sem que isso deva ser considerado inconstitucional por violar o seu conteúdo essencial. Virgílio Afonso da Silva, ilustrando esta possibilidade, afirma que a aplicação da pena morte e da pena de prisão eliminam por completo, respectivamente, os direitos à vida e à liberdade de ir e vir do condenado. Da mesma forma, a desapropriação elimina inteiramente o correspondente direito à propriedade (SILVA, 2014, p. 186). Na mesma linha, a interceptação telefônica elimina completamente o direito ao sigilo das comunicações telefônicas (SILVA, 2014, p. 199).

Diante disto, conclui o autor que “a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma simples decorrência do respeito à regra da proporcionalidade”, do que se extrai que qualquer eventual dispositivo constitucional que afirme obrigatória a sua proteção tem valor meramente declaratório e simbólico,

pois “a simples aceitação da proporcionalidade já traz consigo a garantia de um conteúdo essencial para esses direitos”, independentemente de mandamento constitucional expresso para esta proteção (SILVA, 2014, p. 202). Mais do que isto, há de se perceber que a referência a uma “dupla garantia” composta pela proporcionalidade e pelo conteúdo essencial, que aparentemente conferiria maior grau de proteção aos direitos fundamentais, “é, na verdade, (...) a partir dos pressupostos da teoria relativa, uma redundância”, que se agrava por possibilitar o surgimento de equívocos interpretativos (SILVA, 2014, p. 200), tais como, por exemplo, a rejeição de uma intervenção proporcional, e, portanto, constitucional, sob argumento de que seria violadora do conteúdo essencial do direito fundamental afetado por eliminá-lo por completo no caso concreto.

Diante disto é que se deve concluir que

se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional (SILVA, 2014, p. 206).

E, mais que isso, “se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial” (SILVA, 2014, p. 206).

Em tempo, é preciso perceber que a teoria relativa tem seu valor a partir da afirmação do caráter predominantemente principiológico das normas de direitos fundamentais, do qual decorre sua natureza de mandamentos de otimização. Vale, portanto, a ressalva de que a relatividade do seu conteúdo essencial persiste enquanto mantida esta sua estrutura normativa. Excepcionalmente, nos casos em que o próprio texto constitucional veicular direitos fundamentais com estrutura de regra, de conteúdo normativo definitivo e não mais *prima facie*, estas normas, resultantes de ponderações prévias realizadas pelo próprio constituinte, podem ser vistas como definidoras de um conteúdo essencial absoluto dos respectivos direitos fundamentais, definindo condutas absolutamente vedadas nos seus âmbitos.

Assim, por exemplo, a previsão constitucional de que “ninguém será submetido a tortura”, que possui estrutura de regra, fixa um conteúdo essencial absoluto e intransponível da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2014, p. 202). Este

raciocínio é especialmente importante no que toca às garantias penais e processuais penais contidas na Constituição, as quais, por possuírem estrutura normativa de regra, estabelecem conteúdos essenciais absolutos aos correspondentes direitos fundamentais, ainda que estes mantenham seu caráter predominantemente principiológico.

4 RESTRUTURANDO OS LIMITES À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL À LUZ DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

Afirmada a incidência imediata dos direitos fundamentais sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal e exposta sua aptidão para atuar como limite às suas próprias restrições, cumpre conjugar estas duas premissas para que se verifique de que forma os direitos fundamentais podem figurar como limites materiais à assistência interestatal.

Inicialmente, faz-se necessário uma aproximação ao tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal e a dois outros a ele conexos: a soberania e a ordem pública.

4.1 SOBERANIA

Soberania e cooperação jurídica internacional são dois temas intimamente ligados. Em realidade, a necessidade da segunda decorre da existência e reconhecimento da primeira, pois é da afirmação de que os Estados possuem um monopólio de força e autoridade dentro de seus limites territoriais que deriva a impossibilidade de outros Estados praticarem determinados atos, constrictivos ou não, no território do primeiro. Diante disto é que, quando a prática destes atos se faz necessária, se torna imprescindível a utilização dos instrumentos de auxílio interestatal.

Dalmo de Abreu Dallari afirma que o conceito de soberania, “claramente definido desde o século XVI, é um dos que mais têm atraído a atenção dos teóricos do Estado (...) e de todos quantos se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos e políticos”. Segundo o autor, esta centralidade histórica do tema da soberania teve como uma de suas consequências o desenvolvimento de uma “multiplicidade de teorias” que acabou tornando a própria definição da soberania cada vez menos precisa e objeto das mais variadas distorções, produto da “significação política do conceito, que se encontra na base de seu nascimento e que é inseparável dele, apesar de todo o esforço, relativamente bem sucedido, para discipliná-lo

juridicamente” (DALLARI, 2002, p. 74).

Em referência à lição de Kaplan e Katzenbach, Dallari salienta que “não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania” (DALLARI, 2002, p. 74).

A noção de soberania tem seu desenvolvimento a partir do colapso do sistema político da Idade Média (LEWANDOWSKI, 1997, p. 233), vindo a tornar-se uma das bases do renovado modelo de Estado Moderno (DALLARI, 2002, p. 74). De fato, fazendo referência a Jellinek, Dallari explica que apenas durante a Idade Média, já após a queda do Império Romano, é que surgiram as contingências políticas que culminaram com a criação da noção de soberania como supremacia de poder ou poder supremo. Segundo o autor, “durante a Idade Média, sobretudo depois do estabelecimento de inúmeras ordenações independentes, é que o problema ganharia importância” (DALLARI, 2002, p. 75-76).

Rubens Beçak explica que, durante a Alta Idade Média, observa-se a coexistência de pelo menos três soberanias distintas e sobrepostas, exercidas por pessoas ou instituições diferentes: a soberania real, exercida pelos reis, a soberania senhorial, exercida pelos senhores feudais dentro dos limites territoriais de seus feudos, e a soberania papal, exercida pelo papado sobre os povos cristãos. Ao lado destas, cita ainda a imperial, exercida pelo Sacro Império Romano Germânico (BEÇAK, 2013, p. 345).

Conforme Dallari, é a partir do século XIII que “o monarca vai ampliando a esfera de sua competência exclusiva, afirmando-se soberano de todo o reino (...), adquirindo o poder supremo de justiça e polícia, acabando por conquistar o poder legislativo”. E complementa ao afirmar que “assim é que o conceito de soberano, inicialmente relativo (...) vai adquirindo o caráter absoluto, até atingir o caráter superlativo, como poder supremo” (DALLARI, 2002, p. 76). Segundo o autor, este processo de afirmação da soberania real sobre todo e qualquer outro poder visa, de um lado, tornar clara sua superioridade frente aos senhores feudais e, de outro, declarar a independência do monarca soberano em relação ao Papa e ao Imperador.

Segundo Beçak, é deste cenário que decorre a necessidade, até então inexistente, de definição da soberania (BEÇAK, 2013, p. 345).

Assim, “no final da Idade Média os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, sua vontade não sofre qualquer limitação, tornando-se patente o atributo que os teóricos logo iriam perceber, a soberania” (DALLARI, 2002, p. 76).

A definição de soberania tem, em Jean Bodin, seu primeiro desenvolvimento.⁵³ Segundo o autor francês, a soberania “é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido” no estudo da figura estatal. Ainda para o autor, soberania podia ser definida como “o poder absoluto e perpétuo de uma República” (*apud* DALLARI, 2002, p. 77). Dentre seus vários desdobramentos, a soberania consistiria, para Bodin, no poder de “dar leis a todos e a cada um em particular”, bem como de “decidir em última instância” (LEWANDOWSKI, 1997, p. 235), demonstrando-se com isso que tal instituto engloba o monopólio legislativo e jurisdicional dentro do território.

Neste sentido, Silvana Colombo ressalta que a noção de soberania como poder soberano “inclui o monopólio da força, o direito de legislar e [de] aplicar a lei” (COLOMBO, 2012, p. 231).

Insta salientar que, para Bodin, por ser absoluto, o poder soberano é ilimitado, não estando sujeito a nenhum outro, tampouco subordinado a qualquer lei anterior ou posterior (OLIVEIRA, 2005, p. 208-209). Nesta perspectiva, “nenhuma lei humana, nem as do próprio príncipe, nem as de seus predecessores, podem limitar o poder soberano” (DALLARI, 2002, p. 77).

Esta visão de soberania trazida por Bodin, como bem salientado por Lewandowski, coaduna-se com um modelo estatal de roupagem absolutista monárquica (LEWANDOWSKI, 1997, p. 235), no qual o poder, absoluto e perpétuo, é exercido sobre todos e sem sujeitar-se a nenhum tipo de restrição, com clara primazia do Estado sobre a liberdade individual (OCAMPO, 2009, p. 48).

É a partir da celebração, em 1648, do Tratado de Paz de Westphalia, pelo qual se consolidam politicamente os modernos Estados europeus, que “cristaliza-se a ideia de soberania como uma moeda de duas faces: uma interna, em que é sinônimo de supremacia, e outra externa, em que coincide com a noção de independência” (LEWANDOWSKI, 1997, p. 235).

Sobre esta relevante dupla face da soberania, Ferrajoli coloca que “se o Estado é soberano internamente, ele o é por necessidade (...) também externamente” (FERRAJOLI, 2007, p. 20). De fato, como exposto por Dallari, uma vez “afirmado o

⁵³ O tema da soberania é tratado por Bodin no Livro I de seus Os Seis Livros da República, datados de 1576. Ferrajoli (2007, p. 5-6), discordando desta afirmação, imputa a Francisco de Vitoria, nos anos 20 e 30 no século XVI, as primeiras teorizações acerca da soberania, pelas quais o autor espanhol afirmava que a comunidade internacional nada mais era do que uma sociedade de Estados soberanos igualmente livres e independentes, “sujeitos externamente a um mesmo direito das gentes e internamente às leis constitucionais que ele mesmos se deram” (FERRAJOLI, 2007, p. 7).

poder soberano, isto significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado” e, desta forma, em sua relação com os demais Estados, por rejeitar-se a possibilidade de que o poder soberano possa estar em relação de inferioridade a qualquer outro, “a afirmação de soberania tem a significação de independência, admitindo que haja outros poderes [externos] iguais, nenhum, porém, que lhe seja superior”.

Arremata assim, que a soberania, em suas duas perspectivas, representa uma face interna, de “poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”, e outra face externa, de independência, não estando o Estado submetido a nenhum poder ou potência estrangeiros (DALLARI, 2002, p. 84). Esta última significa o reconhecimento da existência de uma diversidade de poderes igualmente soberanos coexistindo em verdadeiro estado de natureza⁵⁴, diante da ausência de qualquer autoridade superior a eles e que regule seus comportamentos. (PRADO, 2012, p. 95).

É justamente esta noção de soberania como supremacia interna e independência externa que justifica a necessidade da existência de mecanismos de cooperação jurídica internacional, pois uma vez reconhecidos estes atributos, os demais Estados veem-se impedidos de praticar, valendo-se apenas da sua própria soberania, qualquer ato dentro do território de outro Estado soberano. Havendo esta demanda, torna-se imperiosa a formulação de pedido de assistência interestatal para que o ato seja praticado pelo Estado detentor da soberania. De fato, como bem salienta Silvana Colombo, como decorrência do reconhecimento de suas soberanias, os Estados “buscam afirmar a [sua] jurisdição de forma exclusiva sobre um determinado território” (COLOMBO, 2012, p. 231).

Não obstante, a partir dos anos que se seguem ao Tratado da Paz de Westphalia, mais especificamente a partir da Revolução Francesa, as facetas interna e externa da soberania tomam trajetões em sentidos opostos. Se de um lado a

⁵⁴ Ferrajoli explica a existência de um estado de natureza entre os Estados soberanos valendo-se da citação de Hobbes: “A liberdade do Estado é a mesma que teria cada homem, se não houvesse leis civis e nem mesmo o Estado. E os efeitos também são os mesmos, pois, assim como entre os homens sem um senhor existe uma guerra perpétua... entre os Estados independentes entre si, cada Estado – e não cada homem – tem uma liberdade absoluta para fazer aquilo que julgará mais oportuno ao próprio interesse” (2007, p. 21-22).

soberania interna, no plano do direito estatal interno, experimenta um processo de progressiva limitação com a construção do Estado de Direito, a soberania externa, por outro, no plano do direito internacional, passa por uma gradual absolutização (FERRAJOLI, 2007, p. 27).

4.1.1 O Movimento de Limitação da Soberania Interna

Como visto, a noção de soberania interna como supremacia de poder dentro do território está atrelada a um modelo de estado absolutista monárquico no qual o poder, personificado na pessoa do soberano, não encontra qualquer limite ou restrição.

No entanto, os séculos que se seguem à Paz de Westphalia presenciam o enfraquecimento deste modelo e sua superação por um novo paradigma democrático-liberal.

Neste sentido, as conquistas democráticas e liberais que sucederam à eclosão do movimento iluminista alteram profundamente a estrutura de poder do Estado soberano, modificando não apenas a composição orgânica da entidade estatal, mas a própria natureza do poder por ele exercido.

Luigi Ferrajoli argumenta que “divisão dos poderes, princípio da legalidade e direitos fundamentais”, dentre outras limitações “correspondem (...), em última análise, a negação da soberania interna” tal como até então compreendida. Segundo o autor, as relações entre o Estado e os cidadãos deixa de ser propriamente uma relação de soberania, entre soberano e súdito, e passa a ser uma relação entre “dois sujeitos, ambos de soberania limitada”.

E complementa, afirmando que o advento dos novos sistemas parlamentares, aliado à consolidação do princípio da legalidade, “modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais”.

Conclui, por fim, que “sob esse aspecto, o modelo do estado de direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania”, pelo menos no que toca àquela soberania interna na qual o soberano encontrava-se isento de qualquer sujeição ou limitação (FERRAJOLI, 2007, p. 28).

Lucas de Melo Prado ressalta que, com o Estado de Direito, a soberania interna sofre o seu “primeiro grande baque”, já que o poder soberano, que até então encontrava-se “acima de tudo e de todos”, passa a estar submetido ao império da lei e à forma legal (PRADO, 2012, p. 96). Há, em realidade, como aponta Ferrajoli, um deslocamento da titularidade da soberania, que se reafirma politicamente sobre uma nova feição de soberania nacional ou soberania popular (FERRAJOLI, 2007, p, 29).

No entanto, e em que pese o desenvolvimento do Estado de Direito signifique o fim da soberania como poder irrestrito e ilimitado, a ascensão do princípio juspositivista do primado da lei, vinculado à afirmação da onipotência do legislador e do parlamento como órgão pelo qual se manifesta a soberania popular, representa a manutenção de um resíduo de absolutismo no reconhecimento do Estado como única fonte do Direito (FERRAJOLI 2007, p. 31-32).

Não obstante, até este resíduo se esvanece com a emergência do constitucionalismo e do Estado Constitucional de Direito, no qual o exercício do poder político passa a estar sujeito não apenas à lei, mas também aos princípios jurídicos básicos inseridos nas cartas constitucionais, ao princípio democrata e aos direitos fundamentais (PRADO, 2012, p. 96-97).

Na mesma linha, pode-se afirmar que esta nova concepção de Estado procura “conter a onipotência do Estado, mediante, por um lado, a fixação de normas para a exteriorização de sua vontade e por outro, mediante o reconhecimento de direitos individuais garantidos (...) que adquirem o caráter de imutáveis” (OCAMPO, 2009, p. 57).

Denise Neves Abade, sobre esta subordinação do legislador aos limites constitucionais, afirma que, a partir de uma constitucionalização do direito, o poder legislativo passa a ter um dever de “atuar em conformidade com a Constituição, o que limita sua liberdade de conformação na elaboração normativa” (ABADE, 2013, p. 77).

Neste sentido, Ferrajoli afirma que “com a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos, o modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se no modelo do estado constitucional de direito”, dissolvendo-se a ideia de soberania como “*potestas absoluta*”, pois, no antigo sentido do termo, nem mesmo o povo pode ser considerado soberano, já que a garantia dos direitos fundamentais como limite à vontade majoritária passa a figurar como traço característico do novo modelo estatal (FERRAJOLI, 2007, p. 33).

E conclui que, neste contexto, não mais existe nenhum soberano, já que a soberania seria a negação do direito e o direito a negação da soberania, a menos que se entenda, em um “puro artifício retórico”, como soberana “a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos” (FERRAJOLI, 2007, p. 44). Até porque, como exposto por Vera Karam de Chueiri e Miguel Godoy, a constituição, “como expressão das conquistas históricas e (...) como garantidora de direitos e liberdades do sujeito”, se opõe a qualquer concepção pautada em poderes ilimitados, independentemente de quem seja o seu titular, “estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder”.

Assim, da mesma forma que “imporia limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei”, a constituição também impõe “limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 167).

4.1.2 A Parábola da Absolutização da Soberania Externa

Paralelamente ao movimento de limitação da soberania interna, conduzido pela transposição de um modelo estatal absolutista para um modelo de Estado de Direito e, posteriormente, de Estado Constitucional de Direito, a soberania externa dos Estados soberanos percorre um trajeto que se inicia em sentido oposto, qual seja, o da sua absolutização.

Trata-se, em realidade, de um movimento que tomará um trajeto em parábola, caminhando inicialmente no sentido de sua absolutização e, posteriormente, no de sua limitação e subordinação a forças externas.

Não obstante, em que pese as direções tomadas pelas ideias de soberania interna e soberania externa sejam, inicialmente, contrárias, é justamente a limitação da soberania interna que impulsiona a soberania externa rumo à sua absolutização.

Ferrajoli explica que os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos. De fato, enquanto internamente o Estado se autolimita através da criação de um complexo sistema jurídico fundado na separação de poderes, na sujeição do soberano à lei e nos direitos fundamentais, “liberta-se definitivamente, nas relações

externas com os demais Estados, de qualquer vínculo e freio jurídico”.

Efetivamente, “quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados (...) a soberania externa”. De fato, “quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade auto-suficiente, identificando-se com o direito mas, ao mesmo tempo, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado e *legibus solutus*”, ou seja, livre da obediência a qualquer norma (FERRAJOLI, 2007. p. 34-35).

Complementa o autor afirmando que a associação juspositivista entre Estado e Direito configura o primeiro como um sistema jurídico fechado e autossuficiente, fazendo com que o monopólio da força por ele exercido seja afirmado não apenas internamente, mas também externamente, “onde se resolve numa livre concorrência entre monopólios igualmente exclusivos, e, enfim, no domínio do mais forte”. Como consequência, percebe-se, de um lado, a própria negação da existência de um direito internacional e, de outro, “o espírito de potência e a vocação expansionista e destrutiva que animam tal paradigma”, que tem como um de seus corolários a exaltação da guerra e do colonialismo (FERRAJOLI, 2007, p. 36-38), e que culmina nas duas grandes guerras mundiais (PRADO, 2012, p. 101).

Este movimento de absolutização da soberania externa atinge, entre 1914 e 1945, seu máximo fulgor e o início do seu declínio (FERRAJOLI, 2007, p. 39). Com o fim da segunda grande guerra e a reconfiguração do Direito Internacional, este espectro da soberania adentra um inverso processo no sentido de sua relativização.

André de Carvalho Ramos explica que com a queda, no segundo pós-guerra, dos modelos nazista e fascista, assiste-se a uma superação da predominância estritamente positivista nacionalista dos direitos humanos. O legado deste paradigma foi a reconstrução dos direitos humanos sob uma ótica de sua titularidade universal e proteção internacional, ante a percepção de que a atribuição de sua tutela ao domínio reservado dos Estados havia possibilitado as barbáries da segunda guerra, notadamente as praticadas pelo nacional socialismo alemão.

Segundo o autor, “a soberania dos Estados foi, lentamente, sendo reconfigurada, aceitando-se que a proteção dos direitos humanos era um tema internacional e não meramente um tema da jurisdição local” (RAMOS, 2013, p. 58-59).

Com a Carta da Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direito

Humanos, funda-se uma ordem civil no plano internacional, superando o até então existente estado de natureza entre os Estados e subordinando jurídica e politicamente as soberanias estatais a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.

E, com o reconhecimento da cogência deste novo direito internacional, corrói-se o paradigma de Westphalia e esvai-se qualquer pretensão de afirmação de uma soberania como absoluta independência externa (FERRAJOLI, 2007, p. 39-41).

Neste sentido, não apenas a Carta das Nações Unidas reconhece como propósitos e princípios da nova ordem a manutenção da paz e a promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a todos indistintamente, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” podendo igualmente “invocar os direitos e as liberdades proclamados” naquela declaração. De fato, as normas contidas nestes documentos, bem como aquelas contidas em documentos posteriores, são normas “significativamente limitadoras da soberania externa estatal”, já que reconhecem a existência de direitos inerentes aos seres humanos e cuja juridicidade independe de norma interna que os afirme, bem como que vinculam os Estados aos padrões internacionais mínimos de proteção destes direitos (PRADO, 2012, p. 102).

Não há que se falar, no entanto, em dissolução da soberania estatal. Inicialmente, porque a própria Carta das Nações Unidas assenta-se sobre os princípios da “igualdade soberana”⁵⁵ entre seus Estados membros e da não intervenção “em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado” membro. Além disto, é preciso reconhecer que a própria criação dos organismos internacionais e a celebração de tratados internacionais é nítida manifestação da soberania estatal, ou seja, “do poder de se autodeterminar e da sua independência internacional”, pois apenas Estados soberanos podem praticar atos de tal natureza (LASCALA, 2011, p. 92).

Assim, contrariamente à visão de dissolução da soberania, tal como defendida por Ferrajoli, há de se falar em uma relativização da soberania (LASCALA, 2011, p. 92), ou seja, em uma soberania limitada e vinculada às normas de Direito Internacional, sobretudo àquelas de proteção dos direitos, liberdades e garantias

⁵⁵ Apesar do texto contido no Decreto 19.841/45 fazer referência a “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros”, no texto original em inglês da Carta lê-se “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”.

fundamentais do homem. “A soberania permanece, contudo, mais restringida do que outrora” (COLOMBO, 2012, p. 240).

Em verdade, a noção de soberania mantém-se tanto no plano interno quanto no plano externo. Trata-se de uma nova visão acerca da soberania, coadunada com o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos, que em seus novos contornos resulta na excepcional submissão do Estado e do ordenamento jurídico estatal a limites em ambos estes planos, com especial relevância para a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais que dela derivam (ZISMAN, 2009, p. 49).

Tanto que, conforme explica Fábio Ramazzini Bechara, esta relativização da soberania não subtrai dos Estados a autonomia e a capacidade de autodeterminação consistentes na possibilidade de realizar, por meio de seus órgãos nacionais, um controle interno sobre os atos praticados por autoridades estrangeiras antes de reconhecer-lhes validade no seio de procedimentos cooperacionais. A ausência desta capacidade de controle interno representaria violação ou até mesmo negação da soberania estatal (BECHARA, 2011, p. 135).

Neste contexto, a preservação da soberania, compreendida como “capacidade exclusiva do Estado de autodeterminação e autovinculação jurídica” (BECHARA, 2011, p. 131) e de controle interno de atos proferidos por autoridades estrangeiras, apresenta forte relação com a noção de ordem pública.

4.2 ORDEM PÚBLICA

O instituto da ordem pública, em que pese se trate de figura tradicional do Direito Internacional, traz grandes dificuldades no que se refere a sua compreensão e conceituação. Apesar disto, Solange Mendes de Souza afirma que da análise de seus contornos é possível afirmar a existência de um “núcleo constante” do instituto, representado por sua função de limite (SOUZA, 2001, p. 68). Explica a autora que a ordem pública é “uma barreira que protege o essencial para uma dada cultura, seja no plano social, político, econômico ou jurídico”, conferindo-lhe imutabilidade face a normas nacionais ou internacionais (SOUZA, 2001, p. 72).

A ordem pública, assim, não pode ser confundida com o “mero conjunto de

leis existentes em determinado país”, devendo, ao contrário, ser compreendida como aquele núcleo essencial que “revela [o] sentido principiológico pretendido por determinada ordem jurídica” (ARAUJO, 2010, p. 68).

Jacob Dolinger explica que não há que se falar em “leis de ordem pública”, pois a ordem pública não é imanente a determinadas normas jurídicas, mas, sendo exógena a estas (DOLINGER, 2009, p. 403), refere-se à proteção das “concepções fundamentais” e dos “princípios sócio-políticos” de cada Estado (DOLINGER, 2009, p. 395).

O mesmo autor leciona que o conceito de ordem pública pode ser fragmentado em três perspectivas ou níveis de funcionamento: ordem pública interna, ordem pública internacional e ordem pública universal.

Sob a perspectiva interna, ordem pública diria respeito àquelas “normas e princípios cogentes no ordenamento nacional, que, por força do atributo da imperatividade, não podem ser afastadas pela vontade das partes” (ARAUJO, 2010, p. 68). No mesmo sentido, Denise Neves Abade coloca que, neste prisma, a ordem pública corresponde ao impedimento de que “a autonomia da vontade das partes possa violar normas essenciais do ordenamento doméstico” (ABADE, 2013, p. 102), tidas como inafastáveis em razão do seu grau de centralidade e essencialidade no ordenamento jurídico.

Assim, a ordem pública, em seu primeiro nível, atua no sentido de garantir a imperatividade de determinadas regras jurídicas e impedir sua derrogação pela vontade particular (DOLINGER, 2009, p. 406).

Sob sua perspectiva universal, à qual Dolinger também se refere por “terceiro nível da intervenção da ordem pública” (DOLINGER, 2009, p. 407), a ordem pública representaria “o respeito pela ordem pública de outros povos” que implica, com base na aceitação da existência de um padrão de moralidade, equidade, igualdade e segurança adquirido entre os Estados, no reconhecimento dos direitos adquiridos no exterior (ARAUJO, 2010, p. 68).

No entanto, é sob sua perspectiva denominada de internacional que a ordem pública adquire relevância para o presente trabalho. Isto porque, neste seu segundo nível, diz respeito aos obstáculos “à aplicação do Direito Estrangeiro e seus derivados” (ABADE, 2013, p. 102) no território de determinado Estado. Neste sentido, a ordem pública atua como limite impeditivo à aplicação da lei estrangeira, ao cumprimento de tratados, à prestação de cooperação jurídica internacional, à

execução de sentenças estrangeiras e ao reconhecimento de atos realizados no exterior quando qualquer um destes for contrário àquilo que há de essencial no ordenamento jurídico local (SOUZA, 2001, p, 71).

Neste contexto, relevante é a observação de André de Carvalho Ramos no sentido de que a cooperação jurídica internacional se trata de forma indireta de aplicação do direito estrangeiro, pois, “ao aceitar colaborar com um ato oriundo da jurisdição estrangeira, aplica-se, por via indireta, o direito estrangeiro que embasou a edição de tal ato” (RAMOS, 2013, p. 627).

A ordem pública internacional, conforme a lição de Dolinger:

deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional, por meio de um sistema que garanta a continuidade do comércio internacional e a segurança nas relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados (DOLINGER, 2009, p. 440).

Representa, assim, o “conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição” (CASELLA, 2003, p. 568), sobrepondo-se, assim, a quaisquer outros, afastando a aplicabilidade e os efeitos de normas e atos produzidos sob o direito estrangeiro. Trata-se, portanto, de verdadeira “exceção” que pode ser oposta à aplicação do direito estrangeiro sempre e quando se estiver diante de conflito entre este e os “princípios fundamentais do foro” (VASCONCELOS, 2010, p. 224), e que tem por fundamento o imperativo de respeito às diretrizes e parâmetros que fundamentam o ordenamento jurídico de cada Estado, bem como a pretensão de preservação dos valores fundamentais que o sustentam (BECHARA, 2011, p. 136-137).

Trata-se, assim, de um “conceito jurídico indeterminado que protege os valores fundamentais de um Estado em um momento histórico”, sendo seu conteúdo substancial variável ao longo do tempo e de Estado para Estado (ABADE, 2013, p. 100).

Em verdade, como exposto por Raphael Carvalho de Vasconcelos, esta “instabilidade conceitual” (VASCONCELOS, 2010, p. 219) e “relatividade tempo-espacial” (VASCONCELOS, 2010, p. 226) é, inclusive, apontada como a maior de

suas características, não recaindo dúvidas, no entanto, sobre sua incontestada existência e oponibilidade como exceção à aplicação da lei estrangeira, mas tão somente sobre a definição de seu conteúdo e substância (VASCONCELOS, 2010, p. 222).

Não obstante esta sua indeterminação e variabilidade, pode-se afirmar que a ordem pública abrange aquelas normas que estabelecem os princípios fundamentais indispensáveis à manutenção da integralidade e individualidade do ordenamento jurídico, e que, portanto, adquirem uma condição de inafastabilidade e irrevogabilidade (BECHARA, 2011, p. 138).

Neste sentido, ainda que seja questionável a abrangência contida no artigo 4º do Código de Direito Internacional Privado, que dispõe serem de ordem pública os preceitos constitucionais, é certo que o são, ao menos, aquelas normas consideradas materialmente constitucionais, dentre as quais se encontram as disposições relativas a organização e estrutura do Estado e aos direitos e garantias fundamentais.

Denise Neves Abade, nesta linha, salienta que “os direitos fundamentais impregnam também o conceito de ordem pública”, tendo em vista ser forçoso reconhecer que entre os valores fundantes do Estado e que informam o conteúdo do instituto está a proteção dos direitos fundamentais (ABADE, 2013, p. 104).

De fato, reconhecendo-se a centralidade exercida pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, e partindo da premissa de que a ordem pública representa a intangibilidade das “bases fundamentais do organismo político” (CERVINI, 2000, p. 120), inevitável é a vinculação da essência desta à doutrina de proteção do ser humano. Até porque, a “estrutura eminentemente principiológica dos direitos humanos” fundamentais, somada à sua abertura conceitual, possibilita uma perfeita adequação e aplicação deste “feixe de valores” como núcleo essencial da ordem pública internacional, sem que isto implique no risco de, com isto, promover-se um engessamento conceitual desta (VASCONCELOS, 2010, p. 230). Nesta linha, Nadia de Araujo assevera que, diante de seu caráter indeterminado e mutável, a definição da ordem pública só pode ser atingida “pela ótica dos direitos humanos”.

Neste sentido, afirma que sua noção é composta pelos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e pelos direitos humanos abrigados nos tratados internacionais (ARAUJO, 2011, p. 24).

Efetivamente, é na “primazia da proteção do indivíduo” que deve assentar-

se o conteúdo nuclear da reserva da ordem pública (VASCONCELOS, 2010, p. 235). Neste mesmo sentido, Nadia de Araujo afirma que, uma vez reconhecidos como tais, os direitos fundamentais devem ter a sua adoção e aplicação nos ordenamentos jurídicos assegurada. Afirma a autora que “a proteção da pessoa humana é hoje o objetivo precípua de todo ordenamento jurídico”, do que se pode extrair que “os direitos fundamentais do indivíduo” estão compreendidos no “conjunto de princípios gerais de base” do sistema jurídico que representa a ordem pública (ARAUJO, 2011, p. 14-16).

Esta imbricação entre os conceitos de ordem pública, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, ademais, pode ser extraído da redação dos novéis artigos 216-F e 216-P do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que dispõem que não serão homologadas as sentenças estrangeiras e nem concedido *exequatur* às cartas rogatórias que ofenderem “a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”. Nesta linha, em que pese tais dispositivos se refiram à dignidade da pessoa humana e à ordem pública como figuras independentes, pois realmente o são, deles se extrai a profunda relação existente entre elas, do que se pode concluir, como já afirmado, que a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais, vistos que indissociáveis dela, são parte integrante da noção de ordem pública, ocupando nela, inclusive, posição de centralidade.

Cumprir destacar a plena aplicabilidade da exceção da ordem pública aos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal como fundamento para a denegação da assistência pleiteada. Isto porque, não bastasse sua previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁶ e em diversos tratados internacionais, bem como a afirmação constitucional da independência nacional e da prevalência dos direitos humanos como princípios reitores da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, “nenhuma instância interna ou de solidariedade internacional resulta legítima se atenta, ainda que seja levemente, contra as bases jurídicas nas quais se embasam os interesses gerais do Estado” (CERVINI, 2000, p. 121).

Efetivamente, a exceção da ordem pública pode e deve ser invocada como fundamento para que se faça “valer os direitos fundamentais” nas relações cooperacionais (ABADE, 2013, p. 107), tendo como tarefa “assegurar que as decisões

⁵⁶ “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

do Judiciário brasileiro em matéria de Cooperação Jurídica Internacional respeitem os fundamentos e princípios que norteiam a ordem jurídica, moral e social” do Estado brasileiro (ARAUJO, 2010, p. 71), até porque estes se apresentam como verdadeiros limites à atuação estatal, seja nos seus atos exclusivamente internos, seja nos seus atos de relevo internacional.

Ademais, há de se ressaltar que, conforme exposto por Raphael Carvalho Vasconcelos, a incidência da ordem pública sobre os atos de cooperação jurídica internacional possui caráter obrigatório e vinculado, tendo em vista o “dever (...) que tem o julgador de preservar os preceitos fundamentais” que estruturam o sistema local (VASCONCELOS, 2010, p. 226).

Sobre esta incidência obrigatória das normas que integram o conteúdo da ordem pública sobre os atos de cooperação, Solange Mendes de Souza afirma que “as normas constitucionais que dão contorno ao devido processo penal (...) são de ordem pública internacional e, portanto, condicionam a atuação cooperacional jurídica penal” (SOUZA, 2001, p. 75).

Neste sentido, o que se percebe é que a atuação estatal em procedimentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal está condicionada à observância das normas fundamentais do ordenamento jurídico local, que integram a noção de ordem pública e dentre as quais se destacam as normas relativas aos direitos fundamentais. Desta forma, não é dado ao Estado, ainda que com base em tratado ou outro documento internacional, agir em desconformidade com os preceitos elementares de seu próprio ordenamento jurídico, aos quais está vinculado.

Solange Mendes de Souza exemplifica esta vinculação da ação estatal em matéria cooperacional aos direitos fundamentais estabelecidos internamente:

um Estado pede ao Brasil (...) que se proceda a uma escuta telefônica, destinada a investigar crime de tráfico internacional de entorpecentes. A quebra não foi determinada por órgão judiciário, porque desnecessária no Estado requerente, e esta providência também não vem requerida a um juiz nacional. A recusa na prestação de auxílio estaria fundamentada na ordem pública uma vez que o direito de sigilo nas telecomunicações tem sede constitucional (SOUZA, 2001, p. 73).

E, mais do que mero direito com sede constitucional, o sigilo das comunicações trata-se de verdadeiro direito fundamental, já que representa forma de concretização do direito fundamental à intimidade e à vida privada, integrando, ambos, o conjunto de normas que informam o conteúdo da ordem pública internacional.

O que se denota é que o instituto da ordem pública sob seu viés internacional, imbuído em seu conteúdo dos direitos e garantias fundamentais como valores supremos e inderrogáveis do ordenamento jurídico, atua como limite à soberania do Estado, tanto interna quanto externa. Assim, a atuação estatal está sempre condicionada à observância e ao respeito dos direitos e garantias fundamentais, que incidem inclusive sobre os atos de cooperação jurídica internacional.

4.3 REFORMULAÇÃO CONCEITUAL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Seguindo a linha tradicional sobre o tema, Denise Neves Abade define a cooperação jurídica internacional como “o conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais e processuais que interessem à jurisdição estrangeira” (ABADE, 2013, p. 27)

Nadia de Araujo, por sua vez, define-a como "o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado" (ARAUJO, 2012, p. 34-35).

Trata-se, assim, de um conjunto de medidas que se concretizam quando o aparato de um Estado, que não possui poder de império para além das fronteiras do seu próprio território, recorre ao auxílio de outro Estado para que este, dentro da sua esfera de autoridade, as realize por meio do exercício regular de suas atividades administrativas ou judiciais. Assim, diz respeito a “toda aquela atividade de natureza processual realizada em um Estado a serviço de um processo iniciado ou a iniciar-se ante uma estranha jurisdição” (CERVINI, 2000, p. 52).

Nas situações em que estas medidas sejam desenvolvidas no interesse de um processo de natureza penal, falar-se-á em cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Raúl Cervini, na tentativa de uma reformulação conceitual daquilo que chama de “cooperação judicial penal internacional”, afirma que esta pode ser entendida como o

conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseca do auxílio requerido (CERVINI, 2000, p. 51).

Tal conceito, importante perceber, mostra-se excessivamente restritivo, pois restrito é, também, o seu objeto de conceituação: a cooperação judicial penal internacional. Assim, a definição proposta por Raúl Cervini se limita à cooperação jurídica internacional em matéria penal, bem como a medidas de natureza judicial, excluindo, assim, de seu campo, todas aquelas de natureza diversa, como civis ou administrativas, bem como o auxílio prestado por órgãos não judiciais.

A primeira limitação não se faz problemática para o objeto deste trabalho, já a segunda, sim.

Esta é a razão que leva à preferência pela expressão "cooperação jurídica" em detrimento das expressões "cooperação jurisdicional", "cooperação judicial" ou "cooperação judiciária", eis que a primeira seria mais ampla e abrangeria também a cooperação realizada entre órgãos não judiciais, como órgãos administrativos ou investigatórios (BECHARA, 2011, p. 43).

Neste mesmo sentido, Denise Neves Abade, sem perder de vista os benefícios que a adoção de uma terminologia internacionalmente uniforme poderia trazer, afirma que “ao menos em língua portuguesa, a designação mais correta para o auxílio recíproco entre Estados para a realização de atos pré-processuais e processuais que interessem à jurisdição estrangeira é cooperação jurídica”, justamente em razão de sua maior abrangência (ABADE, 2013, p. 30).

Não parece relevante, no entanto, qualquer distinção entre cooperação, auxílio, entreatuda, ajuda ou assistência.

Em que pese esta sua limitação à cooperação prestada por órgãos jurisdicionais, o reformulado conceito proposto por Raúl Cervini tem como grande mérito a inclusão de um novo elemento à estrutura dos processos cooperacionais, qual seja o seu desenvolvimento dentro de um estrito marco de garantias.

Com isso, supera a visão estritamente interestatal da assistência internacional, introduzindo, para além dos Estados envolvidos, um terceiro sujeito desta relação: o concernido, ou seja, o indivíduo concreto titular dos direitos eventualmente atingidos no cumprimento dos atos cooperacionais.

Sobre este ponto, Sandro Brescovit Trotta afirma que as questões relativas à proteção do indivíduo potencialmente afetado pelas medidas de auxílio interestatal não se desenvolveram em velocidade semelhante à de outras temáticas inerentes à cooperação jurídica internacional, sendo indispensável e absolutamente relevante, portanto, um profundo giro de postura em relação à posição do concernido nestes procedimentos (TROTТА, 2013, p. 31).

Para este autor, deve ser superada a clássica concepção jusprivativista que via nos Estados os únicos sujeitos do intercâmbio internacional de atos processuais, “não atribuindo qualquer censo de valor (...) [aos] cidadãos atingidos por estas medidas”. Assim, independentemente de seu caráter predominantemente estatal, não se pode ignorar a presença do indivíduo como terceiro sujeito destas relações, bem como da necessidade de tutela de seus direitos, tendo em vista tratar-se do destinatário final de todo o trânsito jurídico (TROTТА, 2013, p. 31-32).

Na mesma linha é a lição de Raúl Cervini, para quem deve ser afirmada a “legitimação dos sujeitos eventualmente afetados por medidas de cooperação judicial penal internacional para intervir processualmente no decurso dessas instâncias”. Salaria que não se trata, no entanto, tão somente do reconhecimento do concernido como possuidor de uma legitimidade ativa para promover a entreajuda, estendendo-se essa legitimação como a afirmação da sua condição de sujeito passivo nos pleitos assistenciais, o que o dota da “garantia da utilização de todos os meios lícitamente admitidos para o exercício pleno de sua defesa” (CERVINI, 2000, p. 74).

Ada Pellegrini Grinover afirma que o enfoque dado à cooperação jurídica internacional em matéria penal vem percorrendo um curso de transformações que abandona a clássica asserção de que os atos de auxílio interestatal são realizados tão somente em benefício dos interesses dos Estados envolvidos e que imprime uma “visão bidimensional” à matéria, na qual o concernido figura como mero sujeito passivo, ou quiçá como mero objeto do pedido de assistência. Abandonando esta visão, ingressa-se em um novo cenário, caracterizado pelo reconhecimento de uma “dimensão trilateral, em que o indivíduo é sujeito de direitos, tutelado pelas normas internacionais e pelas garantias constitucionais e legais” vigentes (GRINOVER, 1995,

p. 43).

Segundo a autora, esta nova perspectiva sobre a posição do indivíduo acusado ou suspeito encontra “sólido embasamento nos esquemas processuais”. Isto porque, independentemente da cooperação jurídica ser realizada, e formalizar-se no Estado requerido, por meio de um processo judicial ou um processo administrativo, é inconteste na moderna doutrina processual que qualquer processo, sobretudo quando traga consigo a iminência da afetação de direitos fundamentais, como é o caso dos mecanismos de assistência internacional em matéria penal, só pode se desenvolver em contraditório, e, como ressalta a autora, “o contraditório há de ser estabelecido entre os sujeitos da relação jurídica processual: juiz, demandante e demandado”.

Assim, a visão bilateral da relação cooperacional, que coloca em cena tão somente o Estado requerente como demandante e o Estado requerido como julgador, é incompatível com o fenômeno processual, que é avesso a esta “relação processual linear”, uma vez que “a angularização da relação processual” é traço essencial à própria existência de um verdadeiro processo.

E explica que, dentro do esquema processual, não há dúvidas de que o contraditório deve se estabelecer entre as partes ativa e passiva da relação: aquele que formula o pedido, no caso o Estado requerente, e aqueles em face de quem o provimento é solicitado, o Estado requerido e o sujeito concernido. Complementa a autora no sentido de que, da mesma forma como ocorre em qualquer processo em contraditório, “as posições das partes estarão cercadas de todas as garantias do *due process of law*”. Não haveria, assim, qualquer possibilidade de se considerar o concernido como “mero objeto do processo” e não como parte da relação processual (GRINOVER, 1995, p. 44-45).

Conclui, assim, que, independentemente de tratar-se a cooperação jurídica internacional como atividade jurisdicional ou como atividade administrativa, por a atividade estatal nela realizada incidir sobre direitos fundamentais do indivíduo, deve ela atender às formas processuais que impõem a necessária tridimensionalidade da relação processual e a observância das garantias do *due process of law* (GRINOVER, 1995, p. 46).

Raúl Cervini, nesta linha, afirma que a legitimidade do sujeito concernido para intervir nos atos de entreaajuda interestatal está determinada justamente pela possibilidade de ter seus direitos atingidos de forma negativa em decorrência da execução das medidas assistenciais (CERVINI, 2000, p. 75). Assim, seria a partir do

reconhecimento de que os atos de cooperação, em todos os seus níveis, atingem direta ou indiretamente a esfera jurídica daquelas pessoas por eles concretamente alcançadas, provocando, por vezes, danos irreparáveis a seus direitos, que o concernido deve aparecer como terceiro sujeito dentro da relação cooperacional, legitimado a intervir em nome da defesa de seus interesses “no jogo da ajuda recíproca entre Estados”.

A cooperação jurídica internacional em matéria penal, assim, deixa de ser vista como exclusivo “assunto ou razão de Estado”, e, incluindo o concernido em seu bojo, transmuta-se em “uma matéria que lhe concerne diretamente, na medida em que se atinjam seus direitos e na qual deve-se-lhe reconhecer legitimação para aspirar sua tutela”. Para o autor, a legitimidade do concernido para promover a defesa de seus direitos deve efetivar-se “em um plano de absoluta paridade” com os demais interesses envolvidos na entreajuda interestatal (CERVINI, 2000, p. 74-75).

Diante de tudo isto, o autor conclui afirmando que deve ser rejeitada a tese de que a cooperação jurídica internacional em matéria penal é “meramente uma questão entre Estados”, acolhendo-se, contrariamente, uma concepção que a afirma como uma relação entre Estado requerente, Estado requerido e a pessoa concernida, aquela “cujos direitos e garantias possam-se ver afetados pela diligência solicitada”, do que se extrai que esta deve ser dotada de “legitimação para comparecer e defender plenamente seus direitos em tais procedimentos” (CERVINI, 2000, p. 81-82).

Diante disto, sob a “perspectiva de um moderno direito de cooperação penal internacional” que propugna por uma “análise integrada e garantista destes institutos”, a reformulada entreajuda penal deve assumir “uma fisionomia (...) que engloba mutuamente eficácia na assistência, respeito às soberanias envolvidas e garantia dos indivíduos”, a qual “não implica, necessariamente, [em] atravancar o fluxo dos atos cooperacionais, senão legitimá-los no pleno exercício das garantias dos concernidos” (CERVINI, 2000, p. 84-85).

Este giro de enfoque, que supera a ultrapassada visão bidimensional dos atos de cooperação, põe em tônica a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana do concernido, cuja condição de sujeito é resgatada por meio da rejeição da tese que o diminui a uma posição de objeto do pedido, conformando as regras nacionais e internacionais de assistência interestatal aos mandamentos oriundos deste valor primordial (GRINOVER, 1995, p. 47).

Até porque, é “imprescindível denotar a relevância do respeito ao sujeito

submetido aos atos de cooperação como garantia do homem diante do poder de punir, que é a base do Direito Penal liberal” (TROTТА, 2013, p. 31-32).

Segundo Raúl Cervini, esta reformulação do instituto pauta-se no reconhecimento de que a cooperação jurídica internacional se trata de uma “interação processual-funcional” entre estruturas jurídicas⁵⁷ de diferentes Estados. Com isto, notadamente a qualificação da cooperação como funcional, quer referir-se ao imprescindível equilíbrio jurídico-instrumental que deve existir entre a assistência prestada, em seus diversos níveis, e as garantias individuais dos concernidos.

De fato, é neste “frágil equilíbrio dinâmico” entre a eficiência da prestação assistencial, permitindo um trânsito cooperacional fluído, e os direitos e garantias dos indivíduos atingidos que se encontra o fiel legitimador da moderna cooperação jurídica internacional em matéria penal, “a qual deve ser concebida frente a um Direito de raiz antropocêntrica e garantidor dos Direitos Humanos” e vinculada “à função legitimante do direito penal, (...) concebido a partir da concepção do pensamento garantista” (CERVINI, 200, p. 50-51).

Neste contexto, não há de se olvidar que, conforme alerta Simone Silva Prudêncio, “no Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como [o] maior interesse da prestação jurisdicional” (PRUDÊNCIO, 2010, p. 298).

Ademais, na qualidade de interação processual, a entreatajuda interestatal deve ser vista a partir de sua função essencialmente coadjuvante ao processo penal principal. Segundo Vladimir Aras, os instrumentos de cooperação possuem natureza jurídica de procedimento instrumental acessório da ação penal, já que visam a produção de atos cujos efeitos jurídicos são necessários para o adequado desenvolvimento desta.

Importante perceber, como salientado pelo autor, que, em decorrência desta sua natureza, estas medidas “estarão sujeitas aos mesmos princípios garantistas que regem, no território de cada um dos Estados cooperantes, o devido processo legal penal, com suporte na Constituição, nos códigos e nos tratados internacionais” (ARAS, 2010, p. 62-63).

Nesta linha, Ada Pellegrini Grinover afirma já estar devidamente fixada e amadurecida a noção de que os Estados, mas sobretudo o requerido, devem cercar

⁵⁷ Cervini faz referência a “estruturas jurisdicionais”, o que decorre da restrição de seu objeto de estudo à cooperação jurisdicional.

a cooperação jurídica internacional em matéria penal de todas as garantias processuais, conferindo ao sujeito concernido “todo o arsenal próprio do devido processo legal” estabelecido no regramento processual penal doméstico. Segundo a autora, é necessário que se apliquem, aos processos de assistência interestatal, garantias processuais “equiparáveis às que se dão no processo penal interno” (GRINOVER, 1995, p. 74-75).

Neste sentido, a cooperação jurídica internacional em matéria penal não deve ser vista apenas como ato político praticado no exercício das relações internacionais do Estado, mas como verdadeiro ato processual, sujeito, portanto, a todo o conjunto de garantias que rege esta espécie.

Mais do que isto, por se tratar de instituto que coloca face a face dois ordenamentos jurídicos distintos, formados, portanto, por conjuntos diversos de regras procedimentais e de garantia, os atos de cooperação devem ser realizados sob a premissa da observância de ambos os conjuntos de garantias do cidadão afetado. Tal resulta no que pode ser chamado de primazia da regra mais garantista.

Trata-se, em realidade, de pura aplicação do consagrado princípio *locus regit actum*, segundo o qual “na cooperação jurídica internacional, sempre será observado o Direito aplicável do País Requerido para [a] produção do ato requerido” (MORO, 2010, p. 27). Efetivamente, ao tramitar perante o Estado requerido, todos os pleitos cooperacionais tramitarão em conformidade com as regras materiais e processuais deste, inclusive quando conflitantes com o Direito do país requerente.

Neste sentido, Sergio Fernando Moro, valendo-se de referência ao instituto do afastamento do sigilo bancário, exemplifica: se no país requerente a medida está sujeita à reserva de jurisdição, ou seja, apenas pode ser determinada por membro do Poder Judiciário, mas não o é no Estado requerido, o pedido não será submetido e apreciado pela autoridade judicial deste, ainda que haja pedido neste sentido. Da mesma forma, caso inexista reserva de jurisdição no Estado requerente, mas esta esteja presente no ordenamento jurídico do país requerido, o pedido encaminhado será necessariamente submetido e apreciado pela autoridade judiciária, ainda que isto seja expressamente dispensado no requerimento.

Segundo o autor, nenhum dos Estados envolvidos pode pretender que o outro, desconsiderando a sua legislação interna, produza a prova segundo as regras processuais da nação requerente. Conclui, assim, no que tange à medida de afastamento do sigilo bancário, que “caso se pretenda obter documentos bancários

no Brasil a solicitação, caso acolhida, será submetida a juiz brasileiro, não importando se no País Requerido inexistir reserva de juiz para a produção de tal prova” (MORO, 2010, p. 28).

Neste mesmo sentido, Solange Mendes de Souza afirma que, no que toca ao cumprimento da medida solicitada, a lei aplicável é a da parte requerida (SOUZA, 2001, p. 142).

Assim, sempre que a lei do Estado requerido trazer exigência não contemplada pela legislação do Estado requerente, o cumprimento da medida solicitada estará condicionado ao cumprimento destas exigências, satisfazendo-se, assim, a primazia da regra mais garantista.

No entanto, tal também ocorrerá quando, em situação inversa, for o ordenamento do Estado requerente aquele que estabelece maiores exigências garantistas. Neste sentido, Sergio Fernando Moro aponta que, quando possível, o cumprimento destas garantias deve ser observado pelo próprio Estado requerente, antes mesmo do encaminhamento do pedido de cooperação.

Explica que:

se as regras do País Requerido são menos rigorosas em relação à medida requerida do que as regras do País Requerente, o próprio encaminhamento da solicitação ficaria sujeito ao atendimento prévio no País Requerente das exigências decorrentes de suas próprias regras (MORO, 2010, p. 30-31).

No caso tratado pelo autor, caso o levantamento do sigilo bancário estivesse sujeito à reserva de jurisdição tão somente no Estado requente, o encaminhamento da solicitação apenas seria possível após prévia autorização da autoridade judiciária local e do atendimento dos requisitos legais que seriam exigidos para a decretação de medida semelhante em um processo inteiramente doméstico. Nas palavras do autor, “tal exigência tem a vantagem de evitar que o princípio *locus regit actum* resulte em enfraquecimento da proteção dos direitos do acusado ou do investigado no País requerente” (MORO, 2010, p. 31).

Em conclusão semelhante, Solange Mendes de Souza coloca que “a lei aplicável na verificação da forma é a da parte requerente, e quanto ao cumprimento, é a da parte requerida” (SOUZA, 2001, p. 142).

Nesta linha, María Blanca Noodt Taquela afirma que, em que pese seja

possível afirmar a existência, no campo do direito internacional privado, de um princípio de prevalência das normas mais favoráveis ao atingimento das finalidades da cooperação, este princípio teria como limite o imperativo de respeito aos direitos de defesa dos indivíduos (TAQUELA, 2014, p. 23). No que diz respeito à assistência em matéria penal, portanto, este limite residiria no respeito aos direitos e garantias individuais fundamentais.

Até porque, o não cumprimento das regras exigidas pela legislação do Estado requerente poderia implicar na invalidade do ato praticado no exterior quando de sua repatriação, impossibilitando-se a produção de seus efeitos no bojo do processo principal e tornando-o, assim, completamente inútil, quando não provocando a própria nulidade do processo em que venha a ser utilizado.

Em realidade, a referida primazia da regra mais garantista pode ser tida como desdobramento do tradicional princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, importante princípio vetor da interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2013, p. 93).

Sobre tal princípio, André de Carvalho Ramos explica que este consolidou-se no campo do Direito Internacional a partir da proliferação de diplomas normativos, tanto internacionais quanto nacionais, versando sobre direitos humanos, o que agudizou a problemática envolvendo o conflito aparente entre estas normas protetivas.

Assim, com o fim de evitar que estas colisões fossem resolvidas através do emprego de regras que estabelecessem um menor nível de proteção ao indivíduo, solidificou-se o entendimento no sentido da prevalência da norma mais favorável a este.

Segundo o autor, o conteúdo de tal princípio pode ser expresso pela afirmação de que “nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional”, de forma que os aparentes conflitos entre estas normas devem sempre ser resolvidos por meio da utilização da norma mais favorável ao indivíduo, independentemente de sua fonte (RAMOS, 2013, p. 101).

Efetivamente, em que pese a origem deste princípio vincule-se à resolução de conflitos entre uma norma nacional e uma norma internacional ou entre duas normas internacionais, a ideia por ele veiculada, de uma primazia da norma mais favorável ao indivíduo em situações de conflitos normativos, pode, sem qualquer

embargo, ser aplicada também ao conflito, no campo da cooperação jurídica internacional, entre duas normas nacionais produzidas por Estados diferentes, o qual deve ser resolvido em favor da norma que ofereça maior proteção aos direitos individuais, no caso, a norma mais garantista.

Ada Pellegrini Grinover vai ainda mais longe. Para autora, uma vez consagrado o entendimento de que o Estado requerido deve aplicar, aos pedidos de cooperação, as mesmas regras de garantia material e processual aplicáveis aos procedimentos estritamente domésticos, sua evolução natural seria no sentido de que o Estado requerido passasse a aferir “se o processo penal foi igualmente dotado das mesmas garantias no Estado requerente” (GRINOVER, 1995, p. 74).

Segundo o seu entendimento:

O Estado requerido é responsável, com relação à pessoa que se encontra em seu território, não apenas pelo respeito às garantias processuais em seus próprios tribunais, mas também pela observância das garantias processuais no procedimento do Estado requerente. Sob pena de ter que recusar a cooperação internacional (GRINOVER, 1995, p. 74).

Apesar da referência expressa à “pessoa que se encontra em seu território”, esta exigência não incidiria apenas sobre a extradição, mas sobre toda e qualquer medida de cooperação a se realizar no território do Estado requerido em benefício de um processo de natureza penal em trâmite no Estado requerente, devendo aquele condicionar a prestação da assistência à verificação da regularidade do feito principal, segundo os parâmetros do seu próprio direito.

Tal postura, incompatível com a visão clássica de que o Estado requerido não poderia e nem deveria imiscuir-se no processo principal conduzido perante o Estado requerente, funda-se na percepção de que o país solicitado “é tão responsável (...) pela rigorosa observância dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais na cooperação” quanto o solicitante e que, ao prestar a assistência, “se torna responsável pelo tratamento processual e/ou substancial reservado ao indivíduo pelo Estado requerente, ainda que a violação vá ocorrer ou tenha ocorrido fora de sua esfera territorial”. Através deste entendimento, estende-se o controle da autoridade passiva da cooperação também às normas processuais e materiais da nação emitente da solicitação, efetivando-as, bem como possibilitando a incidência do primado da primazia da regra mais garantista (GRINOVER, 1995, p. 76-78).

4.4 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE A EFICIÊNCIA PROCESSUAL E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Dentre as questões que atualmente ganham relevo na seara processual penal, especial destaque deve ser dado à problemática envolvendo a cada vez mais intensa busca por procedimentos mais céleres e desburocratizados, fundada em pretensões de dotar o chamado “combate” ou “enfrentamento” da criminalidade de mecanismos mais eficiente e eficaz, seja no que toca à persecução penal propriamente dita, seja no que tange a pretensões de natureza diversa, como as que se referem ao confisco de bens do indivíduo suspeito, acusado ou condenado.

Em que pese uma série de esforços, pragmáticos e acadêmicos, tenham sido direcionados neste sentido, e ainda que seja inegável a necessidade de que estas pretensões se realizem da melhor forma possível, pouca relevância tem sido dada ao seu necessário contraponto: as garantias individuais.

Nesta linha, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que o real cerne desta questão se encontra na necessidade de se estabelecerem procedimentos céleres e eficazes sem que isto signifique prejuízo à segurança e às garantias do cidadão. Salieta, com referência à lição de Antonio Scarance Fernandes, a reconhecida dificuldade de se estabelecerem procedimentos que sejam, ao mesmo tempo, céleres e aptos a atingir uma decisão justa, tendo em vista que “a celeridade é necessária, mas a precipitação constitui um grande mal” (GOMES, 2005, p. 305).

Diante de tudo isto, Selma Pereira de Santana afirma que a questão penal, nela abrangido o processo penal, põe em destaque a tensão existente entre as pretensões de garantia e as de maior eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais (SANTANA, 2005, p. 253-254). Mario Chiavaro, sobre o tema, afirma a existência, no campo processual penal, de uma “constante tensão” entre, de um lado, a necessidade de proteção da sociedade e dos cidadãos em face do crime e, de outro, o imperativo de tutela dos direitos fundamentais de toda pessoa como tal, notadamente os direitos dos indivíduos suspeitos ou acusados da prática de uma conduta delituosa (CHIAVARO, 1994, p. 29).

Ada Pellegrini Grinover, focando a incidência desta tensão sobre o tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal, assevera que “dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, têm

emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal”. Segundo a autora, enquanto, de um lado, verifica-se “a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime” por meio de medidas que a dotem de maior eficiência e celeridade, de outro emerge “a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação em matéria penal” (GRINOVER, 1995, p. 42).

Não obstante, Fábio Ramazzini Bechara explica que não são verdadeiras as premissas que afirmam que as ideias de eficiência e garantismo são contrapostas, tampouco as que argumentam que a afirmação de uma implicaria obrigatoriamente a negação da outra. Pelo contrário, tratam-se de conceitos complementares e, não apenas não excludentes, mas interdependentes.

Neste sentido, há que se perceber que, em que pese possam eventualmente entrar em conflito, eficiência e garantismo, com seus focos respectivamente colocados na busca pelo resultado e na proteção de direitos, “estão alinhados e no mesmo plano de importância, de modo que o esforço pela busca do resultado deve ser pautado pelo respeito aos limites de proteção” (BECHARA, 2011, p. 32).

Diante disto, há de se reconhecer que a noção de eficiência aplicável ao direito e ao processo penal não pode ser compreendida pela simples transposição, ao Direito, deste conceito sob o seu prisma econômico, segundo o qual, a partir de uma análise da relação custo-resultado, um processo seria eficiente quando⁵⁸: a) não seja possível obter o mesmo resultado por meio de um custo menor, e b) não seja possível obter um melhor resultado mediante o mesmo custo (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 354). Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, nesta linha, aponta que a tentativa, promovida inicialmente por Richard Posner, de se afirmar que a norma seria justa quando promovesse a utilização mais eficiente dos recursos mostrou-se totalmente insatisfatória, sendo posteriormente abandonada por seu próprio idealizador (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 364).

Para o autor, a adoção desta concepção puramente econômica, de

⁵⁸ Fazendo referência a Robert Cooter, Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior coloca que “um processo de produção é eficiente quando: (a) não é possível gerar a mesma quantidade de produção com insumos de custo menores; ou (b) não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 354).

pretensa neutralidade ideológica, como vetor guia para a produção e aplicação do Direito, no que denomina de “eficientismo”, “desequilibra e deturpa o sistema principiológico constitucional”, em claro prejuízo ao regime democrático e aos direitos fundamentais (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 370).

Este autor, afastando-se diametralmente da Análise Econômica do Direito e criticando severamente sua pretensa neutralidade ideológica, afirma, assim, que a noção de eficiência, decorrente do “princípio constitucional da eficiência”, a ser empregada no Direito deve necessariamente afastar-se desta visão economicista, pois “nem sempre o que é mais eficiente é o mais adequado normativamente” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 364-365).

Em tempo, em que pese acertada a percepção de que a noção de eficiência no Direito, notadamente e sobretudo no campo do direito público, não deve ser vista tão somente sob as lentes de sua vertente econômica, há de se reconhecer que esta última pode, em certa medida, ser aplicada a este campo, se empregada com as devidas ressalvas e cautelas. Em especial, o emprego ao Direito do conceito de Ótimo de Pareto pode trazer significativas contribuições para um variado conjunto de discussões.

Como critério de eficiência, o modelo paretiano funda-se em dois conceitos: o Ótimo de Pareto e a Melhoria de Pareto. Por Melhoria de Pareto entende-se qualquer alteração de uma situação pré-existente que promova a melhoria das condições de ao menos uma pessoa sem que isso implique em prejuízo para nenhuma outra. A ideia implícita em tal assertiva é que a existência de um “incremento da situação de qualquer indivíduo sem implicar prejuízo a terceiros” sempre será eficiente, devendo, sempre que possível, ser adotada toda e qualquer medida que promova uma Melhoria de Pareto (DOMINGUES, 2011, p. 39).

Não se trata, no entanto, de aferir se a medida em análise promove um benefício global, no qual o benefício total auferido é superior ao prejuízo total causado. Pelo contrário, o critério da Melhoria de Pareto implica na inexistência de qualquer prejuízo, havendo, como consequência da medida tomada, apenas benefícios, ainda que a uma só pessoa.

Desta forma, se a uma situação de conflito entre interesses contrapostos fosse possível promover determinada alteração, legislativa, por exemplo, que trouxesse incremento à eficiência de um deles sem com isso interferir negativamente no outro, tal alteração poderia ser considerada um Melhoria de Pareto, ou seja, uma

modificação Pareto eficiente. Especificamente no que tange ao objeto do presente trabalho, seria considerada eficiente, sob o critério da Melhoria de Pareto, uma alteração legislativa que, sem suprimir ou diminuir os direitos do cidadão concernido, promovesse uma maior eficiência à tramitação de determinada espécie de ato de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Pode-se cogitar, nesta linha, como medida Pareto eficiente a substituição da tramitação de cartas rogatórias físicas pela sua tramitação digital.

Associado à noção de Melhoria de Pareto está o conceito de Ótimo de Pareto, que atua como indicador da eficiência de determinada situação. Estar-se-á diante deste quando não mais existir a possibilidade de alterar a situação pré-existente sem que isto acarrete algum prejuízo a pelo menos um dos interesses envolvidos. Nesta linha, Victor Hugo Domingues salienta que o Ótimo de Pareto é o “exato momento de equilíbrio” em que não existe mais a possibilidade de se produzir, por meio de qualquer ação, uma Melhoria de Pareto (DOMINGUES, 2011, p. 40-41).

Mas ressalta que, como advertido pelo próprio Pareto, a figura do Ótimo paretiano visa tão somente verificar a eficiência das situações existentes e a possibilidade de incremento sem custos desta eficiência, sem, contudo, implicar em qualquer juízo de valor sobre o *status quo* ou sobre as modificações produzidas. Além disto, destaca que, empregando-se tal metodologia, pode-se encontrar “inúmeras situações ótimas” dentro de um mesmo quadro fático.

O autor exemplifica afirmando que, em uma situação hipotética, na qual duas fazendas (A e B), compartilham um açude público que fornece 800.000 litros/mês de água, caso a fazenda A capte 600.000 litros/mês e a fazenda B capte 200.000 litros/mês, tal distribuição seria ótima, ainda que as necessidades de ambas as fazendas fossem idênticas. De fato, não havendo possibilidade de se alterar a situação pré-existente para promover melhoria a um dos interesses envolvidos sem acarretar prejuízo ao outro, está caracterizada uma situação Pareto eficiente.

Da mesma forma, caso a captação de água fosse igual entre as Fazendas, na medida de 400.000 litros/mês por fazenda, também se estaria diante de uma situação ótima, o que também ocorreria caso uma das fazendas captasse todos os 800.000 litros/mês, pois, como salienta o autor, “a concentração de recursos nas mãos de um único agente também pode ser ótima no sentido de Pareto”, muito embora tal forma de distribuição não atenda a parâmetros mínimos de justiça e equidade (DOMINGUES, 2011, p. 41).

Assim, determinado regramento processual que fixe regras exclusivamente voltadas à tutela dos interesses da acusação ou da defesa pode, eventualmente, ser considerado ótimo sob a perspectiva paretiana, por não admitir nenhuma alteração que promova uma Melhoria de Pareto, sendo, no entanto, inaceitável sob diversos outros pontos de vista.

Desta feita, ambas as noções, Melhoria de Pareto e Ótimo de Pareto, podem ser empregadas às questões de direito público, desde que temperadas por outros critérios que impeçam a adoção de medidas eficientes sob um ponto de vista estritamente econômicos, mas que ignorem os valores fundamentais sobre o qual se assenta o ordenamento jurídico.

Nesta linha, deve-se perceber que, nesta sua noção estritamente econômica, “eficiência é uma ideia muito próxima à de economicidade”, ou seja, um ideal voltado tão somente a “atingir os objetivos”, o que deve ser feito “do modo mais simples, mais rápido, mais econômico, elevando a relação custo/benefício” (BITTENCOURT, 2011, p.32). E, assim sendo, trata-se de um conceito alheio a qualquer juízo de valor e que intencionalmente ignora qualquer elemento que não esteja diretamente relacionado com a busca da utilização mais eficiente dos recursos, promovendo uma verdadeira “implosão dos ideários” (DOMINGUES, 2011, p. 41-46). Assim, esta visão esvazia moralmente o direito e retira o ser humano do seu centro de atenção (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 373).

Tal concepção de eficiência, diante destas características, mostra-se incompatível com um modelo jurídico que identifica na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos e que elege a prevalência dos direitos humanos e fundamentais como um de seus princípios reitores.

Desta feita, após indagar-se acerca de qual a forma pela qual o “princípio constitucional da eficiência deve ser lido dentro do plano do direito público”, Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior assevera que, em que pese a noção economicista de eficiência tenha seu valor na órbita privada, como critério de aferição da competência de se produzir mais com um mínimo de recursos, no âmbito público sua leitura deve obrigatoriamente submeter-se aos princípios constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito.

Isto pois, como salienta Antonio Scarance Fernandes, a busca por uma maior eficiência e celeridade da administração da justiça penal “não deve obedecer a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade”, não

podendo estes vetores serem tidos como fins em si mesmos. Pelo contrário, a “rentabilização da justiça” apenas adquire valor quando perquirida “em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal” (FERNANDES, 2008, p. 234).

E neste sentido, a noção de eficiência na administração pública vincula-se ao ideal da potencialização e da otimização, na maior medida possível, da efetivação dos direitos dos indivíduos, sendo vista não como fim em si mesma, mas como meio para trazer maior efetividade aos princípios e direitos fundamentais constitucionais. Neste contexto, deve-se perceber que, “por trás desse manto de defesa da eficiência a todo custo, existe, sim, uma política alheia aos direitos fundamentais”, incompatível, portanto, com um modelo jurídico que tem sua âncora na normatividade das normas constitucionais e na supremacia da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 371-372).

A eficiência na órbita pública, notadamente na esfera penal e processual penal, deve receber, assim, uma interpretação que imponha a sua compatibilidade com a Constituição. A necessidade desta conformidade se interpõe, portanto, como limite à racionalidade eficientista, balizando, à luz da normatividade constitucional e dos direitos fundamentais, a adequação dos meios empregados e dos fins buscados (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 374).

Conforme leciona Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, diante da inevitabilidade da adoção de um significante primeiro, ou seja, da eleição de um valor como referencial último da atuação do Direito, este não pode ser outro que não a efetividade constitucional, compreendida como a perfeita adequação de todo o ordenamento jurídico à Constituição Federal e seu valor-guia, a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a todo o plexo de direitos fundamentais e ela correlatos.

Até porque, as normas jurídicas “não são outra coisa senão a expressão da normatividade constitucional, fundada no respeito aos direitos fundamentais e aos preceitos de uma Constituição” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 374-375).

Criticando a busca pelo eficientismo no judiciário, o autor afirma que “o Judiciário não pode querer dar conta da demanda pisoteando exatamente o fim a que se destina: ser guardião da Constituição. Senão, cairemos em um perigoso paradoxo: quem nos protegerá do Judiciário eficiente” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 377).

Esta lição, aplicada à presente temática, aponta no sentido de que a

pretensão de “dar conta da demanda”, seja ela processual em sentido amplo, seja relativa apenas à cooperação jurídica internacional, não pode justificar o pisoteamento da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados. Afinal, quem nos protegerá do Direito e do processo eficientes?

Alexandre Mariotti explica que o processo deve, portanto, ser visto tanto sob o viés do atingimento dos fins eleitos pela ordem jurídica, quanto do tratamento adequado que deve ser dispensado às partes e demais pessoas envolvidas, afirmando que, para que possa ser tido como “um devido processo”, “deve ser satisfatório de acordo com ambas as perspectivas” (MARIOTTI, 2008, p. 109).

Antonio Scarance Fernandes, por isso, afirma que, em uma visão moderna do processo penal, “esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo” (FERNANDES, 2010, p. 19). Segundo o autor, a busca pelo equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao acusado a aplicação das garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal e a necessidade de prover maior eficiência ao sistema persecutório mostra-se como uma das “tendências contemporâneas do processo penal” (FERNANDES, 2008, p. 231).

A hercúlea tarefa, portanto, consiste em equacionar este difícil equilíbrio entre pretensões tão contrapostas, o que apenas pode ser realizado a partir do reconhecimento de que “a verdadeira eficiência processual é aquela que também engloba a eficiência no reconhecimento e na observância das garantias processuais” (GOMES, 2005, p. 306).

Até porque o respeito às garantias configura verdadeiro “fator de legitimação” da própria persecução penal promovida pelo Estado (BECHARA, 2011, p. 32). De fato, é o equilíbrio desta “frágil relação entre a efetiva prestação assistencial e as garantias desse sujeito concernido” que produzirá uma “funcionalidade legitimante”, sob o prisma antropocêntrico, à cooperação jurídica internacional, permitindo sua eficaz prestação sem prejuízo dos direitos e garantias individuais (TROTTA, 2013, p. 33).

Não se está, com isso, buscando óbices à eficiência do processo em qualquer de suas fases. No entanto, não se pode promovê-la às custas dos direitos individuais fundamentais constitucionalmente ancorados (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 375).

Diante desta perspectiva de um imperativo de equilíbrio, Bechara propõe um redimensionamento da técnica processual que evite a hipertrofia de qualquer

desses vetores em detrimento do outro. Nesta linha, Selma Pereira de Santana coloca que assim como não se pode aceitar a adoção de um modelo processual penal focado tão somente na agilidade e eficiência de suas medidas, mas destituído das garantias processuais individuais, tampouco se pode tolerar uma formatação inversa, desmedidamente apegada a formalidades e garantias sem conteúdo, ao sacrifício de qualquer possibilidade de se prestar soluções céleres e eficazes. Deve-se, diversamente, promover um tal grau de composição entre estes vetores de forma que um não aniquile o outro (SANTANA, 2005, p. 273).

O processo penal, portanto, deve ser reconstruído de forma a impor e preservar sua natureza garantista, sem, no entanto, criar óbices intransponíveis à viabilidade da realização da persecução penal de forma eficiente e funcional (SANTANA, 2005, p. 268).

Almeja-se, com isso, “evitar os extremos do hipergarantismo ou de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou da lei e da Ordem”, caracterizados por uma evidente subjugação de um dos vetores pelo outro, estabelecendo-se o equilíbrio entre estes como diretriz a nortear o processo penal, de modo que, “no movimento pendular da história, não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade” (FERNANDES, 2008, p. 231). Afinal, não é de se negar que o indivíduo, vivendo em sociedade, ostenta o direito a um sistema que, simultaneamente, atribua aos acusados um conjunto de garantias suficientes para a salvaguarda de seus direitos e liberdades, possibilitando ainda o exercício de sua ampla defesa, e que “faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança”, promovendo “eficiência com garantismo” (FERNANDES, 2008, p. 233).

Desta feita, apenas “será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal” (FERNANDES, 2008, p. 234).

Afirma Fábio Bechara, assim, que, em matéria processual penal, “a tarefa do legislador”, e, portanto, o objetivo da própria ordem jurídica, “é essencialmente a de tutelar as liberdades fundamentais das pessoas envolvidas no processo, excluindo-se qualquer limitação da liberdade que não seja rigorosamente funcional às exigências que justifiquem o sacrifício mínimo”. Neste ponto, ainda que de forma indireta, o autor faz referência à máxima da proporcionalidade como limite às restrições inadequadas

e desnecessárias às finalidades buscadas pelo processo.

E conclui alertando que o papel das garantias não é o de figurar como “função do processo”, mas de definir os meios e os modos juridicamente aceitos para o atingimento “dos fins institucionais do processo” (BECHARA, 2011, p. 32). E, neste sentido, inclusive em decorrência da própria instrumentalidade do processo, não devem ser vistas como um fim em si mesmas, mas, em seu conjunto, como “um meio de conferir proteção aos direitos fundamentais” (MARIOTTI, 2008, p. 48).

Até porque, como salienta Alexandre Mariotti, as garantias processuais devem ser vistas, simultaneamente, “por uma ótica individualista, como direitos do indivíduo, mas também (...) por uma ótica publicista, como garantias a um processo adequado, no sentido de um processo apto a produzir uma decisão justa, que é de interesse geral” (MARIOTTI, 2008, p. 109).

Nesta linha, Selma Pereira de Santana coloca que o dever de tutela das garantias individuais aparece como um interesse de perspectiva não exclusivamente individual, mas também como uma pretensão de relevo para a totalidade dos cidadãos, já que “também a coletividade tem interesse em que o processo se desenvolva de acordo com as regras processuais, e que ninguém seja condenado injustamente” ou de qualquer outra forma indevidamente atingido em seus direitos (SANTANA, 2005, p. 272).

Não se pode olvidar, no entanto, do alerta trazido por Ada Pellegrini Grinover de que, na busca por este equilíbrio entre o imperativo de proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e as exigências de cooperação em matéria penal, eventuais impasses devem ser solucionados a partir do reconhecimento da proeminência do primeiro vetor (GRINOVER, 1995, p. 42-43), pois, como alerta, José Antonio Paganella Boschi, devem sempre ser perquiridas “soluções consentâneas com o direito penal de garantias, no qual a posição de destaque é reservada não ao Estado e sim ao indivíduo” (BOSCHI, 2006, p. 232)

4.5 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E A INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sobre a relação entre a cooperação jurídica internacional em matéria penal

e a cláusula do devido processo legal, cumpre inicialmente destacar que, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado, no qual o direito material pode ser realizado prescindindo-se do processo e de seus instrumentos, “o direito material penal”, compreendido aqui em seu aspecto subjetivo como pretensão punitiva, “não incide no plano concreto sem o processo judicial” (SILVA, 2010, p. 21).

Daí falar-se em uma “complementariedade funcional” entre o direito e o processo penal. De um lado, pois este, ainda que dotado de autonomia, serve acessória e instrumentalmente à realização daquele, estando a sua própria estrutura necessariamente vinculada à “conformação teleológica fundamental” do respectivo direito penal substancial. De outro vértice, é o processo penal indispensável à concretização e efetivação do direito material (SANTANA, 2005, p. 262-263).

E assim, diante desta realização estrita e essencialmente processual do direito penal, desta imprescindibilidade do processo para a concretização do direito penal substantivo, “a necessidade de atenção às normas procedimentais conformadoras do devido processo legal (...) extrapola a consideração de mero procedimento para despontar-se como verdadeiro direito fundamental da pessoa” (SILVA, 2010, p. 22), vez que o processo, sobretudo o judicial, é, como aponta Osvaldo Alfredo Gozaíni, a autêntica, quiçá única, proteção das garantias (GOZAÍNI, 2004, p. 26).

Nesta toada, a obediência às normas conformadoras do devido processo (penal) legal, compreendida não apenas como obediência à lei, mas como “obediência à lei conforme a Constituição”, deve ser tida como verdadeiro “requisito de validade da jurisdição penal” (SILVA, 2010, p. 22-23), vez que o devido processo legal consubstancia-se como mandamento que exige que qualquer restrição a um direito fundamental apenas se opere por meio de um processo conforme a Constituição (SILVA, 2010, p. 28).

Gozaíni explica que, no âmbito do processo penal, o conceito do devido processo se desenvolveu, sobretudo a partir da influência da jurisprudência constitucional norte-americana, em três grandes sentidos⁵⁹: a) o devido processo

⁵⁹ A origem remota do devido processo legal costuma ser apontada na *Magna Charta Libertatum* (*Magna Charta Libertatus seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*), outorgado pelo rei João Sem Terra em 1215 como solução de compromisso para resolução dos conflitos existentes entre este e os barões ingleses. Neste documento, redigido em língua latina, faz-se referência, em seu artigo 39, à exigência de julgamento regular por seus pares ou segundo as leis da terra (*per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*) como requisito à privação da liberdade, bens ou outros direitos. Em 1354, quando da confirmação da Magna Charta pelo

legal, compreendido como a conformidade do processo à lei e a vedação à arbitrariedade e ao criacionismo em matéria processual; b) o devido processo constitucional, como “procedimento judicial justo”; e c) o devido processo substantivo, “entendido como a concordância de todas as leis e normas de quaisquer categorias ou conteúdo e dos atos das autoridade públicas com as normas, princípios e valores do Direito da Constituição” [tradução livre⁶⁰] (GOZAÍNI, 2004, p. 21).

Efetivamente, nesta terceira via, a inclusão do *due process of law* no corpo constitucional norte-americano se dá como forma de veicular não apenas a garantia da legalidade processual, mas como verdadeira garantia de conformidade constitucional vinculante a todos os poderes do Estado, sendo invocado como fundamento para possibilitar o judiciário a efetuar o controle dos atos do legislativo e do executivo, garantindo a inafastabilidade da jurisdição e constituindo-se como a “base constitucional para o *judicial review*” (BOTELHO, 2013, p. 192).

De fato, não se há de olvidar que em sua origem o *due process of law* era tido como uma garantia de natureza estritamente procedimental. Mais que isso, sua aplicação restringia-se, como explica Alexandre Mariotti, tão somente ao aspecto procedimental do processo judicial, em que pese não haja dúvidas de que, atualmente, se trata de um mandamento processual amplo e aplicável a toda e qualquer forma de intervenção do Estado na esfera jurídica individual (MARIOTTI, 2008, p. 15) e que visa assegurar a toda e qualquer pessoa envolvida em um processo, independentemente de sua espécie, uma série de direitos e garantias essenciais ao desenvolvimento de um processo justo (GOMES, 2005, p. 294).

Nesta sua primeira fase, ou primeiro sentido, o devido processo legal assume forma através da concretização de garantias processuais estabelecidas no ordenamento jurídico visando ordenar os procedimentos e minimizar as possibilidades de intromissões indevidas na esfera jurídica dos indivíduos (MARIOTTI, 2008, p. 62). Trata-se aqui daquilo que ficou conhecido como *procedural due process of law*, ou

rei Eduardo III, e sua tradução para a língua inglesa em versão reduzida, a expressão *per legem terre* foi substituída, no renumerado artigo 29, pela expressão *due process of law*. Posteriormente, esta mesma expressão aparece na 5ª e na 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, datadas de 1791 e 1868, respectivamente. Segundo Alexandre Mariotti, não resta dúvidas de que o devido processo legal brasileiro deriva do *due process of law* norte-americano (MARIOTTI, 2008, p. 14).

⁶⁰ No original: “entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución”.

dimensão procedimental do devido processo legal.⁶¹

Sem embargo, nesta sua acepção, o devido processo legal acaba por suscitar, permanentemente, a questão da legalidade processual, atuando como “garantia da tramitação de um processo segundo a forma estabelecida em lei”, impondo, portanto, um “dever [por parte do Estado] de seguir a legislação processual pertinente” sempre que se estiver diante da possibilidade de efeitos que operem restrições a direitos (MARIOTTI, 2008, p. 89-91).

Rogério Gesta Leal e Aline Swarovski, na mesma linha, e fazendo referência à sua dimensão procedimental, colocam que “o devido processo legal se afigura como uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, garantindo (...) o desenvolvimento processual nos termos das regras previamente estabelecidas” (LEAL; SWAROVSKI, 2011, p. 252).

Este primeiro sentido ou significado do devido processo legal, não há dúvida, imbrica-se com a própria noção de legalidade, garantia que, em que pese essencial à existência do Estado de Direito, parece hoje tão menosprezada, como salienta Alexandre Mariotti.

Esta garantia, prevista como fundamental pelo texto constitucional brasileiro em seu artigo 5º, II, apresenta desdobramentos e especializações em diversas outras passagens da lei fundamental, com especial destaque à sua prescrição, no *caput* do artigo 37, como princípio regente da administração pública, em sua vertente de “legalidade administrativa” (MARIOTTI, 2008, p. 89).

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini salienta que a legalidade administrativa, assim como o próprio Estado de Direito, são noções relativamente recentes, verdadeiras conquistas da modernidade, e que representam a negação e substituição de um regime de governo absolutista por outro que tem como raízes as ideais de soberania popular e cidadania (BERTONCINI, 2002, p. 88-89).

Explica o autor que, constituindo-se em verdadeira viga-mestra do direito público brasileiro, o princípio da legalidade subordina a atividade administrativa à função legislativa do Estado, impondo à administração o ônus de apenas fazer aquilo

⁶¹ Nos moldes do que é proposto por Alexandre Mariotti (2008, p. 62), opta-se pela expressão “dimensão procedimental do devido processo legal” e não pela expressão “devido processo legal procedimental”, pois, em assim o fazendo, a sua contraposição à “dimensão substantiva do devido processo legal” deixa claro tratarem-se de duas dimensões de uma garantia una: o devido processo legal, cujo valor resguardado é sempre o mesmo: “a protetividade dos direitos”. O emprego das expressões “devido processo legal procedimental” e “devido processo legal substantivo” poderia sugerir, de forma diversa, tratarem-se de duas garantias distintas, o que não é o caso.

que a lei permite (BERTONCINI, 2002, p. 90-91).

Alexandre Mariotti destaca que enquanto a legalidade, sob a perspectiva dos cidadãos, implica que estes possuem a liberdade como garantia, impondo-se-lhes apenas as limitações expressamente estabelecidas pela lei, pela perspectiva do Estado ela significa que apenas lhe é dado praticar os atos expressamente previstos na lei, não possuindo “outra vontade que não a da lei” (MARIOTTI, 2008, p. 89).

Esta legalidade administrativa, conforme os ensinamentos de Guastini trazidos por Mateus Bertoncini, traz três distintas implicações: a) o princípio da preferência da lei, pelo qual é inválido todo e qualquer ato praticado pelo poder público em dissonância com o estabelecido na lei; b) o princípio da legalidade em sentido formal, que implica na invalidade dos atos praticados pela administração pública e seus agentes que não sejam expressamente autorizados pela lei; e c) o princípio da legalidade em sentido substancial, o qual impõe a invalidade de toda e qualquer lei ou outro ato normativo infraconstitucional “que confira um poder sem discipliná-lo completamente” (BERTONCINI, 2008, p. 91).

Em referência implícita a esta legalidade em sentido substancial, terceira implicação da legalidade administrativa, Antonio Scarance Fernandes afirma que o processo penal apenas admite o emprego de formas e meios de produção de prova expressamente permitidos pela lei, a qual deve:

“a) regular e explicitar claramente a medida excepcional de obtenção ou produção de prova, com os requisitos necessários para atuá-la; b) indicar o procedimento a ser seguido; c) especificar os órgãos, entidades ou pessoas legitimadas a requerê-la e a efetivá-la concretamente; d) indicar a autoridade competente para autorizá-la e a motivação necessária na decisão a ser proferida” (FERNANDES, 2008, p. 238).

E salienta que, para além disso, a interpretação das normas autorizadoras destas medidas deve ser sempre restritiva, e jamais ampliativa.

Tal noção, dirigida pelo referido autor à questão dos meios de produção de prova, pode e deve ser estendida a toda e qualquer medida de cunho processual penal, incluindo-se dentre estas aquelas praticadas em sede de cooperação jurídica internacional.

Diante disto, conclui Bertoncini que “o princípio da legalidade impõe à Administração Pública, na execução de suas competências, a supremacia do Direito,

tornando a atividade administrativa uma atividade sublegal – no sentido de fiel observância à juridicidade”, impondo a ela um dever de estrita obediência ao ordenamento jurídico.

Até porque, como salienta o autor, o ordenamento jurídico brasileiro, à diferença dos modelos francês e português, impõe uma legalidade estrita à administração pública, condicionando a sua atuação à observância integral do que dispõem “os atos normativos primários produzidos pelo Poder Legislativo”, e fazendo com que não goze da flexibilidade de agir existente naqueles países. Como consequência, a administração pública, em todos os seus níveis e esferas, não dispõe da possibilidade de editar atos normativos que, inovando a ordem jurídica, produzam efeitos “com força de lei”, tendo poderes tão somente para a edição de atos regulamentares destinados à mera execução da lei (BERTONCINI, 2008, p. 92-93).

Nesta linha, legalidade e devido processo legal, em sua dimensão procedimental, confundem-se, afigurando-se como garantia dos direitos individuais voltada à prevenção de restrições perpetradas, por qualquer órgão ou agente estatal, sem observância do direito objetivo vigente.

Alexandre Mariotti, em referência a esta dimensão procedimental, afirma que, como regra jurídica dotada de suficiente normatividade, o devido processo legal possui força bastante para “fundamentar a invalidação de qualquer ato que interfira [direta ou indiretamente] com a liberdade ou o patrimônio sem fundamento legal”, pois, para se determinar se um dado processo ou procedimento é legal, basta a verificação de estar ele amparado, ou não, em lei.

Conclui, assim, que “em não existindo este [amparo em lei], nada mais é necessário para se concluir pela ilegitimidade do ato por inobservância do devido processo legal” (MARIOTTI, 2008, p. 60).

Tais noções fazem-se de fundamental relevância para o processo penal, implicando a invalidade de todo e qualquer ato processual praticado pelo Estado-juiz ou por qualquer outro órgão ou agente público que não possua este referido amparo legal. Especificamente no que toca à cooperação jurídica internacional em matéria penal, são inválidos todos os atos praticados sem a necessária previsão legal ou, ainda, em desacordo com a disciplina jurídica existente.

Ademais, a partir da referida noção de legalidade em sentido substancial trazida por Mateus Bertoncini, também se mostram inválidos eventuais atos, cooperacionais ou não, praticados com base em ato normativo que, em que pese

confira um poder ao órgão estatal, o faça de forma genérica e sem o seu devido disciplinamento substantivo e procedimental.

Por tal razão é que devem ser rejeitadas todas as proposições no sentido da admissão de uma inversão da lógica da legalidade administrativa, que autorizaria a prática dos mais diversos atos de assistência interestatal, ainda que sem qualquer previsão ou respaldo legal, sob a justificativa da inexistência de norma que os proíba. Esta visão, ainda de que de forma implícita, faz-se presente, dentre outras, na lição de Sergio Fernando Moro, quando este afirma que a cooperação jurídica internacional em matéria penal é regida por um princípio que impõe que ela seja “a mais ampla possível”, favorecendo-se interpretações ampliativas das “possibilidades de cooperação” e dando caráter de exceção às normas que impõem qualquer forma de limite a estes atos (MORO, 2010, p. 16-17). Tais visões, como já exposto, colocam-se em contradição com a noção de legalidade administrativa que deve reger toda e qualquer atuação estatal, sobretudo aquelas que tragam consigo a possibilidade de imposição de uma restrição a um direito fundamental do cidadão, como o é a atuação na esfera penal.

Não obstante, é preciso que se ultrapasse esta restrita interpretação do devido processo legal que o limita à reprodução do conteúdo da tradicional garantia da legalidade. Isto porque a legalidade, enquanto garantia estritamente formal, mostra-se insuficiente como forma de tutela dos direitos individuais.

Neste sentido, remetendo-se às lições de Francisco Campos, Alexandre Mariotti explica que, caso o princípio impusesse tão somente ao aplicador da lei um dever de irrestrito cumprimento desta, “ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, perante a qual pouca valia teriam as demais garantias constitucionais” (MARIOTTI, 2008, p. 30).

E complementa: “se o legislador não precisasse observar (...) outro critério que permita o controle do conteúdo dos atos legislativos e da sua conformidade com determinados *standards* jurídicos superiores, os direitos fundamentais ficariam à mercê da lei” (MARIOTTI, 2008, p. 31).

Assim, ainda que em sua origem o devido processo tenha significado uma limitação ao poder calcada na estrita legalidade e no “império da lei”, subordinando a esta as ações do executivo e do judiciário (GOZÁINI, 2004, p. 22), o advento do reconhecimento de direitos humanos inerentes a todas as pessoas “fomentou uma

evolução notável no conceito do devido processo” [tradução livre⁶²] (GOZAÍNI, 2004, p. 25). Nesta linha, em um Estado Democrático de Direito, não apenas a aplicação das normas penais e processuais, mas também a sua própria produção, passam a estar subordinadas a limites inultrapassáveis, os quais defluem dos princípios gerais delineados no texto constitucional (BOSCHI, 2006, p. 234).

O legislador, portanto, imperioso reconhecer-se, não goza de uma liberdade plena e ilimitada para editar e formatar a lei, assim como também não a possui o agente aplicador da lei, estando ambos vinculados a guiarem-se pelos valores fundamentais que dão forma ao conjunto normativo constitucional, dos quais sobressai como valor máximo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (BOSCHI, 2006, p. 235).

De fato, Whith Martins dos Reis aponta que a noção em torno do conteúdo do devido processo passou por uma progressiva ampliação, alcançando uma faceta que “implica a necessidade de observância da Constituição e de seus valores fundamentais” (REIS, 2009, p. 8), atribuindo ao Estado o dever de “garantir a tutela dos direitos denominados fundamentais (...) tidos, explícita ou implicitamente, como essenciais” e de fazê-lo “em conformidade com o ordenamento jurídico vigente” (REIS, 2009, p. 1).

Até porque, sendo o devido processo legal derivação direta do *due process of law*, há de se considerar, como afirma Alexandre Mariotti com base nos ensinamentos de García de Enterría, que a expressão *law* não se refere à lei em sentido estrito, mas ao Direito em sua totalidade, sendo que qualquer interpretação em sentido diverso implicaria em uma indevida e problemática sobreposição das garantias do devido processo legal e da legalidade, com a restrição do conteúdo daquela ao alcance desta (MARIOTTI, 2008, p. 49-50).

Neste sentido, afirma Gozaíni que, da mera exigência de um processo legal como processo de acordo com a lei, passou-se ao imperativo de um processo constitucional, imbuído de um conjunto de princípios e pressupostos que conciliam a ideia de que a existência de garantias processuais efetivas e certas é indispensável para o desenvolvimento de um processo que atue como ferramenta a serviço dos direitos fundamentais e não como mero rito procedimental.

Para o autor, esta passagem se faz de extrema importância na teoria

⁶² No original: “fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso”.

processual, pois dá vida a uma nova interpretação constitucional do processo e de suas formas para que este se desenvolva com respeito aos direitos fundamentais e aos padrões de garantias estabelecidos internamente pelos textos constitucionais e externamente pelos tratados e convenções internacionais (GOZAÍNI, 2004, p. 25-26).

Neste sentido, salienta Gozaíni que “a influência da Constituição no processo não há de ser vista somente na cobertura que oferece uma norma fundamental de um Estado qualquer a respeito da conformação de uma estrutura mínima de pressupostos e condições para tramitar adequadamente um litígio” [tradução livre⁶³], pois esta influência, transcendendo aos limites territoriais próprios de cada nação, compreende o “papel penetrante que têm os tratados e convenções [internacionais] sobre direitos humanos” [tradução livre⁶⁴] (GOZAÍNI, 2004, p. 26).

E conclui, colocando que:

Em suma, a constitucionalização do processo supõe criar condições para entender o que “é devido”. Não se trata, agora, de uma mensagem preventiva dirigida ao Estado, nem de assegurar os mínimos exigíveis no direito de defesa; há uma construção específica que começa desde a entrada ao processo e continua através de todas as instâncias culminando com o direito a uma sentença suficientemente motivada, que possa ser executada e cumprida como os juízes a ordenaram [tradução livre⁶⁵] (GOZAÍNI, 2004, p. 27).

Importante, neste ponto, o destaque dado pelo autor à necessidade de que a constitucionalização do processo, e, portanto, que a incidência do devido processo, atinja todos os seus momentos e fases, abrangendo desde a sua propositura, e mesmo antes dela os próprios atos pré-processuais, até a sua resolução por meio de uma decisão suficientemente motivada, passando, assim, por todos os atos praticados durante o trâmite processual, neles incluídos, como não poderia deixar de ser, eventuais atos de cooperação jurídica internacional. Neste sentido, Gozaíni salienta

⁶³ No original: “la influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio”.

⁶⁴ No original: “papel penetrante que tienen los tratados y convenciones sobre derechos humanos”.

⁶⁵ No original: “En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”. No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado, ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado”.

que o devido processo, em sua vertente constitucional, se projeta como garantia fundamental para a proteção dos direitos humanos e para a superação de um paradigma do processo como mera sucessão de atos (GOZAÍNÍ, 2004, p. 28-29).

Uma visão constitucional do processo passa, assim, pela superação de sua caracterização como mero conjunto de regras adjetivas voltadas à aplicação do direito material, e sua afirmação como verdadeiro “instrumento público de realização da justiça” (PRUDÊNCIO, 2010, p. 300), que necessariamente passa pelo respeito aos direitos fundamentais de todos os afetados pela prestação jurisdicional.

De fato, Mariângela Gama de Magalhães Gomes expõe que o devido processo legal, e, na mesma linha, o “direito ao processo” que dele decorre, não pode ser entendido como “a simples ordenação de atos, por meio de um procedimento qualquer”. Mais do que isso, impõe que este procedimento seja realizado mediante contraditório e imbuído de todos os direitos e garantias necessários à proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos e “à obtenção do provimento jurisdicional mais justo” (GOMES, 2005, p. 294-295).

Não obstante, não se pode deixar de lado a percepção de que para a existência de um verdadeiro devido processo legal e constitucional “todas as formalidades devem ser respeitadas” (REIS, 2009, p. 7), devendo-se assegurar ao acusado todos os mecanismos necessários para o exercício de uma ampla e irrestrita defesa, configurando verdadeiro direito a “um processo com todas as garantias” [tradução livre⁶⁶] (GOZAÍNÍ, 2004, p. 25). O respeito ao procedimento, ou seja, às regras que “estabelecem o modo como os atos devem ser praticados, sua ordem no desenvolvimento do processo, o tempo que as partes têm para realiza-los, entre outras”, em que pese não esgote o conteúdo da cláusula do devido processo legal, assume, ainda assim, especial importância frente a sua consagração constitucional (GOMES, 2005, p. 295).

Adolfo Alvarado Velloso, por sua vez, afirmando ser o devido processo “um claro direito constitucional de todo particular” [tradução livre⁶⁷], que impõe um contraposto “dever de irrestrito cumprimento pela autoridade” [tradução livre⁶⁸] estatal, aponta que, em razão da abertura e da imprecisão semântica do instituto, a doutrina tem se absterido de defini-lo de forma positiva, limitando-se a o fazer negativamente, ou

⁶⁶ No original: “un proceso con todas la garantias”.

⁶⁷ No original: “un claro derecho constitucional de todo particular”.

⁶⁸ No original: “un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad”.

seja, através da indicação do que não é um devido processo legal (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 47-48). Tal método, no entanto, trata-se de uma simples enunciação de determinados vícios que podem ocorrer durante as atividades de processamento e julgamento de processos penais, aglutinados sob uma mesma rubrica em que pese ostentarem “óbvias e profundas diferenças lógicas e materiais” [tradução livre⁶⁹] (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 51).

Afirma, assim, que resulta mais adequada a tentativa de definir tecnicamente o devido processo como “aquele que se adequa plenamente à ideia lógica do processo: dois sujeitos que atuam como antagonistas em pé de perfeita igualdade perante uma autoridade que é um terceiro na relação litigiosa” [tradução livre⁷⁰] (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 51). Assim, José Antonio Paganella Boschi, fazendo referência a Adauto Suannes, aponta que “é a equidade procedimental aquilo que ela [- a cláusula do *due process of law* -] mais inflexivelmente exige”, compreendida fundamentalmente na pretensão de reequilibrar as posições jurídico-processuais do Estado-acusador e do cidadão-acusado, que invariavelmente tende ao desequilíbrio em favor do primeiro, detentor de todo o aparato jurídico-político estatal (BOSCHI, 2006, p. 236).

Nesta linha, complementa que “o devido processo não é nem mais nem menos que o processo que respeita seus próprios princípios” [tradução livre⁷¹] (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 51).

E, em assim sendo, faz-se inseparável da noção própria de garantismo, compreendido este como pretensão de irrestrito respeito aos preceitos da Constituição e dos documentos internacionais que se encontram na mesma hierarquia jurídica que ela (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 56), não tolerando, no desenvolvimento processual, nenhuma violação às normas fundamentais, bem como “outorgando um adequado direito de defesa a todos os interessados e resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional [do julgador] para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos” [tradução livre⁷²] (ALVARADO

⁶⁹ No original: “obvias y profundas diferencias lógicas y materiales”.

⁷⁰ No original: “aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa”.

⁷¹ No original: “el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios”.

⁷² No original: “otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos”.

VELLOSO, 2010, p. 57-58).

Selma Pereira de Santana, nesta linha, salienta que o garantismo penal não representa nada mais do que a necessidade de que o direito e o processo penal atuem como “um instrumento (...) de defesa e limite das interferências do poder estatal (...), por meio da sujeição às regras constitucionais asseguradoras dos direitos, garantias e liberdades individuais” fundamentais (SANTANA, 2005, p. 255).

Assim, adverte José Antonio Paganella Boschi que, contrariamente ao comum equívoco de se supor que o garantismo expressa uma opção pela impunidade, ele

apenas exige que o *jus puniendi* se efetive obedientemente ao devido processo legal e a todos os princípios constitucionais e legais dele decorrentes, que veiculam os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana. Nada mais (BOSCHI, 2006, p. 237).

Até porque, conforme arremata Alvarado Velloso:

Se a democracia que me orgulha praticar ensina que se há que acatar a decisão da maioria plasmada na norma, e se essa e não outra é a origem de nossa Constituição, parece que o sensato e sistemicamente coerente é acatá-la em sua plenitude e não descumpri-la [apenas] para buscar soluções que agradem [tradução livre⁷³] (ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 98).

Desta forma, o devido processo legal afigura-se como “corolário da cidadania em sua mais ampla acepção” (REIS, 2009, p. 2), impondo um direito a uma “ampla proteção [jurídico-processual] (...) adequada à situação específica do jurisdicionado” (REIS, 2009, p. 13). Efetivamente, há que se perceber que o devido processo legal não se manifesta por meio de um conjunto rígido e preestabelecido de regras, igual e indistintamente aplicáveis a toda e qualquer relação processual e momento processual. Pelo contrário, trata-se de um imperativo dinâmico de respeito aos direitos fundamentais, às normas constitucionais, aos princípios, às garantias e

⁷³ No original: “si la democracia que me enorgullece practicar enseña que hay que acatar la decisión de la mayoría plasmada en norma, y si ese y no otro es el origen de nuestra Constitución, parece que lo sensato y sistémicamente coherente es acatarla en su plenitud y no incumplirla para buscar soluciones que gusten”.

às formas processuais que incide de forma diferenciada a depender do seu objeto de incidência.

Não é e nem pode ser visto, portanto, como “um conceito técnico com um conteúdo fixo invariável” em relação às particularidades e exigências de cada espécie processual. Contrariamente, “a própria natureza do devido processo nega qualquer conceito de procedimentos inflexíveis universalmente aplicáveis a qualquer situação imaginável”, não se podendo reduzi-lo a fórmulas fechadas (MARIOTTI, 2008, p. 18-19).

E é justamente esta flexibilidade inerente ao devido processo legal que vai impor diferentes níveis de garantia processual a distintos procedimentos ou mesmo a distintas etapas de um mesmo rito e, especificamente no que diz respeito à cooperação jurídica internacional em matéria penal, é o que vai justificar a existência do princípio da gradualidade dos requisitos.

Conforme explica Alexandre Mariotti, a aplicação do devido processo legal ao estabelecimento do conjunto de garantias processuais que devem recair sobre determinada ação estatal se dá através da análise de duas “etapas lógicas”, construídas pela jurisprudência constitucional norte-americana.

Na primeira destas etapas, denominada de *threshold test* ou *threshold requirement*, verifica-se se a atuação estatal em questão “afeta uma pessoa na sua vida, liberdade ou propriedade”. Assim, não bastaria a existência de um ato do poder público que afete um qualquer direito do indivíduo, mais do que isto, é necessário a demonstração de que houve violação, real ou potencial, da vida, liberdade ou patrimônio do afetado, ou, no mínimo, de que o direito atingido é reconduzível a um destes. Salienta o autor que, em que pese a restritividade deste requisito, a jurisprudência norte-americana tradicionalmente orienta-se no sentido de acomodar com facilidade uma considerável gama de direitos dentre aqueles protegidos pelo devido processo legal⁷⁴ (MARIOTTI, 2008, p. 21).

Mais do que isso, esta primeira etapa está vinculada à *entitlement thesis*,

⁷⁴ Fazendo referência à lição de Laurence Tribe, Mariotti elenca como direitos protegidos pela cláusula do *due process off law*: “o direito a uma justa indenização, as liberdades de expressão, imprensa, reunião, petição e de religião (...), os direitos de não ser submetido a busca e detenção desarrazoadas e de exclusão de provas ilícitas de julgamentos criminais (...), os direitos de não ser compelido à auto-incriminação e de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (...), os direitos a assistência jurídica, a um julgamento público e rápido por um júri, à oportunidade de confrontar testemunhas contrárias e de realização de diligências para obter testemunhas favoráveis (...) e o direito de não sofrer punições cruéis e inusuais” (MARIOTTI, 2008, p. 21).

que representa a exigência de que o direito afetado pela ação estatal seja “um interesse legalmente ou constitucionalmente protegido”, e que, portanto, possui embasamento jurídico em normas legais ou constitucionais, gozando, assim, de um verdadeiro “*status no direito positivo*” (MARIOTTI, 2008, p. 22).

Verificados ambos estes requisitos: a) a existência de um ato estatal que interfira nos direitos à vida, liberdade ou propriedade, e b) que se trate de um interesse dotado de proteção jurídica, fica constatada a aplicabilidade do devido processo legal e a conseqüente exigência de um procedimento dotado de determinados níveis de garantias ao indivíduo titular do direito potencialmente afetado.

Tais garantias, como já afirmado, irão variar a depender de alguns fatores, que integrarão a segunda etapa de análise da aplicação do devido processo legal.

Esta segunda etapa centra-se na utilização do método que a jurisprudência constitucional norte-americana convencionou chamar de *balancing test*, segundo o qual “a determinação dos procedimentos [e garantias] necessários à observância do *due process off law* em cada caso envolve o sopesamento de três fatores”, consistentes basicamente: a) na importância do interesse privado potencialmente afetado pela ação estatal, b) os custos diretos e indiretos, tanto econômicos quanto jurídicos, gerados pela adoção de procedimentos imbuídos de maiores formalidades e garantias, e c) a intensidade dos riscos de lesões aos direitos dos indivíduos afetados em decorrência de erros nas decisões em decorrência da dispensa de determinados procedimentos (MARIOTTI, 2008, p. 23). Os elementos que devem ser sopesados, pode-se perceber, guardam proximidade com aqueles que orientam a ponderação nos termos da lei de ponderação de Robert Alexy: o grau de não satisfação do direito que sofre a intervenção e a importância concreta da satisfação do interesse contraposto.

Há, assim, nesta forma de abordagem, uma clara ponderação entre dois vetores de sentidos inversos. De um lado, um interesse de maior efetividade das ações estatais, vinculado à sua desburocratização, e, de outro, a preocupação com o nível de segurança e garantia dos cidadãos potencialmente atingidos por estas ações.

Parte-se do pressuposto já anteriormente afirmado de que eficiência e garantismo não são interesses contrapostos, mas, pelo contrário, que devem conviver na busca do equilíbrio indispensável à adequada aplicação do Direito.

No entanto, como ressalta Alexandre Mariotti, a própria jurisprudência constitucional norte-americana pouco fornece como subsídio teórico para a aplicação

concreta deste *balancing test*, abstendo-se de construir modelos abstratos e focando na sua aplicação diante das circunstâncias de cada caso específico (MARIOTTI, 2008, p. 23-24).

Esta forma de compreensão do devido processo legal vai produzir, como consequência, uma ampla gama de procedimentos com distintos níveis de garantia para o indivíduo potencialmente afetado, os quais guardarão relação direta com a natureza e importância do direito envolvido e com a maior ou menor probabilidade e intensidade da possível lesão em decorrência erro na decisão.⁷⁵

Isto não será diferente no que tange a cooperação jurídica internacional em matéria penal, dando origem ao chamado princípio da gradualidade dos requisitos ou simplesmente princípio da gradualidade.

4.6 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL, GARANTIAS INDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA GRADUALIDADE DOS REQUISITOS

Raúl Cervini explica que a noção de gradualidade tem como pressuposto a percepção de que toda medida de auxílio interestatal em assuntos penais tem implícita em si, de algum modo, uma afetação de direitos, cuja intensidade, no entanto, é variável a depender da sua natureza. Para o autor, esta “característica multiforme (...) própria das medidas de cooperação (...)” põe de manifesto a existência de níveis ou graus das mesmas” (CERVINI, 2000, p. 66-67).

Neste sentido, afirma pela existência de três distintos níveis de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Explica que o primeiro grau ou primeiro nível compreende “as medidas de assistência leve e simples”, ou seja, aquelas voltadas ao mero trâmite processual e as meramente instrutórias.

⁷⁵ O nível de garantias exigido será tanto maior quanto mais relevante for o direito individual sujeito à restrição, bem como tanto quanto maior for a probabilidade e/ou a intensidade da lesão potencialmente produzida pela tomada de uma decisão incorreta. Matematizando-se o raciocínio, e tomando-se o nível de garantias por (*NG*), a relevância do direito potencialmente afetado por (*RD*) e a probabilidade e a intensidade da lesão decorrente de erro na decisão, respectivamente, por (*PL*) e (*IL*), poder-se-ia afirmar que $NG = RD \cdot PL \cdot IL$. Adicionando-se “os custos diretos e indiretos, tanto econômicos quanto jurídicos, gerados pela adoção de procedimentos imbuídos de maiores formalidades e garantias” (*CF*) como elemento contraposto e em relação inversamente proporcional ao nível de garantias, tal como proposto pelo *balancing test*, chegar-se-ia à formulação de que $NG = \frac{RD \cdot PL \cdot IL}{CF}$.

O segundo grau ou nível abrange as medidas de assistência que, trazendo em si um componente de coercitividade, são capazes de provocar lesões ou gravames irreparáveis aos bens e interesses dos indivíduos afetados. Como pertencentes a este segundo grau, pode-se elencar, de forma evidentemente exemplificativa, as medidas de arresto, sequestro, hipoteca e outras quaisquer formas de “interdição e entrega de qualquer objeto” (CERVINI, 2000, p. 68). Pertencem a este nível, ademais, as medidas instrutórias que diretamente toquem os direitos fundamentais dos indivíduos, tais como o levantamento dos sigilos telefônico, bancário e fiscal.

Por fim, o terceiro e mais extremo grau ou nível das medidas de cooperação abarca aquelas suscetíveis de causar gravame irreparável à liberdade pessoal daquele por ela atingido. Este grupo, considerando-se a inaceitabilidade de medidas voltadas ao traslado compulsório de testemunhas ou outras pessoas para prestarem depoimentos em outro Estado, fica restrito tão somente aos procedimentos de extradição ou outros que o substituam. Raúl Cervini aponta que, em que pese esta classificação em três níveis ser a mais adequada, um crescente setor da doutrina tem se posicionado no sentido de desvincular totalmente os dois primeiros níveis de auxílio do terceiro, dotando este de completa independência técnica e axiológica naquilo que denominam de Direito Extradicional.

Tal radical posição é criticada pelo autor, que anota que esta desvinculação das medidas de cooperação de primeiro e segundo grau da extradição tem como único propósito e consequência “concentrar as garantias quase que exclusivamente no campo extradicional, onde a vulnerabilidade dos Direitos Humanos aparece mais evidente, deixando um tanto desprotegida a situação dos indivíduos envolvidos em medidas de simples assistência”, razão pela qual firma sua posição no sentido de, sem desconhecer a particularidades da extradição, decorrentes de sua extrema interferência na esfera de liberdade do cidadão, incluí-la dentro de uma noção abrangente da cooperação jurídica internacional em matéria penal composta por seus três níveis (CERVINI, 2000, p. 69).

Nesta linha, Ada Pellegrini Grinover assevera que, considerando-se que a extradição não é o único dos instrumentos cooperacionais capaz de causar gravame aos indivíduos afetados, as garantias individuais limitadoras da atividade estatal não podem ficar restritas a esta modalidade. Pelo contrário, todas as medidas cooperacionais capazes de impor restrição à esfera jurídica do indivíduo “exigem o respeito dos direitos fundamentais, com limites precisos à atividade interestatal”

(GRINOVER, 1995, p. 51).

Classificação distinta é proposta por Sergio Fernando Moro, que, com base no objeto das medidas de cooperação, afirma que estas podem ser divididas em: a) atos de comunicação de atos jurídicos, dando como exemplos a citação e a notificação, b) medidas de produção de provas, como a oitiva de pessoas ou a colheita de documentos, c) efetivação de medidas de cunho assecuratório, tais quais o arresto e o sequestro de bens, d) efetivação de decretos de confisco, e e) a extradição. Efetivamente, trata-se de mero rearranjo da classificação em três níveis e graus, pois das cinco espécies sugeridas pelo autor, as duas primeiras correspondem ao primeiro nível, a terceira e a quarta, ao segundo e, por fim, resta a extradição como única medida de terceiro nível.

Importante perceber, no entanto, que o autor destaca que estas diferentes formas de prestação de assistência podem ser divididas em dois grandes grupos: aquelas que envolvem e aquelas que não envolvem um componente coercitivo, e conclui que “na avaliação dos pedidos de cooperação é razoável defender maior rigor para o deferimento daquelas de caráter coercitivo em relação às demais”, pois “quanto mais grave para o investigado e para o acusado a medida coercitiva requerida, tanto maiores devem ser as exigências para o seu atendimento pelo País Requerido, bem como o rigor em sua avaliação” (MORO, 2010, p. 18-19).

Esta é justamente a noção que se encontra por detrás do princípio da gradualidade. Como explica o acima referido autor, à extradição, por se tratar da medida de maior coercitividade e implicar diretamente o maior gravame sobre os direitos do indivíduo, justifica-se a imposição de uma série de requisitos e condições cuja pertinência, para as demais formas de assistência, é, ao menos, duvidosa. O mesmo ocorre se analisado o confisco de bens, que implica na perda da propriedade, em comparação a medidas meramente cautelares, e, portanto, não definitivas, como o arresto e o sequestro (MORO, 2010, p. 19-20). Não por outra razão, Denise Neves Abade, com base em precedentes do Tribunal Constitucional Espanhol, afirma que “a espécie de pleito cooperacional influencia o escrutínio sobre o respeito a direitos fundamentais do indivíduo sujeito da cooperação” (ABADE, 2013, p. 127).

Nesta linha, Raúl Cervini sintetiza:

se de acordo com o expressado, as medidas de assistência cobrem uma ampla gama que vai desde as mais inócuas formalidades da notificação ao

deslocamento compulsório de uma pessoa a fim de que seja julgado no território de outro Estado, esse leque de formas de cooperação “exclui por sua própria diversidade a aplicação de iguais requisitos” (CERVINI, 2000, p. 71).

E conclui asseverando que ao passo que as medidas de primeiro nível, por sua própria natureza e conteúdo, requerem e permitem um intercâmbio mais facilitado entre os órgãos de distintos Estados, as demais formas de cooperação, suscetíveis de maior afetação aos direitos dos envolvidos, requerem maior prudência e respeito às garantias, as quais “cobram toda a sua virtualidade quando se trata de procedimentos de extradição”. A ideia é exemplificada pelo autor com referência ao requisito da dupla incriminação, que, em pese exigível para as medidas de segundo e terceiro nível, pode ser tido como desnecessário em se tratando de mecanismos de auxílio mútuo de mero trâmite procedimental (CERVINI, 2000, p. 71-73).

Não obstante, é preciso destacar que, em tratando-se de cooperação internacional em matéria penal, todo e qualquer ato cooperacional, até mesmo aqueles de mero trâmite processual, contribui, em maior ou menor grau, para a formação e/ou a efetivação de uma decisão que por sua própria natureza implica na restrição, total ou parcial, de um bem jurídico de titularidade do concernido. Assim sendo, e diante das graves e muitas vezes irreparáveis lesões que podem decorrer destas decisões, mormente quando se mostram equivocadas, indispensável se faz a imposição e manutenção de um nível mínimo de garantias aplicáveis a toda e qualquer medida de assistência interestatal no âmbito criminal.

Tal percepção é especialmente relevante quando se analisa a questão da cooperação em matéria probatória, tendo em vista que, em que pese a produção da prova via de regra não provoque qualquer afetação aos direitos do concernido, apesar de o fazer diretamente, entre outros, no caso de medidas de interceptação telefônica ou de levantamento de sigilos bancário ou fiscal, nas quais o próprio meio de prova acarreta em uma violação à intimidade, o conteúdo da prova obtida influenciará direta e decisivamente na formação do conteúdo da decisão judicial posterior, a qual poderá acarretar na privação efetiva de um bem jurídico do indivíduo.

De fato, conforme alerta Ada Pellegrini Grinover, a possibilidade de afetação dos direitos individuais em decorrência de atos de cooperação “não se limita à extradição (...), mas se estende àquelas medidas que podem causar gravame aos bens (...) e até mesmo às medidas de simples assistência processual” (GRINOVER,

1995, p. 56).

Relevante a esta percepção é a compreensão da ideia do conteúdo teleológico do procedimento. Segundo esta, a partir da negação da visão estritamente formal que considerava este como uma mera sequência ordenada de atos, sua existência e unidade derivam do reconhecimento de que todos os seus atos são voltados ao atingimento de um ato final, para o qual todos os anteriores dão sua contribuição. O ato final, assim, de natureza geralmente decisória, constitui o resultado do procedimento, resumindo-o (FERNANDES, 2010, p. 106).

Fazendo referência a Punzi, Antonio Scarance Fernandes explica que o procedimento deve ser visto como “uma entidade unitária”, já que, de um lado, todos os “atos singulares que o compõem estão postos em sucessão rigorosa, de modo que um constitua consequência do precedente e condição necessária do sucessivo” e, de outro, “em virtude de todos estes atos, apesar de permanecerem distintos, tanto que é possível reconhecer várias fases no mesmo procedimento, estarem ordenados ao alcance de um único resultado”.

Nesta linha, Mariângela Gama de Magalhães Gomes salienta que a própria noção de unidade do processo decorre da unidade do procedimento, sendo esta decorrente da ligação funcional existente entre todos os diversos atos que compõem a série procedimental, essencial para a determinação da “situação jurídica final” (GOMES, 2005, p. 296).

Assim, aderindo à corrente doutrinária que vê no procedimento uma “*fattispecie* complexa de formação sucessiva”,⁷⁶ Antonio Scarance Fernandes leciona que não existe autonomia entre o seu ato final e seus demais atos, pois o efeito daquele “é condicionado à perfeita realização de todos os atos da série, só sendo possível se cada um gerar o efeito que lhe é próprio”. Verifica-se, assim, que o efeito substancial produzido ao final do procedimento não deriva tão somente do último ato realizado, pois este é dependente dos demais.

Há, portanto, inerente à noção de procedimento, “a ideia de que todos os

⁷⁶ Explica o autor que por *fattispecie* deve-se entender a “fonte produtora de efeitos jurídicos determinados, constituindo-se em uma particular situação resultante de um determinado concurso de eventos e de circunstâncias, de cuja existência e de cujo específico sistema de coordenação o ordenamento jurídico deixa derivar um efeito”. Esta figura pode, ainda segundo o autor, ser simples ou complexa. “Haverá *fattispecie* simples quando o seu esquema coincide com o esquema do fato jurídico [singular] suficiente a dar-lhe vida, enquanto a (...) complexa reúne os esquemas jurídicos dos fatos jurídicos necessários ao seu escopo”. Por fim, haverá uma *fattispecie* complexa de formação simples quando “os [diversos] fatos devem realizar-se sucessivamente em uma determinada ordem” (FERNANDES, 2010, p. 107).

seus atos contribuem para o efeito substancial derivado do ato final”, bem como uma determinada “coordenação e vinculação entre os atos que o compõem”. Tal coordenação manifesta-se nos seus escopos, efeitos e validade (FERNANDES, 2010, p. 108-110).

Assim, os diversos atos que integram a *fattispecie* procedimento coordenam-se

pela unidade de escopo; destinam-se todos a preparar e provocar o ato final que completará e encerrará o procedimento; o escopo imediato de cada ato não tem outra razão a não ser de representar um passo em direção a um escopo mais distante, comum a todos os atos. Cada ato tem seu efeito próprio, que opera internamente no procedimento, fazendo-o progredir na direção de sua meta e ao mesmo tempo visando a influir direta ou indiretamente no conteúdo do ato final. Cada ato tem seus próprios requisitos, sendo porém condicionado, ao menos em certa medida e em certo sentido, à validade do procedimento a que pertence e dos atos anteriores dos quais dependa formal e logicamente (FERNANDES, 2010, p. 110).

Já a referida vinculação entre os atos do procedimento deve ser vista sob a perspectiva de que a realização perfeita de certos atos que integram o procedimento figura como ônus que deve ser cumprido para que haja a formação da *fattispecie* e a produção dos efeitos jurídicos.

Esta visão teleológica do procedimento, na qual se reconhece que todos os seus atos compõem uma unidade voltada à produção de um resultado final, e que impede, portanto, a existência de procedimentos parciais, admitindo tão somente a subdivisão do procedimento em fases, permite concluir que “cada um dos estágios de transformação representa uma *conditio sine qua non* em relação ao estágio sucessivo e, ao mesmo tempo, uma condição (...) para a produção da síntese”, ou seja, para que se atinja o escopo final do processo.

E, tratando-se os diversos atos processuais como condições para a validade do ato final, pode-se afirmar que a realização destes configura legítima “garantia procedimental”, de forma que, uma vez legalmente estabelecidos os procedimentos, sua não observância, aí incluída a supressão de ato pertencente à série processual, acarretará a invalidade da decisão final, sendo “o prejuízo imanente à falha, pois se ofende o devido processo legal” (FERNANDES, 2010, p. 109-112).

Nesta linha, Mariângela Gama de Magalhães Gomes leciona que o procedimento possui valor próprio como “penhor da legalidade no exercício do poder”,

vez que se constitui na garantia de que “cada procedimento realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido”, assegurando uma “estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais” como mecanismo de se assegurar o respeito ao devido processo legal e aos demais valores constitucionalmente estabelecido, neles incluídos os direitos fundamentais.

Assim, para a autora, todos os atos do procedimento devem ser praticados de acordo com aquilo que dispõe a lei, não apenas por uma questão fria de legalidade, mas porque atuam como fator de segurança para a preservação das garantias constitucionais fundamentais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a inafastabilidade do controle jurisdicional e o próprio devido processo legal.

Efetivamente, estes atos existem justamente diante da “necessidade de cumprir certas funções do processo” essenciais à correção e validade do ato final. O procedimento, em todos os seus atos, atua, portanto, simultaneamente como fator de garantia do indivíduo e de legitimação do resultado final do processo. Nas palavras da autora, o procedimento é legítimo, porque atende e propicia o exercício das garantias constitucionais, e legitimador, vez que atesta que o exercício de poder se deu em observância às regras legais e aos princípios constitucionais reitores do processo (GOMES, 2005, p. 304).

Por tal razão, a correta e adequada realização de todos os atos do procedimento é verdadeiro requisito de validade para o ato final da série procedimental, bem como condição para a regular e legítima produção dos seus efeitos.

Mais do que isso, considerando que todos estes atos coordenam-se e vinculam-se entre si na direção da produção da decisão final, a qual terá o condão de provocar uma maior ou menor restrição a um direito fundamental do indivíduo afetado, não apenas este derradeiro ato, mas todos os demais integrantes da série procedimental devem estar imbuídos de um plexo mínimo de garantias em favor do cidadão concernido.

Assim, ainda que se vejam os atos de cooperação, notadamente os de primeiro nível, como mero trâmite processual, há de se perceber que estão eles alinhados e dispostos no sentido da produção de um ato final, de conteúdo possivelmente decisório a incidir sobre determinado direito individual. Ato final este que está condicionado à realização regular destes atos intermediários.

Desta forma, ainda que não se veja, como é justamente o caso das medidas de auxílio internacional de primeiro nível, intervenção, afetação ou coerção diretamente provocada por determinado ato, isto não significa, e nem pode significar, que não devem estes estar sujeitos ao cumprimento de níveis mínimos de garantias. Isto porque, como exposto, estão inseridos em procedimentos voltados à legitimação de atos finais, estes sim produtores imediatos dos referidos efeitos, os quais podem, no entanto, ser atribuídos mediatamente a todos os atos integrantes da série procedimental percorrida.

Não há que se falar, portanto, em supressão das garantias individuais incidentes sobre atos de cooperação jurídica internacional de primeiro nível sob o argumento de que tais medidas não provocam qualquer lesão ou afetação aos direitos fundamentais do concernido. Pelo contrário, por contribuírem de forma essencial para a existência e validade de atos coercitivos ou decisórios posteriores, aqueles devem, necessariamente, se fazer acompanhar de um conjunto mínimo de garantias que assegurem ao indivíduo potencialmente atingido mecanismos de tutela de seus direitos.

4.7 MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INCIDENTES

A cooperação jurídica internacional em matéria penal tradicionalmente realiza-se através de dois institutos: as cartas rogatórias e os pedidos de extradição. Estes dois instrumentos, ao lado da homologação de sentença penal estrangeira, da transferência de processos criminais e da cooperação policial, são apontados como pertencentes a um grupo de “medidas de primeira geração” (LESSA, 2013, p. 130-131).

Ainda que de forma restrita, estes mecanismos se encontram cercados por um conjunto mínimo de garantias, processuais e materiais, que os tornam, ao menos em linhas gerais, compatíveis com uma reformulada cooperação jurídica internacional em matéria penal coadunada com os direitos e garantias fundamentais. Isto, não obstante, não os torna isentos de críticas, conforme se demonstrará na sequência.

No entanto, o estreitamento das relações internacionais e transnacionais

provocado por uma crescente globalização, que atinge várias áreas, o qual se soma ao advento de uma configuração social caracterizada por ser uma sociedade de risco, provocou o surgimento de uma nova criminalidade que tem na sua transnacionalidade uma de suas principais características. Em especial, a crescente globalização da economia mundial, alicerçada na desregulamentação dos mercados, no incremento da velocidade das comunicações, na facilitação e simplificação da circulação de capitais, bem como na implementação de cada vez mais sofisticadas tecnologias, para além de trazer inúmeros benefícios, criou as oportunidades necessárias para o desenvolvimento desta nova estrutura criminosa (DAVIN, 2007, p. 3-10).

Esta nova realidade, produto destas modificações sociais, econômicas e políticas, lança novos desafios ao direito penal, os quais podem conduzir a uma mudança de paradigmas que inclui, entre outras⁷⁷, a criação de novas formas de cooperação internacional (SIEBER, 2008, p. 7).

Isto porque, em face desta criminalidade transnacional, argumenta-se serem ineficientes os mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional, instrumentos concebidos para uma realidade jurídica, econômica e social que desconhecia a atual complexidade. Afinal, indaga-se "como é possível enfrentar o crime transnacional com tipificações e procedimentos penais forjados para crimes interindividuais e de âmbito nacional?" (FARIA, 2004, p. 9-10).

Diante desta nova realidade, a comunidade internacional responde através da criação de novos mecanismos de cooperação jurídica internacional, que visam superar as barreiras burocráticas e a morosidade típica daqueles instrumentos. Estes novos mecanismos, no entanto, representam flexibilizações a regras e princípios que se afiguram como verdadeiras garantias do cidadão suspeito ou acusado da prática de um ilícito penal, razão pela qual devem ser criados e incorporados com extrema cautela aos ordenamentos jurídicos pautados em ideais democráticos. Trata-se, sem qualquer dúvida, da aposição de novas e maiores restrições aos direitos fundamentais, materiais e processuais, dos concernidos.

Neste sentido, relevante é a percepção de que, em busca da promoção da segurança e da justiça penal, os direitos e garantias individuais não podem sofrer

⁷⁷ Ulrich Sieber destaca que esta mudança de paradigma revela-se, para além da criação de novas formas de cooperação internacional, "nas ações contra o terrorismo, por meio da dissolução de categorias políticas e jurídicas clássicas, como a distinção entre segurança interna e externa, guerra e crime, serviço secreto e polícia, polícia e milícia, assim como guerra e paz" (SIEBER, 2008, p. 7).

restrições desproporcionais e desmedidas, sob pena de provocar-se, com isso, sua progressiva aniquilação (VALENTE, 2006, p. 15), ignorando-se que “no outro lado da missão punitiva do Estado encontra-se uma pessoa, com inúmeras garantias e direitos historicamente assegurados (DEL GROSSI, 2014, p. 10).

Assim, é possível perceber, ao lado destes mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional em matéria penal, o surgimento de novos instrumentos pertencentes a uma “segunda geração” (LESSA, 2013, p. 131), cuja criação visa exatamente dar maior celeridade e, conseqüentemente, eficiência à cooperação entre Estados no tratamento de questões penais. Esta maior celeridade passa pela simplificação das formas, pela redução ou supressão de determinadas garantias e, em parte dos casos, pela substituição da via judicial pela via administrativa, com especial destaque para o instituto do auxílio direto.

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa explica que o crescimento da criminalidade transnacional provocou uma crescente celebração de tratados internacionais regulando novas formas de assistência interestatal pertencentes a esta segunda geração, que não podem ser distinguidas daquelas de primeira geração por seu objeto, ou seja, pela natureza da medida solicitada, mas tão somente pela sua forma, que engloba o alcance e a extensão das garantias nelas inseridas, e pelo momento histórico em que foram desenvolvidas (LESSA, 2013, p. 130-131).

Característica marcante deste novo arranjo é a aposta na cooperação direta como meio de se contornar os entraves decorrentes da tramitação concentrada dos mecanismos tradicionais em tribunais superiores afogados pela quantidade de processos das mais diversas naturezas. A cooperação direta, assim, caracteriza-se “pelo direcionamento direto de um pedido de cooperação pela autoridade ou pela instituição que demanda a medida à autoridade ou instituição de outro país competente para a sua execução”, reduzindo a distância entre elas e eliminando, na máxima medida possível, a intervenção de autoridades ou órgãos intermediários e sem competência para o cumprimento da medida solicitada.

No entanto, em razão da complexidade e diversidade dos aparatos estatais, bem como da coexistência em um mesmo Estado de uma pluralidade de órgãos com competências e atribuições muitas vezes aparentemente concorrentes, mesmo a cooperação direta tende a valer-se de pontos de contato ou autoridades de ligação, órgãos técnico-especializados, geralmente designados de autoridade central, e que têm por atribuição centralizar e distribuir os pedidos de cooperação recebidos ou

requeridos, atuando, portanto, como um “facilitador da cooperação” (LESSA, 2013, p. 146-148).

Ricardo Andrade Saadi e Camila Colares Bezerra destacam que a figura da autoridade central surge como parte de um “pacote de medidas voltadas à modernização da ajuda jurídica internacional”, a partir da ideia de concentrar em um único órgão o envio e o recebimento dos pedidos de cooperação internacional, conferindo a esta maior celeridade e efetividade. Além disto, permite a criação de corpos funcionais técnicos e especializados, o desenvolvimento de conhecimento agregado, a formação de redes de contato e a padronização de rotinas, diminuindo “o número de interlocutores e conseqüentemente a probabilidade de haver ruídos na comunicação interestatal”, tornando “o intercâmbio entre os Estados o mais fluido e eficiente possível”.

Efetivamente, esta concentração da interlocução nas autoridades centrais permite que estas adequem os pedidos de assistência aos requisitos e particularidades de cada medida, tratado e Estado contraparte, evitando recusas e devoluções motivadas por defeitos formais e, com isso, dotando a cooperação internacional de maior efetividade (SAADI; BEZERRA, 2012, p. 23).

Assim, a autoridade central atua nos pedidos ativos de cooperação verificando a adequação das solicitações a serem enviadas ao exterior aos respectivos requisitos normativos e sugerindo às autoridades nacionais eventuais ajustes e modificações, o que “tende a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação”. Já nos procedimentos passivos, sua atuação se dá no recebimento dos pedidos estrangeiros, na análise de sua regularidade e adequação formal às normas reguladoras e no seu encaminhamento ao órgão nacional competente para a sua execução (DEL GROSSI, 2014, p. 45).

Impende perceber que estas autoridades centrais não exercem nenhum controle sobre o mérito dos pleitos assistenciais que intermediam, competindo-lhes tão somente verificar a adequação formal dos pedidos de cooperação e encaminhá-los aos órgãos competentes para a sua execução. Neste sentido, estas autoridades não atuam nem como autoridade requerente de uma medida de auxílio, nem como autoridade requerida, mas apenas como ente de ligação e comunicação entre estas (LESSA, 2013, p. 148-149). Destaca Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi que “sua missão precípua, como ponto de contato, é facilitar e acelerar a tramitação dos pedidos de auxílio entre Estados” (DEL GROSSI, 2014, p. 41).

Sua atuação, portanto, funda-se em “dois eixos” que justificam sua própria existência: a concentração da comunicação interestatal como forma de conferir-lhe, de um lado, maior celeridade e efetividade e, de outro, a garantia da lisura da cooperação, “dando ao Estado e aos cidadãos que dela se utilizam maior garantia da autenticidade e legalidade do que [por ela] tramita”, se comparado com aquilo que se obteria por meio de uma cooperação direta pura e simples (SAADI; BEZERRA, 2012, p. 24).

Neste último fundamento de sua existência, a autoridade central desempenha um papel de controle da regularidade dos pedidos ativos e passivos de cooperação, certificando o respeito às suas normas reitoras e evitando a prática de atos à margem da legalidade. Não por outra razão, Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi e Ricardo Andrade Saadi e Camila Colares Bezerra entendem como correta e necessária a atribuição da função de autoridade central a órgão não vinculado àqueles habilitados e legitimados para requerer medidas de cooperação. Segundo o raciocínio dos autores, as funções próprias da autoridade central são substancialmente diferentes daquelas exercidas pelas “instituições com legitimidade para promover, internamente, as ações relativas ao cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica e igualmente, daquelas instituições que estão habilitadas a solicitar a cooperação de outro Estado”, notadamente, em matéria penal, “das funções típicas de investigação e persecução atribuídas à Polícia e ao Ministério Público” (SAADI; BEZERRA, 2012, p. 26). Nesta linha, a atuação da autoridade central não pode ser concebida como parte integrante ou ainda como extensão das funções exercidas por determinados órgãos estatais, mas como uma função autônoma e independente.

Sua inserção fora da estrutura dos órgãos investigativos e persecutórios contribui, assim, para evitar eventual atendimento privilegiado às demandas oriundas destes, bem como para evitar a transformação “[d]a cooperação em um instrumento exclusivo da acusação”, contribuindo para que se confira um “alcance igualitário aos instrumentos da cooperação à defesa” (DEL GROSSI, 2014, p. 46). Para além disto, esta independência orgânica da autoridade central lhe confere maior neutralidade e imparcialidade na análise da regularidade dos pedidos que por ela tramitam.

O que não se pode ignorar é a incidência imediata, também à cooperação jurídica internacional e seus diferentes instrumentos, dos direitos fundamentais albergados pelo ordenamento jurídico, que devem ser compreendidos, conforme já exposto, como limites à sua própria restringibilidade. Assim, é mister que as

disposições restritivas incidentes sobre estes direitos estejam amparadas pela necessária fundamentação constitucional, o que deve ser verificado por meio do exame da sua proporcionalidade.

Nos tópicos a seguir analisar-se-ão os três mais importantes instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal na atualidade, a extradição, a carta rogatória e o auxílio direto, para que, em seguida, se proceda a verificação da compatibilidade de algumas das disposições legais reitoras destes institutos aos direitos fundamentais por meio da aplicação do exame da proporcionalidade.

4.7.1 Extradição

O primeiro mecanismo tradicional de cooperação jurídica internacional em matéria penal é a extradição, que consiste no ato pelo qual "um Estado entrega um indivíduo a outro Estado que seja competente para processá-lo e aplicar eventual punição" (PIRES JÚNIOR, 2012, p. 17). A extradição possui, assim, um objeto bastante restrito, tratando-se, em razão deste, do instrumento de auxílio interetático que maior gravame provoca ao concernido, por intervir diretamente na sua liberdade pessoal e implicar no seu deslocamento forçado.

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa expõe que este se trata do mais antigo mecanismo de assistência interestatal em matéria criminal (LESSA, 2013, p. 133), estando presente no tratado de Kadesh celebrado entre o Egito e o povo hitita no século XIII a.C. (GOMES; ALMEIDA, 2010, p. 30), e tendo como importante marco o tratado celebrado em 1376 entre a França e a Sabóia. Neste período, no entanto, pouca semelhança guardava com a moderna extradição, servindo, à época, como "auxílio entre soberanos para perseguir inimigos do regime". Efetivamente, até meados do século XVIII esta forma de cooperação limitava-se aos crimes de deserção, aos crimes políticos e aos crimes religiosos. É efetivamente a partir de 1765, com a previsão da extraditabilidade de condenados por crimes comuns graves em tratado celebrado entre França e Espanha, e especialmente a partir de 1802, com a inclusão da vedação da extradição por crimes políticos em tratado celebrado entre Espanha, França e Inglaterra, que a extradição passa a receber seus contornos atuais (ABADE, 2013, p. 48-49). Fazendo referência às lições de Celso de Mello, Artur de

Brito Gueiros Souza coloca que é no século XIX que a extradição “passa a tomar as suas características definitivas” (SOUZA, 1998, p. 49).

Tal modalidade de cooperação internacional inaugura-se no ordenamento jurídico brasileiro com a celebração, em 1826, de tratado sobre o tema com a França, o qual foi seguido, nos dez anos seguintes, pela pactuação de ao menos três outros, com Portugal, Inglaterra e Alemanha (SOUZA, 1998, p. 49), consagrando-se em definitivo por meio da Circular do Ministério dos Negócios Estrangeiros de 1847, que regulamentou o processo extradicional brasileiro e instituiu a reciprocidade como requisito fundamental para a extradição sem tratado, bem como estabeleceu como seus princípios reitores “a exigência de gravidade do delito, a dupla tipicidade do fato, o princípio *lex loci delicti commissi*, a estipulação de ordem de preferência de pedidos e a vedação de extradição por crime de natureza política” (SOUZA, 1998, p. 57-60). A partir de 1911, com a edição da Lei 2.416/11, após uma progressiva ingerência do judiciário sobre os processos de extradição, instituiu-se finalmente o seu trâmite judiciário e a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a sua legalidade e procedência (SOUZA, 1998, p. 69), seguindo a tendência democrática instaurada pela Constituição republicana de 1891, que assegurava a inviolabilidade do direito de liberdade dos brasileiros e dos estrangeiro residentes no Brasil (SOUZA, 1998, p. 61).

A partir das lições de Artur de Brito Gueiros Souza é preciso perceber que a extradição é mais do que aquilo que expressa sua concepção material de “ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso à justiça de outro Estado competente para julgá-lo e puni-lo”. Mais do que isso, deve ser compreendida, como preleciona Jacob Dolinger, como um verdadeiro processo (SOUZA, 1998, p. 9) pelo qual se busca compatibilizar as pretensões de se “otimizar, com eficácia e celeridade, a (...) cooperação internacional em matéria penal” e a tutela dos direitos fundamentais do extraditando (SOUZA, 1998, p. 97-98), devendo-se assegurar-lhe as garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, este último exercido por meio da possibilidade de interposição de *habeas corpus* em face da decisão de procedência da extradição, diante da ausência de previsão legal de recurso em face dela (SOUZA, 1998, p. 119).

Nesta linha, Luiz Fernando Voss Chagas Lessa afirma que qualquer compreensão da extradição tão somente como uma relação bilateral entre Estados, da qual resulte a exclusão da participação ativa do extraditando no procedimento,

representaria uma “afrenta evidente ao *status libertatis* individual e, como tal, (...) uma agressão aos direitos humanos” (LESSA, 2013, p. 134).

Cumprir perceber que a extradição, tida como "o principal mecanismo da chamada cooperação internacional na repressão penal", tem como fundamento impedir que as fronteiras nacionais funcionem como fator de impunidade (SOUZA, 1998, p. 9-10). Neste sentido, explica Francisco Xavier da Silva Guimarães que predomina, por detrás dela, um sentido superior e universal de justiça e de solidariedade entre os países, concretizado na busca de se impedir que o indivíduo, condenado ou acusado, subtraia-se às consequências da lei penal (GUIMARÃES, 2002, p. 59)

Não obstante, a visão da extradição com um mero ato de solidariedade ou de cortesia entre Estados tem dado lugar a outra, que enxerga na entrega do extraditando, quando isto se mostrar possível de acordo com os limites legais, um "verdadeiro poder-dever dos Estados", ou seja, uma verdadeira obrigação a cargo do Estado requerido fulcrada na "luta planetária contra a delinquência". De fato, afirma Miguel Langón Cuñarro que não existem motivos válidos para a recusa ao pedido de extradição quando este se ajusta aos princípios que o regem e quando o Estado Requerente oferece as garantias necessárias (CUÑARRO, 1993, p. 109).

Esta obrigatoriedade da extradição, ademais, encontra guarida no Tratado Modelo de Extradição desenvolvido pela Assembleia Geral das Nações Unidas para servir como padrão a ser adotado pelos Estados quando da elaboração e celebração de tratados internacionais sobre extradição, que, em seu artigo 1º, tem como redação sugerida:

As partes obrigam-se reciprocamente a entregar, a pedido de uma delas e de acordo com as disposições do presente Tratado, as pessoas reclamadas para efeitos de procedimento no Estado requerente por uma infracção determinante da extradição, ou para a aplicação ou cumprimento de uma pena motivada por uma infracção desse tipo (ASSEMBLÉIA..., 1990).

É o que se extrai, por exemplo, do artigo 1º da Convenção Interamericana Sobre Extradição da Organização dos Estados Americanos, que dispõe que:

Os Estados Partes obrigam-se, nos termos desta Convenção, a entregar a

outros Estados Partes que o solicitem, as pessoas que forem reclamadas judicialmente para serem processadas, que estejam sendo processadas ou que tenham sido declaradas culpadas ou condenadas a cumprir pena de privação de liberdade (ORGANIZAÇÃO..., 1981).

E, ainda, do artigo 1º do Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL:

Os Estados Partes obrigam-se a entregar, reciprocamente, segundo as regras e as condições estabelecidas no presente Acordo, as pessoas que se encontrem em seus respectivos territórios e que sejam procuradas pelas autoridades competentes de outro Estado Parte, para serem processadas pela prática presumida de algum delito, que respondam a processo já em curso ou para a execução de uma pena privativa de liberdade (MERCOSUL, 1998).

Neste sentido, segundo Francisco Xavier da Silva Guimarães, "em havendo tratado, a concessão da extradicação derivará de obrigação convencional, assumindo caráter obrigatório" (GUIMARÃES, 2002, p. 62). Efetivamente, o objetivo dos tratados internacionais neste tema é justamente o de "tornar a extradicação obrigatória nos casos por ele previstos" (SOUZA, 1998, p. 11), reforçando o seu caráter jurídico em detrimento de sua raiz política.

A extradicação está hoje disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815/80, que, por tratar-se de diploma normativo anterior à vigente Constituição, deve ter suas normas interpretadas a partir desta. Em seu artigo 76, a referida lei estabelece que poderá ela ser concedida quando o pedido estrangeiro estiver fundamentado "em tratado, ou quando [o Estado requerente] prometer ao Brasil a reciprocidade", indicando a adoção daquilo que é conhecido por princípio da reciprocidade.

Determina este que a concessão da extradicação é condicionada à existência de tratado internacional entre o país requerente e o país requerido, pelo qual ambos se comprometem a efetuar a extradicação quando solicitados, ou, inexistindo este, à promessa, pelo país requerente, de reciprocidade de tratamento ao país requerido (SOUZA, 1998, p. 10-17). Tratam-se de hipóteses alternativas uma vez que existindo o tratado fica dispensada qualquer promessa adicional de reciprocidade (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 162).

No segundo caso, ou seja, diante da inexistência de tratado entre os

Estados, a promessa de reciprocidade oferecida pelo Estado Requerente será submetida a um juízo político e discricionário do Estado Requerido, que tem liberdade para aceitá-la, deferindo com isso a extradição, ou rejeitá-la (GUIMARÃES, 2002, p. 64). Nesta situação, a aceitação da promessa se dará durante a fase administrativa da extradição, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal tão somente verificar a existência formal de tal promessa pelo Estado requerente (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 164).

Esta restrição do campo de cognição da corte judiciária está em sintonia com a adoção, pelo Direito brasileiro, do sistema extradicional misto, também denominado de sistema de delibação. Neste, o poder judiciário participa de forma restrita do procedimento de “produção da vontade de extraditar”, exercendo tão somente um “controle de legalidade extrínseca do pedido de extradição”, sendo-lhe defeso imiscuir-se no mérito da decisão governamental de extraditar ou não (SOUZA, 1998, p. 40-41).

Como explica Sandro Brescovit Trotta, o sistema misto adotado pela legislação brasileira conjuga decisões administrativas e judiciais na formação da decisão extradicional⁷⁸. Ao judiciário atribui-se tão somente a análise “[d]os pressupostos objetivos para aceitação do pedido, previstos no tratado extradicional e na legislação doméstica” (TROTTA, 2010, p. 516-517), sendo a decisão final, de competência exclusiva do Presidente da República, um “ato de soberania (...) [que] não pode sofrer revisão judicial”, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento do pedido de extradição de Cesare Battisti formulado pela Itália (ABADE, 2013, p. 252-253).

Da análise da disciplina legal do instituto, percebe-se que está ele cercado de uma extensa regulamentação que visa delimitar as hipóteses em que será concedida a extradição, bem como formar um conjunto de garantias aos direitos fundamentais do extraditando. Neste sentido, o artigo 77 do Estatuto do Estrangeiro

⁷⁸ Denise Neves Abade aponta que o procedimento da extradição no Brasil é composto por três fases. A primeira, de natureza administrativa, engloba o recebimento do pedido pelo Ministério das Relações Exteriores e a análise prévia de sua admissibilidade pelo Ministério da Justiça, que poderá recusá-lo sumariamente. A segunda fase, de natureza judicial, inicia-se com o encaminhamento do pedido ao Supremo Tribunal Federal, que decidirá sobre a legalidade da extradição. Na terceira e última fase, de natureza novamente administrativa, o pedido extradicional, previamente autorizado pela corte suprema, é encaminhado ao Presidente da República que proferirá decisão definitiva sobre a extradição. Destaca a autora que “cabe ao STF tão somente o papel, na segunda fase, de autorizar ou não a extradição. Caso não autorize, a extradição não se realiza. Caso autorize, cabe ao Presidente determiná-la ou não (ABADE, 2013, p. 252-253).

estabelece que não será concedida a extradição quando: “se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido”⁷⁹, “o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente”, “o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando”, “a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano”, “o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”, “estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente”, “o fato constituir crime político” ou “o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção”. Na mesma linha, o artigo 91 do mesmo *codex* dispõe que não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de: “não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido”, “computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição”, “comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação”, “não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame” e “não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena”.

Destaca-se, entre estes, a adoção das regras da dupla incriminação, da especialidade, da comutação de pena corporal ou de morte, do *ne bis in idem* e da não reextradição. Sobre as três primeiras, alguns apontamentos são devidos.

A regra da dupla incriminação condiciona a extradição à exigência de que “o fato motivador do pedido seja qualificado como crime (...) tanto no Estado que requer, quanto naquele onde é requerido a entrega extraditacional” (SOUZA, 1998, p. 18). Manuel Monteiro Guedes Valente explica que esta exigência se justifica no fato do compromisso extraditório se alicerçar em um consenso entre os Estados acerca de quais valores e interesses são merecedores de tutela penal, não se admitindo a colaboração na repressão do cidadão por fato que não consubstancie, em seu ordenamento jurídico interno, uma censura jurídico-penal (VALENTE, 2006, p. 223-224). Na mesma linha, Denise Neves Abade aponta que, sob a perspectiva do Estado

⁷⁹ A isto, ampliando as hipóteses de extraditabilidade do nacional naturalizado, complementa o artigo 5º, LI, da Constituição Federal que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

requerido, a não extradição nos casos em que o fato imputado ao extraditando não é previsto como crime em seu ordenamento jurídico justifica-se tanto por uma ideia de “melhor alocação de recursos”, segundo a qual não seria adequado empregar os limitados recursos estatais, entre eles o “tempo de sua máquina pública”, para prestar assistência à persecução penal de uma conduta considerada internamente como penalmente irrelevante, quanto pela ilegitimidade do emprego da força coercitiva do Estado para fazer valer valores que este não considera como merecedores de tutela penal. Ao lado destes, destaca, ainda, esta autora que, sob a perspectiva dos direitos individuais, a exigência da dupla incriminação estaria alicerçada no próprio princípio da legalidade, que vedaria qualquer forma, direta ou indireta, de persecução penal motivada por fato não tipificado internamente (ABADE, 2013, p. 265-266).

Helmut Satzger e Frank Zimmermann, criticando a abolição relativa da dupla incriminação no seio da União Europeia por meio da implantação do Mandado de Detenção Europeu, afirmam, na mesma linha, que este requisito teria sua justificativa de ser no próprio princípio da legalidade, o que impediria sua supressão.

De fato, colocam os autores que, ao auxiliar um Estado estrangeiro na persecução de um indivíduo pela prática de um ato que, segundo suas próprias concepções jurídico-políticas, não é criminalmente punível, o Estado estaria infringindo “a máxima universalmente reconhecida *nulla poena sine lege*”, ou seja, o princípio da legalidade.

Salientam que não deve prosperar o argumento de que a legalidade incidiria apenas sobre “a sentença em si”. Segundo esta linha de pensamento, tal princípio apenas vedaria que o Estado proferisse uma decisão condenatória e impusesse uma pena em face do autor de um fato não previsto em lei como crime, vez que este seria o momento em que, imediatamente, se afirma a existência do crime e se aplica a pena. Contrariamente, a prática de atos de cooperação jurídica internacional tratar-se-ia tão somente de um ato preparatório à persecução penal por outro Estado, não havendo, portanto, que incidir sobre ela a legalidade criminal e penal, já que não há, pelo Estado cooperante, prolação de decisão que afirme a existência do crime ou que imponha pena.

Afastando tal assertiva, afirmam os autores que “é difícil, no entanto, negar que auxiliar um outro Estado a punir uma pessoa já é uma parte do processo de punição”, de forma que “as duas categorias não podem ser facilmente distinguidas, como pode parecer à primeira vista” (SATZGER; ZIMMERMANN, 2010, p. 427).

Parece assistir razão aos referidos autores, já que não é possível afastar a existência do ato instrumental, meio, da pretensão de seu praticar o ato decisório final, fim. Aquela só existe como parte integrante do processo de formação e legitimação deste, assim como este só existe como desdobramento daquele. Devem, portanto, estar sujeitos aos mesmos limites. Assim, se determinado ordenamento jurídico veda a incriminação e apenamento de atos não expressamente previstos em lei como crimes (*nulla poena nullum crimen sine lege*), nada mais lógico do que concluir que esta vedação se estende à prática dos atos instrumentais voltados à incriminação e apenamento destas condutas, sobretudo se dotados de carga coercitiva, ainda que estes atos finais estejam sob jurisdição estrangeira.

Tal percepção é mais evidente nos casos nos quais a conduta em questão foi praticada exclusivamente no Estado requerido, mas sobre ela estende-se a jurisdição do Estado requerente, seja porque o resultado se produz na jurisdição deste, seja em decorrência a regras de extraterritorialidade.

Vejam-se os seguintes exemplos⁸⁰:

Primeiro exemplo: “A”, nacional e residente no Estado de “Fantasia”, mantém conta bancária em instituição financeira sediada no Estado de “Utopia”. Determinado dia, percebe que esta instituição creditou erroneamente determinada quantia de dinheiro em sua conta. “A”, consciente de que se trata de um erro, mas conhecendo o sistema jurídico de “Fantasia” e sabendo que tal ato não é considerado crime segundo o ordenamento de “Fantasia”, aproveita-se do erro bancário e promove o saque, no território de “Fantasia” deste montante. Posteriormente, instaura-se um processo penal por estelionato em “Utopia”, que solicita a “Fantasia” a extradição de “A”.

Segundo exemplo: “B”, nacional e residente no Estado de “Fantasia”, redige e publica, via internet, texto na língua oficial do Estado de “Utopia” no qual critica acidamente várias autoridades religiosas da principal religião de “Utopia”. “B” tem conhecimento de que, segundo as leis de “Fantasia”, suas manifestações estão albergadas pela liberdade de expressão, não configurando, portanto, qualquer crime. No entanto, pela legislação de “Utopia”, estas manifestações configuram crime contra a honra. Instaura-se uma ação penal em “Utopia”, que solicita a extradição de “B” a “Fantasia”.

⁸⁰ Os exemplos foram inicialmente formulados por Satzger e Zimmermann (2010, p. 428-430) e adaptados neste trabalho.

Nestes casos, nos quais as condutas foram praticadas exclusivamente no território do Estado requerido, onde não configuram crime, a prestação da cooperação solicitada pelo Estado estrangeiro mostra-se flagrantemente contrária ao princípio da legalidade e às garantias de certeza legal dele decorrentes. Argumentam Satzger e Zimmermann que “é justo acreditar que nós não seremos extraditados a não ser que tenhamos violados as leis penais do Estado” em que estamos (SATZGER; ZIMMERMANN, 2010, p. 429).

E indagam: “o Estado requerido não estaria se colocando em contradição com seus próprios valores jurídicos ao ajudar a perseguir penalmente alguém por um ato que ele não considera punível sob o seu próprio direito?” (SATZGER; ZIMMERMANN, 2010, p. 430)

Diante disso, pode-se concluir, na linha dos autores, que o abandono ou a relativização da dupla incriminação podem resultar no surgimento de “conflitos com os fundamentos jurídicos do Estado requerido” (SATZGER; ZIMMERMANN, 2010, p. 430-431), sobretudo diante de crimes cujos resultados, naturais ou jurídicos, podem se produzir ou ter relevância no território de Estados que não aquele no qual a conduta foi praticada.

Por outro lado, com a exigência da dupla-incriminação, corre-se o risco da instituição de um forte entrave à persecução penal de determinados crimes, através da criação de verdadeiros santuários jurídico-penais (VALENTE, 2006, p. 226; RIBEIRO, 2012, p. 37).

A regra da especialidade, por sua vez, decorre do ônus imposto pela natureza convencional da extradição que impõe ao Estado Requerente o dever de respeitar o compromisso assumido perante o Estado Requerido de apenas processar, deter, prender ou submeter a pessoa extraditada a qualquer restrição pessoal em razão dos fatos que fundaram o pedido de entrega (VALENTE, 2006, p. 273). Assim, “concedida a extradição, o Estado requerente não deve fazer julgar o extraditado por delito diferente daquele que fundamentou seu pedido de extradição” (SOUZA, 1998, p. 23).

Tal regra veda, assim, que o extraditado seja processado ou apenado no país requerente por outros fatos anteriores ao pedido de extradição que não aquele ou aqueles expressamente deduzidos no pedido extradicional, bem como proíbe, da mesma forma, seja ele reextraditado a terceiro país para que, neste, o seja. Neste caso, havendo interesse, por parte do Estado requerente, em processar o extraditado

ou reextraditá-lo por fatos anteriores ao pedido, deverá ser formulado "pedido de extensão de extradição" ao Estado requerido, cujo consentimento será indispensável para a legalidade destes atos (SOUZA, 1998, p. 23).

José Paulo Baltazar Junior destaca que esta regra tem por objetivo evitar seja o extraditando submetido, no Estado requente, a perseguições penais arbitrárias por fatos anteriores ao pedido extradicional que, por suas circunstâncias, seriam incapazes de fundamentar um pedido autônomo de extradição ou extensão, seja por tratar-se de crime político, de fato atípico no Estado requerido, ou que não preencha qualquer dos requisitos necessários para o deferimento do pleito cooperacional (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 209).

Por fim, no que toca à exigência da comutação da pena corporal ou de morte em pena privativa de liberdade, prevista no artigo 91, c, do Estatuto do Estrangeiro, Artur de Brito Gueiros Souza aponta que esta regra suscita uma das mais acirradas controvérsias do campo do Direito Extradicional: a possibilidade de se estender esta obrigatoriedade às demais penas vedadas pela Constituição Federal, notadamente às penas de caráter perpétuo. Nas palavras do autor, “com efeito, repousa ela na dúvida de se saber se constitui obstáculo à conclusão de uma extradição o fato de estar o extraditando sujeito, em função do crime que lhe é atribuído, à pena de prisão perpétua no Estado requerente” (SOUZA, 1998, p. 143-144), questão que também se faz presente em havendo cominação de pena de trabalhos forçados, de banimento ou qualquer pena tida como cruel.

Denise Neves Abade explica que a discussão sobre a aplicabilidade direta das previsões constitucionais, notadamente do inciso XLVII⁸¹ do artigo 5º, nos processos extradicionais é antiga no Supremo Tribunal Federal. Destaca a autora que o tema ganhou relevância em 1962 quando a corte suprema determinou que extradição requerida pelo Estado belga só fosse concedida mediante a condição de que fosse comutada em pena de prisão a pena de trabalhos forçados prevista no ordenamento daquele país. Mais importante, o fez com base no artigo 12, d, do Decreto-Lei 394/38 que dispunha que “a entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assumira os compromissos seguintes: (...) d) comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração”, considerando, assim, que a pena de trabalhos forçados seria espécie de pena corporal, vedada pela legislação

⁸¹ “XLVII – 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”.

nacional. Em 1967, no entanto, no julgamento conhecido como “Caso Stangl”, o Supremo Tribunal Federal foi mais longe e determinou, com fundamento exclusivo no artigo 150, §11, da Constituição Federal do mesmo ano, que vedava as penas “de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco”, a exigência de comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade, determinando ser necessário “condicionar a extradição pelo menos à vedação constitucional de certas penas”.

Tal posição perdurou na corte até o julgamento, em 1985, do “Caso Weisse”, no qual fez-se vencedor o voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek, dando origem à chamada “Doutrina Rezek”, segundo a qual a verificação dos requisitos e condições para a extradição deve ficar adstrita aos comandos legais e convencionais. Esta linha de decisão só foi contrariada em 2004, no julgamento do “Caso Norambuena”. Neste, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, invocou a supremacia da Constituição para negar que se possa dar “precedência a prescrições de ordem meramente convencional ou de natureza simplesmente legal sobre regras inscritas na Constituição, que vedam, dentre outras sanções penais, a cominação e imposição de quaisquer penas de caráter perpétuo”, fazendo referência, ainda, à previsão constitucional de que a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios reitores da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (ABADE, 2013, p. 285-294). Tal posicionamento, ademais, está em consonância com o já referido princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, segundo o qual, em eventual conflito de normas, deve ser aplicada aquela que forneça a maior proteção ao ser humano.

Assim, quer parecer que a exigência de comutação de penas corporais e de morte contida no Estatuto do Estrangeiro deve, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, e, mais do que isso, de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, ser interpretada de forma extensiva a fim de que seja compreendida como uma norma que condiciona a entrega extradicionária à comutação de qualquer pena vedada no ordenamento jurídico brasileiro, pois, de fato, “não faria sentido, quando o próprio Estado brasileiro abomina a aplicação interna dessas espécies de pena, permitir, pela via oblíqua da extradição, a burla dessa garantia constitucional” (LESSA, 2013, p. 135).

Em sentido semelhante, a Exposição de Motivos do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América, elaborada por comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, fazendo referência à cláusula da ordem pública como

princípio reitor da assistência interestatal, destaca que

o poder público de um Estado não deve emanar atos contrários aos seus próprios princípios fundamentais, e tampouco atos que sirvam à prestação jurisdicional, noutro Estado, que também seja incompatível com aqueles mesmos princípios. Em decorrência desta cláusula, não se admite nem mesmo a prática de atos administrativos, tal como o registro de uma certidão de divórcio estrangeiro, ou a prática de atos judiciais ordinatórios que visem uma prestação jurisdicional incompatível com os princípios fundamentais do Estado do qual se reclama tais atos.

Assim, se a cláusula da ordem pública impede a prática de qualquer ato de cooperação que atente contra os princípios fundamentais do Estado do qual se requer a assistência, esta proibição certamente abrange a extradição para que se aplique ao extraditando penas vedadas por seu ordenamento jurídico, impondo-se, neste contexto, a exigência de comutação destas como condição para a sua entrega.

A restrição da amplitude da cognição do judiciário sobre a extradição imposta pelo sistema misto traz como consequência a afirmação do pronunciamento judicial como mero juízo de deliberação, pelo qual o Supremo Tribunal Federal realiza tão somente uma “análise (...) da existência dos requisitos para a sua concessão” (ABADE, 2013, p. 255-256). Assim, instaura-se um sistema de contenciosidade limitada que restringe a matéria apreciada, e consequentemente aquela que pode ser arguida pela defesa do extraditando, aos temas previstos no artigo 85, §1º, do Estatuto do Estrangeiro, quais sejam, “a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 203).

Com base nesta última expressão, que abre possibilidade para que a defesa conteste a legalidade da extradição, abre-se a possibilidade de exame da adequação do pedido extradicional não apenas à lei ordinária reitora da matéria e a eventual tratado bilateral, como assevera Denise Neves Abade (ABADE, 2013, p. 256), mas também ao respeito às normas estabelecidas no texto constitucional e nos demais documentos internacionais, notadamente as declarações de direitos humanos, já que eventual violações destas implica necessariamente na ilegalidade da extradição.

4.7.2 Cartas Rogatórias

A carta rogatória, segundo mecanismo tradicional de cooperação jurídica internacional em matéria penal, deve ser entendida como "o instrumento pelo qual se solicita a prática de diligência à autoridade judicial estrangeira" (BECHARA, 2011, p. 51). De uma forma mais completa, pode-se compreendê-la como "o pedido formal de assistência" (SOUZA, 2008, p. 315) "feito pela autoridade judicial de um Estado à de outro, para a realização de atos processuais" (LESSA, 2013, p. 135) "no território deste" (ARAUJO, 2010, p. 72). Trata-se de espécie bastante ampla de mecanismo de cooperação jurídica internacional, eis que pode ser utilizada a fim de veicular pretensões de diversas naturezas. Por esta sua amplitude, que ultrapassa, inclusive, a esfera penal, pode ser reconhecida como o mecanismo "mais tradicional de cooperação" jurídica internacional (ANSELMO, 2013, p. 124).

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa revela que este instituto está presente no direito brasileiro ao menos desde 1880, ano no qual foi inserido em tratado celebrado entre o Brasil e Argentina (LESSA, 2013, p. 136). Denise Neves Abade, por sua vez, indica que o primeiro ato jurídico sobre o tema foi o Aviso Circular nº 1 de 1º de outubro de 1847 (ABADE, 2013, p. 331-332).

Segundo Fábio Ramazzini Bechara, as cartas rogatórias, no que tocam à natureza do seu objeto, podem ser ordinatórias, quando têm por finalidade a produção de um ato processual como a citação, a notificação ou a intimação, instrutórias, quando visam a produção de um ato de coleta de prova, como a oitiva de testemunha, ou executórias, quando objetivam a prática de ato processual construtivo, como a busca e apreensão (BECHARA, 2011, p. 52). Desta forma, não se pode confundir o mecanismo utilizado para a cooperação, a carta rogatória, com o conteúdo do pedido de cooperação. Efetivamente, em que pese alguns mecanismos se destinem a veicular uma única e específica espécie de pedido, como é o caso da extradição, a carta rogatória é instrumento que pode transmitir uma ampla gama de pedidos distintos.

Denise Neves Abade explica que, desde o Aviso Circular nº 1 de 1847, a regulamentação das cartas rogatórias se fez acompanhar da proibição expressa da execução daquelas que continham cunho executório, vedação esta que perdurou até a edição da Resolução 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça, que regulamentou o

trâmite desta espécie perante aquela corte.

Segundo a autora, tal proibição tinha como fundamento o fato de que até a Constituição de 1934 a carta rogatória não possui tramitação judicial, mas meramente administrativa. Assim, e considerando que a legislação brasileira estabelecia competência judicial para a expedição de atos constrictivos sobre bens e direitos, “era necessário submeter os atos de constrição estrangeiros ao crivo do Judiciário por meio da ação de homologação de sentença estrangeira, esta sim, submetida ao Supremo Tribunal Federal” já àquela época. O que se percebe, portanto, é que a vedação às cartas rogatórias executórias fundava-se em uma questão envolvendo a competência para autorizar a execução do feito, se judiciária ou administrativa, e não propriamente na proibição da execução dos pedidos estrangeiros de conteúdo executório, vez que estes podiam ser efetivados por meio da ação de homologação de sentença estrangeira.

No entanto, em que pese a Constituição de 1934 tenha conferido ao Supremo Tribunal Federal a competência para autorizar o cumprimento das cartas rogatórias, pondo fim, portanto, ao fundamento que justificava a denegação das rogatórias executórias, “tal mudança passou despercebida à doutrina e à jurisprudência, que continuaram a repetir, como um mantra, a vedação às cartas rogatórias passivas executórias” (ABADE, 2013, p. 332-335).

A carta rogatória, como mecanismo tradicional de cooperação jurídica internacional, tem, portanto, desde 1934, tramitação judiciária, estando o seu cumprimento, ao menos nos casos onde o Brasil figura como Estado requerido, subordinado a juízo de admissibilidade e autorização de execução emitida pelo poder judiciário, o chamado *exequatur*, instituído inserido no direito brasileiro pela Lei 221/1894. Desde então, o cumprimento da rogatória e a consequente realização da diligência rogada no território brasileiro estão condicionadas à previa autorização de cumprimento emitida, até 1934, pelo poder executivo, e, após então, por órgão superior do judiciário (ARAUJO, 2010, p. 76). Cumpre destacar que em tal juízo de delibação será apenas verificado o cumprimento dos requisitos formais para o processamento do pedido de cooperação, bem como perquirida eventual violação à soberania e à ordem pública brasileira (ABADE, 2013, p. 322), tratando-se, assim, tão somente de uma análise da admissão ou não, pelo ordenamento jurídico pátrio, do cumprimento da diligência rogada (LESSA, 2013, p. 137), não havendo, nele, análise do mérito da decisão ou dos fatos que a ela subjazem. Nadia de Araujo, transcrevendo

trecho de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal⁸², bem explica esta restrição nos seguintes termos:

Em tema de comissões rogatórias passivas (...) o ordenamento normativo brasileiro instituiu o sistema de contenciosidade limitada, somente admitindo impugnação contrária à concessão do *exequatur*, quando fundada em pontos específicos, como a falta de autenticidade dos documentos, a inobservância de formalidades legais ou a ocorrência de desrespeito à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional. Torna-se inviável, portanto, no âmbito de cartas rogatórias passivas, pretender discutir, perante o Tribunal do foro (...), o fundo da controvérsia jurídica que originou, no juízo rogante, a instauração do pertinente processo, exceto se essa questão traduzir situação caracterizadora de ofensa à soberania nacional ou de desrespeito à ordem pública brasileira (ARAUJO, 2010, p. 114)

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, as cartas rogatórias deixaram de tramitar perante o Supremo Tribunal Federal e passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do disposto no artigo 105, I, i, da Constituição Federal. Desde então, mais de dez mil cartas rogatórias foram processadas por esta corte.

Em razão de sua tramitação concentrada em instância superior do Poder Judiciário, o tempo médio de tramitação das cartas rogatórias passivas no Brasil é de cerca de 378 dias, chegando ao tempo médio de cerca de 494 dias quando se levam em conta apenas as cartas rogatórias envolvendo matéria penal (MACHADO, 2005, p. 116-117).

A partir da Emenda Regimental 18/2014, a tramitação das cartas rogatórias passou a ser disciplinada pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seus artigos 216-O a 216-X, tendo sido revogada a Resolução 9/2005 daquela corte, que regulamentava, em caráter transitório, o tema.

Esta nova disciplina processual mantém a atribuição do presidente do Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exaquetur* nas cartas rogatórias, autorizando expressamente que tal autorização de cumprimento se dê tanto em cartas que tenham por objeto atos decisórios quanto atos não decisórios, o que significa a manutenção e consagração da admissão das rogatórias de cunho executório. Além disto, na linha do que já dispunha a revogada Resolução 9/2005, estabelece-se que

⁸² Trata-se da decisão proferida no julgamento da Carta Rogatória 8346, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em 1999.

“os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejam juízo deliberatório (...) serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”, ainda que tenham sido indevidamente nominadas, pela autoridade requerente estrangeira, como carta rogatória. Efetivamente, disto se extrai que o pedido de cooperação apenas será processado como verdadeira carta rogatória nos casos nos quais existir alguma decisão judicial estrangeira a ser delibada.

Nadia de Araujo, nesta linha, explica que “muitas cartas rogatórias têm tido o *exequatur* indeferido com base no entendimento de que aquela corte somente pode realizar juízo de delibação relativamente a uma decisão judicial estrangeira”, ao que complementa que “somente [se] pode conceder *exequatur* às cartas rogatórias (...) caso elas sejam verdadeiramente decisões (...) exaradas por autoridade judiciária estrangeiras”, visto que inexistindo decisão a ser delibada, o pleito deve ser convertido em outra modalidade assistencial, o pedido de auxílio direito (ARAUJO, 2010, p. 85-86).

Os artigos 216-P e 216-Q revelam um dos pontos mais problemáticos do regime cooperacional brasileiro. O segundo destes dispositivos estabelece a obrigatoriedade de instauração do contraditório durante a tramitação das rogatórias, dispondo que “a parte requerida será intimada para, no prazo de quinze dias, impugnar o pedido de concessão de *exequatur*”, admitindo-se seja este contraditório diferido, nos termos do seu §1º, quando a intimação do sujeito passivo “puder resultar na ineficiência da cooperação internacional”. Nadia de Araujo explica que, em decorrência da natureza jurisdicional da atividade de cooperação, confere-se aos concernidos “a possibilidade de oferecer resistência à pretensão jurídica de produção de efeitos no território nacional de atos e sentenças proferidas em foros alienígenas, como corolário às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” (ARAUJO, 2010, p. 106).

No entanto, o §2º deste dispositivo determina que “no processo de concessão do *exequatur*, a defesa somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da decisão e a observância dos requisitos previstos neste Regimento”, reproduzindo o tradicional regime procedimental de cognição limitada conhecido como “sistema de contenciosidade limitada” (ARAUJO, 2010, p. 112).

Não obstante, o primeiro dispositivo referido estabelece que “não será concedido *exequatur* à carta rogatória que ofender a soberania nacional, a dignidade

da pessoa humana e/ou a ordem pública”, constituindo-se em “verdadeira válvula de escape” apta a permitir que questões atinentes ao respeito à dignidade e aos direitos fundamentais do concernido sejam invocadas e discutidas durante a fase de deliberação da rogatória (ABADE, 2013, p. 353).

Tal abertura da cláusula da ordem pública permite, entre outras possibilidades, a imposição da dupla incriminação como requisito para a concessão do *exequatur* a pedidos de cooperação de segundo nível, ou seja, que possuem um componente coercitivo (VASCONCELOS, 2013, p. 166).

Cumpre, ademais, destacar que, com base em previsão regimental, “havendo impugnação ao pedido de concessão de *exequatur* a carta rogatória de ato decisório, o Presidente poderá determinar a distribuição dos autos do processo para julgamento pela Corte Especial”, estando sujeitas a recurso de agravo todas as decisões “do Presidente ou do relator na concessão de *exequatur* a carta rogatória”, estabelecendo-se, com isso, a garantia do duplo grau de jurisdição ao deferimento de cumprimento das rogatórias de conteúdo decisório.

4.7.3 Auxílio Direto

Dentre os novos mecanismos de cooperação jurídica internacional, especial destaque deve ser dado ao auxílio direto.

Nadia de Araujo explica que, ante a necessidade de respostas mais rápidas aos pedidos de assistência formulados, as cartas rogatórias e os pedidos de homologação e execução de sentença estrangeiras estão “sob fogo cerrado em todo o mundo”, abrindo espaço para uma nova modalidade de cooperação jurídica internacional conhecida como auxílio direto (ARAUJO, 2012, p. 45), que emerge com o fim de dar cabo às necessidades de cooperação não supridas de forma adequada por aqueles (LESSA, 2013, p. 169-170).

Em que pese a inexistência de uma conceituação precisa, este pode ser definido como “uma nova modalidade de cooperação jurídica internacional, pela qual o Estado Requerente solicita auxílio ao Estado Requerido para que determinada providência seja tomada em âmbito nacional” (SIQUEIRA; HAYESHI, 2013, p. 137) “como se o procedimento fosse interno” (LOULA, 2011, p. 56). Neste sentido, com

base na definição proposta por Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi, pode-se compreendê-lo como o instrumento pelo qual o Estado estrangeiro formula pedido de cooperação ao Estado requerido por meio de sua autoridade central, o qual será atendido pela autoridade nacional competente para a prática do ato, que será realizado exatamente como se um procedimento nacional fosse (DEL GROSSI, 2014, p. 35).

Trata-se de um novo meio de cooperação internacional que, longe de pôr fim à existência dos mecanismos tradicionais, em especial a carta rogatória, passa a com eles coexistir (ARAS, 2010b, p. 354), complementando e, em alguns pontos, substituindo-os, mas não encampando para si todo o campo de utilização daqueles (LESSA, 2013, p. 178). Efetivamente, o auxílio direto e as rogatórias afiguram-se como “os mecanismos de assistência judicial internacional mais utilizados na atualidade” (VASCONCELLOS, 2013, p. 140).

Inicialmente, cumpre destacar a utilização da expressão em língua inglesa *mutual legal assistance*, também referida como MLA, como sinônima da expressão auxílio direto (LESSA, 2013, p. 169), em que pese aquela, em sua essência, seja mais ampla que este por se referir genericamente à assistência jurídica recíproca.

Dois são as características do auxílio direto que o diferenciam dos mecanismos tradicionais de cooperação jurídica internacional. Primeiramente, o auxílio direto trata-se de assistência prestada entre autoridades administrativas e não entre autoridades judiciais dos Estados envolvidos, como ocorre nas cartas rogatórias. Três consequências advêm desta alteração: a) os pedidos de auxílio direto possuem como interlocutores autoridades administrativas especializadas, as autoridades centrais, desviando, portanto, o canal diplomático, e obtendo, com isso, maior celeridade na sua transmissão e efetividade no seu cumprimento; b) o pedido de auxílio direto, por tramitar perante e entre as autoridades centrais, possui um processamento essencialmente administrativo, mais célere e menos burocrático que o trâmite judicial das cartas rogatórias. Apenas nos casos onde o objeto do pedido depende da prolação de uma decisão judicial no território do Estado Requerido é que o trâmite e a intervenção judicial serão necessários; e c) por não se tratar de uma forma de cooperação entre autoridades judiciais, o pedido de auxílio direito pode, ao menos em tese, ser requerido por uma gama extremamente ampla de interessados, tais quais o próprio poder judiciário, o Ministério Público, as autoridades policiais, a defesa dos acusados, ou outras autoridades administrativas.

Em segundo lugar encontra-se "o fato de que o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador", já que não encaminha uma decisão judicial a ser executada, mas sim um verdadeiro pedido a ser apreciado pela autoridade do Estado requerido, que analisará não apenas as questões formais do pedido, mas seu próprio mérito (BECHARA, 2011, p. 54-55).

Assim, no auxílio direito, a autoridade estrangeira requerente não submete à autoridade requerida uma decisão judicial a ser executada, mas, ao invés disso, formula, na qualidade de parte, um pedido a ser apreciado e eventualmente atendido no Estado requerido segundo suas próprias normas jurídicas (SIQUEIRA; HAYESHI, 2013, p. 137). Desta forma, caso seja necessária a prolação de uma decisão judicial no Estado requerido para a concessão do pedido formulado, a autoridade central requerida providenciará, nos termos do ordenamento jurídico nacional, o ajuizamento da demanda judicial necessária perante o poder judiciário do Estado requerido, a qual tramitará de acordo com o regramento processual deste (DIPP, 2008, p. 31). Cumpre ressaltar que, nesta modalidade de cooperação jurídica internacional, em sendo necessário o ajuizamento de um feito judicial, a autoridade judicial do Estado requerido "tem cognição plena para apreciá-lo" (TOFFOLI; CESTARI, 2008, p. 26).

De fato, tratando-se de pedido que demanda a prolação de uma decisão judicial pelo Poder Judiciário do Estado Requerido, o feito instaurado tramitará exatamente da mesma forma que tramitaria nos casos nos quais ambas as partes fossem pessoas (físicas ou jurídicas) domiciliadas no seu território.

Outra característica do auxílio direto, e que o distingue das cartas rogatórias, é a não exigência da concessão de *exequatur* para o seu cumprimento, eis que, por não existir decisão judicial estrangeira, não há nada a ser delibado. Fixa-se, assim, uma importante demarcação do cabimento das modalidades assistenciais. De um lado, não havendo decisão judicial a ser delibada, deve o pedido ser feito por meio de auxílio direito, de outro, havendo decisão judicial estrangeira, esta deve necessariamente ser submetida à delibação por meio de carta rogatória (ARAUJO, 2010, p. 97). Assim, enquanto a carta rogatória presta-se à execução de uma decisão judicial estrangeira no território do Estado requerido, não se conferindo às autoridades deste qualquer cognição sobre o mérito do que foi solicitado, o auxílio direito veicula verdadeiro pedido formulado pelo Estado requerente ao Estado requerido, que o decidirá mediante o exercício de cognição plena e exauriente sobre ele (DEL GROSSI, 2014, p. 37).

O auxílio direto, portanto, deverá ser empregado sempre que um Estado, a fim de dar subsídio a um procedimento em trâmite no seu próprio território, necessitar de alguma providência que exija pronunciamento judicial no Estado requerido (DEL GROSSI, 2014, p. 40).

Não obstante, no caso de auxílio direto em que o Estado brasileiro figura como Estado requerido, inexistindo pacto internacional ou acordo de reciprocidade entre o Estado requerente e o Brasil, o pedido deverá necessariamente ser encaminhado pela autoridade central brasileira ao Superior Tribunal de Justiça, que analisará a necessidade ou não de juízo de delibação. Inexistindo necessidade de delibação, o feito será devolvido ao Ministério de Justiça para que sejam tomadas as medidas necessárias ao cumprimento do auxílio direto (SIQUEIRA; HAYESHI, 2013, p. 143-144).

Neste sentido, em que pese existam casos nos quais será dispensada a intervenção judicial, a regra é que, segundo o regramento brasileiro, inexistindo tratado internacional ou acordo de reciprocidade, o auxílio direto dependerá de ordem judicial para o seu cumprimento (ARAÚJO, 2012, p. 46), ainda que esta se limite a afirmar a desnecessidade de intervenção judicial.

O auxílio direto visa, assim, agilizar os procedimentos de cooperação jurídica internacional (não apenas em matéria penal), em razão da morosidade associada aos mecanismos tradicionais de assistência interestatal, seja pela mitigação da necessidade de intervenção judicial centralizada em Cortes superiores, seja pela substituição da via de comunicação diplomática por uma via de comunicação centralizada nas autoridades centrais.

Não obstante, a ausência de uma regulamentação interna sobre este instituto, e sua regulamentação exclusiva por meio de convenções e tratados internacionais, com significativa variação de conteúdo, provoca o enfraquecimento da tutela dos direitos fundamentais das pessoas acusadas e investigadas (VASCONCELOS, 2013, p. 169). Isto se percebe, por exemplo, na formulação no bojo destes tratados de regras que dispensam a dupla incriminação como requisito para a prestação de medidas de assistência de segundo nível (VASCONCELLOS, 2013, p. 166) ou ainda de regras que afastam, no âmbito da cooperação, posições jusfundamentais como o sigilo bancário, tal como a contida no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal celebrado entre Brasil e Canadá, que dispõe que “o Estado requerido, de acordo com suas leis e procedimentos, poderá executar uma solicitação

de assistência independentemente de limitações relativas a sigilo bancário”.

Em especial, assume destaque a questão que envolve a restrição da sua utilização aos órgãos estatais e a vedação imposta aos indivíduos concernidos de manejá-lo ou mesmo participar e intervir no seu trâmite. Tal vedação, que é conhecida por estar presente no tratado de cooperação entre Brasil e Estados Unidos da América, referido geralmente como MLAT Brasil/Estados Unidos, em referência à sua nomenclatura na língua inglesa de *mutual legal assistance treaty*, se faz presente também em uma série de outros tratados que regulam o auxílio direto.

Assim, a previsão está inserida não apenas em tratados bilaterais, mas até mesmo em convenções multilaterais como o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul, conhecido como Protocolo de San Luis, que, em seu artigo 1º, item 1, dispõe que “o presente Protocolo tem por finalidade a assistência jurídica mútua em assuntos penais entre as autoridades competentes dos Estados Partes” e no item 2 do mesmo artigo, que “as disposições do presente Protocolo não conferem direitos aos particulares para a obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência”.

E, de forma semelhante, na Convenção Interamericana Sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, em seu artigo 2º, item 3, o qual estabelece que “esta Convenção aplica-se unicamente à prestação de assistência mútua entre os Estados Partes; suas disposições não autorizam os particulares a obter ou excluir provas nem a impedir o cumprimento de qualquer pedido de assistência”.

Disposição da mesma ordem, como exposto, consta do artigo 1º, item 5, do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, que determina que “o presente Acordo destina-se tão somente a assistência judiciária mútua entre as Partes” e que “seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”. Disposições semelhantes podem ser encontradas nos tratados celebrados pelo Brasil com Colômbia, Peru, Espanha, Ucrânia, Suriname, Nigéria, México, Honduras, Reino Unido, Panamá e Uruguai, ainda que a forma de redação possa variar (DEL GROSSI, 2014, p. 58-59).

Solange Mendes de Souza, em atenção à referida disposição do Protocolo de San Luis, esclarece que esta convenção “veda aos particulares a possibilidade de oposição ao cumprimento de uma solicitação de assistência, além de não lhes conferir direitos para a obtenção (...) de provas”. Desta forma, aos indivíduos concernidos “não

é conferida legitimidade ativa, não podendo solicitar assistência, (...) [e] também não lhes é conferida legitimidade passiva, não lhes sendo possível intervir no pedido de assistência, opondo-se à pretensão deduzida” (SOUZA, 2001, p. 200).

Helena Vasconcellos critica estas previsões afirmando que “inúmeros são os preceitos constitucionais violados” por elas, invocando ofensa aos princípios da paridade de armas, do contraditório, da isonomia e do devido processo legal (VASCONCELLOS, 2013, p. 174). Nisto é acompanhada por Vladimir Aras, que afirma que “na perspectiva brasileira (...) [o] MLAT Brasil-EUA é inconstitucional” por violação ao devido processo legal e à ampla defesa (ARAS, 2010b, p. 360-361), e por Raúl Cervini, para o qual “normas desse caráter cerceiam radicalmente o direito de ampla defesa consagrado no plano interno, a partir da própria Constituição (..) e em Tratados internacionais de Direitos Humanos” (CERVINI, 2000, p. 77). Em relação a estes, o autor faz especial referência às garantias processuais instituídas pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, às quais pode-se adicionar outras, como as previstas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi, também criticando as previsões, assevera que os tratados em questão não contêm, neste ponto, regras que atendam aos parâmetros normativos de um julgamento justo, por ignorar que todo processo ou procedimento conta sempre com ao menos duas partes, as quais devem possuir direitos iguais. Argumenta que

não se devem buscar procedimentos para garantir o julgamento ideal; não existem julgamentos ideais, quer para a acusação quer para a defesa. (...) se devem buscar leis que estabeleçam um padrão de procedimentos que cumpram adequadamente as demandas de um julgamento justo em procedimentos judiciais (DEL GROSSI, 2014, p. 123-124).

E isto apenas pode ser obtido por meio da atribuição, à defesa do concernido, dos mesmos expedientes disponíveis à acusação, dentre eles a possibilidade de solicitar a produção de prova no exterior e de acompanhar e participar da sua produção, inclusive mediante a possibilidade de se opor à sua realização (DEL GROSSI, 2014, p. 126).

Disto percebe-se que o auxílio direto, apesar de apresentar vantagens em relação às cartas rogatórias, notadamente no que toca à sua maior celeridade decorrente de sua transmissão pelo canal de comunicação das autoridades centrais

e à sua integral submissão à cognição nacional, traz, em compensação, um enfraquecimento de determinadas posições jusfundamentais do concernido, apesar de, em regra, conterem previsões que permitem a denegação da assistência por ofensa à ordem pública.

4.8 A PROPORCIONALIDADE APLICADA AOS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Expostas as linhas gerais dos três principais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, parte-se agora para a análise de algumas das disposições restritivas de direitos fundamentais contidas nos seus regramentos à luz da estrutura da proporcionalidade anteriormente explorada. A realização desta análise no presente trabalho pretende não apenas verificar a compatibilidade das normas analisadas com os direitos fundamentais e, portanto, com a Constituição, mas também demonstrar que a regra da proporcionalidade, como método, se mostra adequada para a avaliação destes instrumentos à luz dos direitos fundamentais compreendidos como limites materiais.

Trata-se, portanto, de exame que não visa somente realizar a verificação da compatibilidade de determinadas normas com os direitos fundamentais, mas também comprovar a própria utilidade da ferramenta empregada, a qual vincula esta compatibilidade com a observância da regra da proporcionalidade e suas três máximas parciais.

A primeira norma que se pretende analisar é aquela contida no artigo 91, III, do Estatuto do Estrangeiro e que estabelece como condição à entrega do extraditando a exigência de que o Estado estrangeiro assumira o compromisso de “comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte” eventualmente aplicável ao concernido. Importante, neste contexto, perceber que a imposição desta exigência de comutação apenas em relação às penas corporais e de morte significa uma autorização legal para a entrega incondicionada do extraditando quando a pena que lhe pode ser imposta no Estado requerente for qualquer outra, inclusive penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, desde que não corporais. Assim, a medida restritiva de direitos fundamentais está justamente na

autorização legal de extradição para o cumprimento destas penas.

Inicialmente, deve-se destacar que a extradição para a imposição destas penas configura uma intervenção sobre direitos fundamentais, em primeiro lugar, pois o direito de não ser extraditado está incluído no âmbito de proteção amplo do direito à liberdade e, mais do que isso, o direito de não sofrer penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis é protegido não apenas pelo âmbito de proteção amplo dos direitos fundamentais à liberdade e à humanidade das penas, mas pela própria dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, porque a extradição e conseqüente imposição destas penas intervém em tais posições jusfundamentais, transformando um direito *prima facie*, o direito de não ser extraditado e de não sofrer tais sanções, em um não direito definitivo, a negação do direito de não ser extraditado diante de tais penas, ou seja, a possibilidade da extradição nestes casos.

Existindo, portanto, uma intervenção sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental, resta verificar a existência ou não de fundamentação constitucional que a ampare.

Antes, porém, cumpre rememorar que a análise da proporcionalidade apenas tem cabimento diante de medidas restritivas que revelem colisões entre princípios. E, na questão ora sob análise, poder-se-ia argumentar estar-se diante de um conflito entre regras: a regra contida no artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal⁸³ e a contida no artigo 91, III, do Estatuto do Estrangeiro⁸⁴, e que deve, portanto, ser resolvido no plano da validade pela declaração da invalidade total ou parcial de uma delas. Poder-se-ia, neste contexto, invocar o critério da especialidade para afirmar a norma infraconstitucional como uma exceção à norma geral da constituição. Poder-se-ia, da mesma forma, invocar o critério da hierarquia ou o cronológico como justificativa para uma invalidação total da norma infraconstitucional pela sua não recepção ao ordenamento constitucional fundado pela Constituição de 1988.

No entanto, quer parecer que a regra constitucional não conflita diretamente com a regra legal, pois seus campos de incidência são diferentes: a regra constitucional incide sobre os apenamentos aplicados pelo Estado brasileiro dentro

⁸³ “XLVII - 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”.

⁸⁴ “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: (...)III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação”.

do seu território, a regra legal incide sobre a extraditabilidade e a necessidade de compromisso de comutação de pena pelo Estado estrangeiro.

Não obstante, há um claro desassossego entre esta regra infraconstitucional e o princípio da humanidade das penas contido no ordenamento constitucional, e que pode ser extraído dos incisos III⁸⁵, XLVII e XLIX⁸⁶ do artigo 5º do texto constitucional, bem como entre ela e o direito fundamental à liberdade.

Assim, e como não se pode falar propriamente em um conflito entre uma regra e um princípio, a questão que emerge é a colisão entre estes princípios e o princípio que dá suporte a tal regra, o que torna cabível a aplicação da regra da proporcionalidade. Há uma regra (a extraditabilidade para a aplicação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis) que restringe um direito fundamental (o direito à liberdade e o direito à humanidade das penas) em prol da satisfação de um interesse constitucionalmente legítimo (a cooperação entre Estados para a repressão do crime). É a proporcionalidade e a constitucionalidade desta regra restritiva que se pretende verificar.

O primeiro exame a ser realizado é o da adequação da medida restritiva. Indaga-se se a medida restritiva é apta a fomentar a satisfação do interesse que a justifica. Trata-se de uma análise absoluta. Neste ponto, quer parecer que a regra em questão, ao estabelecer uma extraditabilidade ampla, exigindo a comutação apenas de penas corporais e de morte, efetivamente fomenta a satisfação do interesse de cooperação internacional em matéria penal. A regra não é de todo inadequada a promover o fim almejado e esta percepção é suficiente.

O segundo exame diz respeito à necessidade da medida restritiva, tratando-se de exame não mais absoluto, mas relativo. A medida restritiva concreta, a extraditabilidade sem a imposição de condição de comutação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, deve ter a sua eficácia para o fomento do interesse perseguido comparada com a de medidas restritivas alternativas e menos graves aos direitos fundamentais atingidos. Deve-se compará-la, assim, com uma hipotética norma que preveja a necessidade de comutar estas penas como condição à extradição, verificando-se se esta implicaria em prejuízo ou diminuição à eficácia da prossecução dos interesses de cooperação para a persecução e repressão do crime.

⁸⁵ “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁸⁶ “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Pode-se argumentar, neste ponto, que a imposição da condição ao Estado estrangeiro de comutar tais penas em privativas de liberdade em nada prejudica o interesse de cooperação, pois não impede a realização da extradição, que continua ocorrendo em todos os casos e hipóteses em que ocorreria. De outro lado, a imposição de uma condição, é possível defender, dificulta a cooperação, pois esta poderia esbarrar na relutância ou recusa, por qualquer razão, do Estado requerente em assumir tal compromisso. Não se pode, assim, afirmar a existência de medida alternativa que seja menos gravosa aos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, tão eficaz quanto a medida concreta sob análise. Diante disto, é possível concluir que a medida restritiva concreta, a imposição tão somente da condição de comutar as penas corporais e de morte, é, para além de adequada, necessária para o fomento da cooperação internacional em matéria penal.

O terceiro e último exame a ser realizado é o da proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva, momento em que deve ser realizada a ponderação dos interesses colidentes por meio da fórmula do peso alexyana.

Cumpra perceber que esta ponderação é em muito semelhante àquela já realizada previamente pelo constituinte quando do estabelecimento das já mencionadas regras constantes dos incisos III, XLVII e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal. Tratando-se de ponderação prévia realizada pelo próprio constituinte, e tomando-se como premissa a inexistência de normas inconstitucionais no corpo da Constituição, deve-se aceitar tais ponderações como constitucionalmente corretas e, portanto, levá-las em conta quando da realização de novos sopesamentos.

A primeira variável da fórmula do peso é aquela que confronta a intensidade da intervenção no princípio intervindo, IP_iC , e a importância concreta da realização do princípio que justifica a intervenção, WP_jC , que representa nada mais do que a intensidade da intervenção que a supressão da medida concreta provocaria neste.

No caso da norma que autoriza a extradição para a aplicação de penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, considerando-se a prévia decisão constitucional de vedar incondicionalmente a sua aplicação dentro do território nacional, deve-se reconhecer que se trata de intervenção grave sobre os direitos fundamentais à liberdade e a penas humanas, bem como à própria dignidade da pessoa humana. Efetivamente, se o próprio constituinte afirmou a incompatibilidade destas penas com o ordenamento constitucional brasileiro, disso só se pode concluir que são elas dotadas de especial gravidade que justifica a denegação da prestação

da extradição quando voltada à sua aplicação. Assim, $IP_iC = s$.

No outro vértice situa-se a importância concreta da satisfação do interesse contraposto, representado pelo interesse na prestação da cooperação para a persecução e repressão do crime. Nele deve-se analisar a intensidade da interferência que a supressão da medida concreta provocaria no sentido da não satisfação deste interesse que a justifica. Ou seja, a intensidade na qual a exigência da comutação daquelas penas como condição para a entrega extradicional interferiria para a não realização daquele interesse. Há de se concordar que uma norma qualquer que impeça definitivamente a prestação da extradição seria uma intervenção grave na satisfação do interesse de assistência, mas não é este o caso. A imposição da condição de comutar eventuais penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis não impede em definitivo a prestação do auxílio, mas tão somente impõe sobre ele uma adicional condição, que certamente não é de menor relevância, mas que não cria obstáculo intransponível à sua prestação. Tal condição, nesta linha, intervém de forma muito menos intensa do que outras disposições vigentes que impedem incondicionalmente a extradição em alguns casos, tais como a inextraditabilidade dos brasileiros natos ou a inextraditabilidade movida por crimes políticos ou por conduta atípica no Brasil. Disposições estas, saliente-se, plenamente vigentes e válidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, a importância concreta da norma sob análise para a satisfação do seu interesse justificador deve ser classificada como moderada, o que significa que $WP_jC = m$. A análise deste primeiro par de variáveis aponta para uma relação de precedência de P_i sobre P_j , na qual o peso concreto do princípio intervindo em relação ao princípio justificador da intervenção, $GP_{i,j}C$, é 2, resultado da atribuição de valor 4 para a intensidade da intervenção e 2 para a importância concreta do princípio justificante.

A segunda variável relevante para a ponderação diz respeito à qualidade epistêmica das premissas empíricas que embasam as conclusões sobre os efeitos que a medida restritiva provoca sobre a não satisfação do direito fundamental intervindo e sobre a realização do princípio colidente que a justifica. Neste ponto, quer parecer que não existe qualquer dúvida de que a norma em questão, que permite a extradição para a aplicação de penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, provoca uma intervenção aos direitos fundamentais à liberdade e à humanidade das penas. Assim, a segurança epistêmica das premissas sobre aquilo

que medida restritiva importa para a não satisfação destes direitos fundamentais intervindos é certa, ou seja, $SP_iC = g$. No polo oposto, quer parecer que a supressão da norma autorizadora da extradição incondicionada nestes casos e sua substituição pela imposição da condição de comutar tais penas, em que pese produza apenas uma interferência moderada sobre o interesse de cooperar, provoca, da mesma forma, uma intervenção certa sobre este. De fato, a intensidade da intervenção não se confunde com a segurança epistêmica sobre as premissas nas quais ela se baseia. Assim, ainda que a imposição da condição de comutar eventuais penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis seja uma intervenção moderada, é certo que esta imposição interfere, ainda que em grau moderado, na prestação da cooperação.

Desta maneira, tanto SP_iC quanto SP_jC devem ser graduados como g , com a consequente atribuição de valor 1 para ambos. Diante desta equivalência, este par de variáveis pode ser simplesmente ignorado durante a ponderação.

Por fim, o terceiro e último par de variáveis que influencia no sopesamento diz respeito ao peso abstrato dos princípios colidentes. Neste ponto, deve-se recordar o alerta feito por Robert Alexy de que muito frequentemente os pesos abstratos dos princípios são equivalentes. Efetivamente, é possível argumentar ser isto que ocorre na presente colisão, já que a Constituição Federal, em seu artigo 4º, eleva igualmente a “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” ao *status* de princípios reitores das relações internacionais da República Federativa do Brasil. Poder-se-ia, no entanto, a partir dos argumentos expostos por Thomas Bustamente, defender a atribuição de um maior peso abstrato aos direitos fundamentais à liberdade e à humanidade das penas do que o atribuído ao interesse de cooperação internacional em matéria penal, seja em razão de uma precedência apriorística dos direitos individuais sobre os interesses coletivos, seja em razão da precedência *prima facie* que o direito de liberdade, assim como o direito de igualdade, gozaria sobre os demais.

Desta forma, não há dúvida de que os direitos intervindos são dotados de elevado peso abstrato, ao passo que o interesse justificador da intervenção possui peso abstrato equivalente ou menor. Deve-se, portanto, atribuir valor 4 aos primeiros e valor 4 ou 2 ao último. Esta indefinição sobre o peso abstrato deste não interferirá sobre o resultado final da ponderação em virtude de se ter estabelecido, no primeiro conjunto de variáveis da fórmula do peso, precedência a favor dos direitos

fundamentais restringidos.

Assim, a ponderação por meio da fórmula do peso pode ser representada da seguinte forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{16}{8} = 2$$

ou

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Em ambas as situações, o resultado final no qual $GP_{i,j}C$ é maior do que 1 significa a prevalência condicionada dos direitos fundamentais intervindos sobre o interesse justificador da medida interveniente e, conseqüentemente, a desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida retribitiva.

Isto revela que a intervenção que incide sobre os direitos fundamentais à liberdade e a penas humanas não se faz acompanhada da necessária fundamentação constitucional que a legitimaria, não se tratando, portanto, de uma restrição constitucional, mas de uma intromissão inconstitucional que configura verdadeira violação. Como decorrência, deve operar-se a consequência jurídica das normas jusfundamentais violadas, qual seja a cessação da intervenção ilegítima, que se daria não pela expurgação do dispositivo legal do ordenamento jurídico por meio da simples declaração de sua não recepção, mas, ao contrário, pela declaração de sua recepção somada à atribuição ao enunciado legal de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, para que lhe seja atribuído como significado a exigência de comutação também de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis como condição para a entrega do extraditando.

Fica claro, assim, que os direitos fundamentais à liberdade e à humanidade das penas atua como limite material à extradição e que esta sua função limitativa pode ser instrumentalizada por meio do esquema intrínseco à regra da proporcionalidade.

A segunda norma cuja análise se faz necessária é aquela contida em uma série de tratados de assistência em matéria penal celebrados pelo Brasil que, ao disciplinar o instrumento do auxílio direito, impõem impedimentos para a atuação ativa

ou passiva do indivíduo investigado ou acusado neste procedimento. Exemplo paradigmático é o artigo 1º, item 5, do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, que dispõe que “o presente Acordo destina-se tão somente a assistência judiciária mútua entre as Partes” e que “seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”.

A análise destas disposições deve ser feita sob duas perspectivas distintas: a exclusão da legitimidade ativa dos indivíduos para requerer o auxílio direto e a vedação da sua legitimidade passiva para intervir nos procedimentos instaurados por iniciativa dos órgãos estatais de investigação e acusação.

Em ambas as perspectivas, deve-se perceber que tal previsão configura uma intervenção sobre uma série de direitos fundamentais. No que toca à vedação da utilização do auxílio direto pelo cidadão investigado ou acusado, intervém-se sobre os direitos à ampla defesa e à igualdade, neles compreendido o direito à paridade de armas. Já no que tange ao impedimento da intervenção do concernido como sujeito passivo nos pedidos de auxílio direto emitidos por solicitação dos órgãos estatais de investigação e persecução, interfere-se nos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Em ambos os casos, tais normas atingem ainda o âmbito de proteção do direito fundamental ao devido processo legal, compreendido como mais do que mera necessidade de observância do rito legalmente estabelecido, mas como direito a um processo justo e equânime.

Nas duas facetas está-se diante de verdadeiras intervenções sobre tais direitos fundamentais, pois posições *prima facie* abarcadas em seus âmbitos de proteção são, após a incidência das normas em questão, convertidas em não direitos definitivos, havendo verdadeira inibição do exercício de atos que *prima facie* se encontram fundamentados nos referidos direitos. A questão recai, assim, na verificação da existência de fundamentação constitucional que legitime tais intervenções.

De início, cumpre destacar que tais restrições, ainda que de forma criticável, podem ser reconduzidas a interesses constitucionais de celeridade e eficiência na investigação e na persecução criminal, que seriam fomentados por meio das normas que impedem o concernido de solicitar a cooperação internacional e de intervir nos procedimentos expedidos sob requerimento dos órgãos estatais. Em ambas as hipóteses, promove-se uma redução das possibilidades de ação da defesa,

evitando-se a instauração de procedimentos de sua iniciativa e o prolongamento daqueles iniciados a pedido dos entes de investigação e acusação, obtendo-se maior celeridade nos procedimentos cooperacionais e nos próprios procedimentos nacionais investigatórios ou persecutórios.

Assim, e assumindo como constitucionalmente legítimos tais interesses de celeridade e eficiência processual penal, indiscutível é a adequação das normas ora analisadas para fomentá-los, pois, de fato, a supressão das possibilidades de ação da defesa tornam os processos mais céleres e eficientes sob a perspectiva unilateral da investigação e da persecução.

Quanto à máxima parcial da necessidade, não parece existir medida alternativa menos interventiva sobre os direitos fundamentais do concernido que promova a celeridade e a eficiência dos processos investigativos e persecutórios na mesma intensidade que as medidas concretas sob análise. Isto porque qualquer ampliação das possibilidades de ação da defesa dos concernidos implica na dilação dos procedimentos e, conseqüentemente, um menor grau de satisfação dos interesses de celeridade e eficiência.

Verificada a adequação e a necessidade destas normas, a discussão deve deslocar-se para a verificação da sua proporcionalidade em sentido estrito, mediante o emprego da fórmula do peso e seus três conjuntos de variáveis.

Os primeiros elementos a serem considerados no processo de ponderação são a intensidade da intervenção nos direitos fundamentais e a importância concreta da satisfação dos interesses colidentes que justificam a intervenção. Neste ponto, a vedação da utilização do auxílio direto pelos indivíduos investigados ou acusados intervém de forma moderada sobre os direitos fundamentais à igualdade e à ampla defesa. Ainda que tal intervenção possa ser vista como tendendo mais para séria do que para leve, não há, por meio dela, um total cerceamento das possibilidades de defesa dos cidadãos que enfrentam investigações ou processos criminais, nem tampouco o estabelecimento de uma grave disparidade de armas entre acusação e defesa, mas uma disparidade apenas pontual, razão pela qual não quer parecer que se trata de intervenção de intensidade máxima, graduável como séria. Não se pode, de outro vértice, graduar tais intervenções como leves, pois a norma em questão não se limita a fornecer um tratamento privilegiado ou facilitado à acusação, mas, mais do que isto, retira por completo a possibilidade da defesa fazer uso de determinado mecanismo. Assim, tal intervenção é, no mínimo, moderada, o que se representa por

$IP_iC = m$.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à vedação da participação do concernido como sujeito passivo nos procedimentos de auxílio direto instaurados por solicitação dos órgãos de investigação ou acusação. Tal intervenção sobre os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório não deve ser graduada como de máxima intensidade, já que não lhe retira todas as possibilidades de defesa e participação no processo penal, mas tão somente o impede de agir dentro do procedimento de auxílio direto. De fato, nada o impede de, posteriormente, questionar aquilo que se produziu ou obteve por meio de tal mecanismo de cooperação no bojo do processo penal principal ou ainda de valer-se de *habeas corpus* para invalidar eventual ato ou prova eivado de ilegalidade.

Não se trata, porém, de intervenção leve, já que a impossibilidade de participar como sujeito passivo dos procedimentos de auxílio direto nem sempre pode ser suprida por eventual exercício diferido de defesa, notadamente quando se está diante de medida causadora de lesões irreparáveis e irreversíveis aos direitos fundamentais do concernido. Exemplificativamente, a proibição de participar em oitiva de testemunha realizada por meio de auxílio direto exclui por completo qualquer possibilidade da defesa de formular perguntas a ela, o que não pode ser suprido posteriormente. Ademais, por meio do auxílio direto podem ser perpetradas lesões significativas aos direitos fundamentais do concernido eventualmente atingidos pela medida efetivada, cujos efeitos danosos não podem ser completamente desfeitos posteriormente. É o caso de ofensas ao patrimônio em casos de buscas e apreensões, arrestos ou sequestros, ou à intimidade em casos de afastamentos dos sigilos bancário, fiscal ou das comunicações telefônicas. Uma vez lesados estes direitos, tais lesões não podem ser desfeitas de forma a apagar os efeitos danosos já produzidos e que poderiam ter sido evitados caso o concernido tivesse sido autorizado a intervir no procedimento de cooperação.

Diante disto, tais intervenções sobre os direitos à ampla defesa e ao contraditório devem ser graduadas como moderadas, o que significa que, aqui também, $IP_iC = m$.

O elemento que a eles deve ser contraposto refere-se à importância concreta da satisfação do interesse que justifica a intervenção, e que deve ser compreendido como a importância concreta da medida restritiva para a realização deste. Deve-se verificar a intensidade com que a supressão de tal medida interfere

negativamente na promoção dos interesses de celeridade e eficiência que a fundamentam.

Neste ensejo, eventual supressão das normas restritivas em questão significaria o reconhecimento de legitimidade ativa aos cidadãos investigados e acusados de requerer a expedição de auxílio direto a outro Estado, bem como de participar, na condição de sujeito passivo, dos procedimentos instaurados por solicitação dos órgãos de persecução. Se, de fato, a concessão de tais prerrogativas interfere negativamente sobre a celeridade, sobretudo, e a eficiência dos processos e procedimentos de natureza criminal, tal interferência não se mostra grave.

Especificamente no que tange a problemática da legitimidade ativa do concernido, trata-se de interferência moderada sobre a celeridade e a eficiência dos processos de natureza criminal. Efetivamente, o auxílio direto foi concebido para funcionar como a forma mais célere de tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, dispensando os tramites diplomáticos e a deliberação por cortes superiores. Desta forma, em razão deste processamento simplificado, eventual prejuízo a tais interesses decorrente da utilização deste instrumento pela defesa não atingirá proporções elevadas ou equiparáveis àqueles derivados da expedição, por exemplo, de cartas rogatórias. Assim, neste ponto, $WP_jC = m$.

Tal graduação é diversa no que toca à questão sobre a possibilidade de intervenção da defesa nos procedimentos instaurados a pedido dos órgãos estatais, pois eventual exigência de que nestes o concernido fosse intimado e a ele conferido prazo para se manifestar muito pouco influenciaria em termos de celeridade e eficiência. Como se sabe, os principais obstáculos para uma célere e eficiente tramitação dos pedidos de cooperação são os entraves burocráticos de comunicação e processamento e não a atuação das partes. Desta forma, a concessão de oportunidade de manifestação ao concernido em muito pouco prolongaria o trâmite dos pedidos de auxílio direto, representando, assim, uma interferência leve sobre os interesses de celeridade e eficiência. Aqui, $WP_jC = l$.

Os próximos elementos que devem ser considerados dizem respeito à qualidade epistêmica das premissas empíricas sobre os efeitos da medida concreta nos princípios colidentes. Não parece haver dúvidas de que as normas em questão provocam intervenções certas nos direitos fundamentais à igualdade, à ampla defesa e ao contraditório. Disto resulta a gradação, sem maiores dificuldades, de $SP_jC = g$.

No que toca à segurança epistêmica das premissas relativas à importância

das medidas concretas para a satisfação dos interesses que as justificam, é preciso novamente proceder a uma análise individual de cada uma das perspectivas da norma em exame.

Em relação à vedação da legitimidade ativa do concernido, é de se perceber que não existem evidências concretas que demonstrem a exata medida na qual eventual concessão de tal legitimidade influenciaria negativamente sobre a celeridade e a eficiência dos processos criminais. De fato, não há dados disponíveis que apontem, de forma precisa e comprovada, o tempo médio de tramitação de pedidos de auxílio direito em matéria penal, já que as informações contidas nos Relatórios Estatísticos de Pedidos de Cooperação do Ministério da Justiça⁸⁷ não contêm estes números. Assim, a interferência que eventual concessão de tal legitimação ativa aos concernidos provocaria sobre a celeridade e a eficiência dos processos criminais, embora plausível, não é certa ou garantida. Não é possível afirmar peremptoriamente que a atribuição desta faculdade aos indivíduos investigados ou acusados elevaria de forma minimamente significativa os tempos médios de tramitação dos processos criminais. Por tal razão, a segurança epistêmica destas premissas deve ser graduada como plausível, ou seja, $SP_jC = p$.

É válido perceber que esta atribuição de importância concreta moderada e segurança epistêmica plausível equivale, para os fins da fórmula do peso, à atribuição de importância concreta leve e segurança epistêmica certa. Na presente análise, atribuiu-se graduação moderada à importância concreta da medida restritiva para a satisfação dos princípios que a justificam mediante, no entanto, premissas plausíveis, mas não comprovadas. Caso se tivesse atribuído graduação leve à primeira variável, seria possível classificar a segurança epistêmica das premissas fundamentadoras de tal graduação como certa, sob argumento de que é certo que a ampliação das possibilidades de ação da defesa dentro do processo provoca ao menos alguma dilação da sua duração. Efetivamente, o binômio $WP_jC = m$ e $SP_jC = p$ equivale, para os fins da ponderação por meio da fórmula do peso, ao binômio $WP_jC = g$ e $SP_jC = l$.

Já em relação à legitimidade para intervir no auxílio direto como sujeito passivo, quer parecer suficientemente perceptível que a criação de eventual obrigação de intimação e concessão de prazo para manifestação da defesa do concernido provoca um protraimento, ainda que leve, dos procedimentos de auxílio direto,

⁸⁷ Disponíveis em < <http://www.justica.gov.br/sua-protacao/cooperacao-internacional/estatisticas> >.

influenciando sobretudo na celeridade de sua tramitação e processamento. Desta forma, a segurança epistêmica das premissas sobre esta interferência é certa, fixando-se $SP_jC = g$.

Por fim, o último par de variáveis a se analisar diz respeito ao peso abstrato dos princípios colidentes. Primeiramente, deve-se considerar que os direitos fundamentais que sofrem intervenção por meio das normas em análise, igualdade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, são princípios centrais de qualquer construção processual que se pretenda democrática. Mais do que isso, sua importância é reconhecida não apenas pelo texto constitucional, que reconhece a sua incidência em todos os âmbitos processuais por meio da afirmação de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e de que “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”, mas também por uma série de tratados internacionais como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Para além disto, deve-se destacar que a Constituição Federal elevou os direitos humanos ao *status* de princípio reitor das relações internacionais da República Federativa do Brasil, bem como que a igualdade jurídica, ao lado da liberdade, é dotada de uma precedência *prima facie* sobre os demais direitos e interesses constitucionais. Diante disto, é possível atribuir gradação máxima ao peso abstrato dos direitos fundamentais intervindos.

Na outra extremidade da colisão, os interesses de celeridade e eficiência não podem receber gradação equivalente. Isto porque, apesar de sua importância, contribuem apenas indiretamente para a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos. Nesta linha, ignorando-se outros componentes, quer parecer que abstratamente os princípios da igualdade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sobretudo quando estes estão dispostos como garantias dos direitos fundamentais mais básicos do indivíduo, como liberdade e patrimônio, possuem maior peso do que os colidentes interesses de celeridade e eficiência. De fato, as circunstâncias concretas até podem, eventualmente, indicar uma precedência condicionada destes sobre aqueles, o que, no entanto, deve estar fundamentado em razões fortes o bastante para inverter a prevalência *a priori* dos direitos fundamentais individuais.

Desta forma, deve-se atribuir valor 4 ao peso abstrato dos princípios

intervindos, GP_iA , e valor 2 ao peso abstrato dos princípios justificadores da intervenção, GP_jA .

Por meio da fórmula do peso, o sopesamento pode, então, ser assim representado:

a) no que se refere à vedação da utilização do auxílio direito por iniciativa da defesa:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{8}{2} = 4$$

b) já no que se refere à impossibilidade de intervenção do concernido na condição de sujeito passivo:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{1 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{8}{2} = 4$$

A fixação de $GP_{i,j}C$ em montante acima de 1 indica a precedência condicionada dos direitos fundamentais intervindos sobre os interesses que justificam a intervenção, demonstrando a desproporcionalidade das normas em análise e sua consequente inconstitucionalidade.

Neste contexto, fica clara a maneira pela qual os direitos fundamentais atuam como limite material à cooperação jurídica internacional em matéria penal, impedindo que se dê ao instrumento de assistência uma regulamentação que ultrapasse a barreira das restrições constitucionalmente fundamentadas e, portanto, legítimas.

Das análises realizadas percebe-se, ademais, que não apenas os direitos fundamentais exercem esta função de limites materiais, mas que o esquema estrutural da regra da proporcionalidade fornece uma ferramenta apta à verificação, caso a caso, da adequação das normas restritivas ao sistema jusfundamental, impondo ainda um forte ônus argumentativo a todos aqueles que pretendam justificar a validade, ou mesmo a invalidade, de determinada medida estatal face os direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como objetivo inicial analisar a possibilidade de identificação de limites materiais à cooperação jurídica internacional em matéria penal. Ao problema de pesquisa então formulado por meio da indagação de se seria possível identificar tais limites pôde-se, ao final, responder que estes residem precisamente nos direitos fundamentais dos indivíduos concernidos atingidos pela atuação cooperacional estatal. Constatou-se, assim, que os direitos fundamentais sobre os quais incidem as intervenções decorrentes da prestação da entreatajuda entre Estados afiguram-se como os limites materiais a estas intervenções. Para além disso, que a regra da proporcionalidade, tal como estruturada por Robert Alexy, se mostra como instrumento apto a viabilizar a verificação da adequação das medidas estatais restritivas realizadas durante o trâmite cooperacional ao sistema jusfundamental.

Durante o desenvolvimento do trabalho, foi possível verificar que os direitos fundamentais constituem, ao lado da legalidade e da constitucionalidade, um dos pressupostos materiais subjacentes aos modelos de Estado Constitucional e Estado de Direito. Neste contexto, exercem um importante papel no esquema de limitação do poder estatal e na afirmação e garantia de um espaço de liberdade individual imune a violações dos poderes públicos, essencial para a preservação de sua autonomia inerente à sua condição humana.

Esta função dos direitos fundamentais, pôde-se perceber, remete-se à profunda conexão entre estes e o primado da dignidade da pessoa humana, que, assentado no reconhecimento de que toda pessoa, tão somente por sua condição humana, é detentora de um valor intrínseco que lhe garante sua liberdade de autodeterminação e sua não-instrumentalização, emerge como princípio estruturante fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Em decorrência deste seu *status*, constitui-se no valor supremo, fundante e estruturador do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, o que confere centralidade à temática dos direitos fundamentais e ao papel que estes exercem dentro do sistema jurídico-político.

Mais do que isto, evidenciou-se que a dignidade da pessoa humana exerce importante função na construção de um catálogo materialmente aberto de direitos fundamentais, que supera a tradicional distinção entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, reconhecendo fundamentalidade material a todos

estes, nos termos, inclusive, no §2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta formulação materialmente aberta dos direitos fundamentais, ampliando o espectro jusfundamental, tem como consequência um incremento da protetividade conferida às posições jurídicas de titularidade do indivíduo.

Destacou-se a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, rejeitando qualquer pretensão de condicionar sua eficácia à regulamentação legal infraconstitucional. Salientando sua dimensão objetiva, afirmou-se que, independentemente desta concretização legislativa, os direitos fundamentais aplicam-se direta e imediatamente, vinculando todos os poderes constituídos e implicando na inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato estatal que não se mostre com eles compatível.

Como decorrência disto, concluiu-se pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais à cooperação jurídica internacional em matéria penal, rejeitando-se qualquer restrição à sua incidência sobre os atos praticados no bojo dos procedimentos cooperacionais, já que se tratam de normas vinculantes a todos os órgãos e agentes estatais no exercício de toda e qualquer de suas funções. Rechaçou-se, assim, as teorias integral e mitigada do *non-inquiry* e a doutrina do *act of state*, bem como as versões da teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais que conferem aplicabilidade direta, nos pleitos de auxílio interestatal, apenas aos direitos com assento em tratados internacionais ou ao conteúdo essencial absoluto das normas jusfundamentais. Demonstrou-se, diante disto, que a única visão compatível com os direitos fundamentais e seu regime constitucional é aquela que afirma a sua integral e irrestrita incidência sobre os procedimentos assistenciais, aplicando-se a estes a totalidade da concepção constitucional dos direitos fundamentais de cada Estado.

Uma vez afirmada a função limitativa dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade direta e imediata, o presente trabalho analisou a questão dos limites materiais às restrições incidentes sobre estes direitos, tomando como premissa a teoria dos princípios de Robert Alexy, que afirma a existência de uma distinção qualitativa entre normas com estrutura de regras e normas com estrutura de princípios. Com base nela foi possível concluir que as normas de direitos fundamentais possuem estrutura normativa predominantemente principiológica, estando sujeitas, portanto, a colisões com outras normas desta natureza, as quais devem ser resolvidas por meio de um juízo de ponderação.

Da análise do suporte fático dos direitos fundamentais verificou-se que as normas jusfundamentais produzirão suas consequências jurídicas sempre que determinada ação, estado ou posição jurídica for protegida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental e sobre esta ação, estado ou posição jurídica houver uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente. Constatou-se, ademais, que um maior grau de protetividade aos direitos fundamentais é obtido pela adoção conjunta de uma teoria ampla do âmbito de proteção e uma teoria externa das restrições, o que amplia os casos de colisões entre direitos fundamentais e outras normas principiológicas e exige que qualquer intervenção sobre estes direitos esteja acompanhada da devida fundamentação constitucional. Destacou-se que a adoção destas premissas confere, ademais, maior controlabilidade sobre tais intervenções, por aumentar o número de ações estatais cuja validade está condicionada a um ônus de fundamentação constitucional.

Somado a isto, salientou-se ser indevida qualquer distinção entre restrições e regulamentações, bem como qualquer tentativa de associar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida estatal a esta classificação. Pôde-se constatar que a adoção de uma visão ampliativa do conceito de restrição, associada ao critério da não-inibição, traz como consequência a submissão do maior número possível de intervenções ao ônus da fundamentação constitucional, conferindo uma mais adequada tutela das esferas jusfundamentais individuais.

Assim, foi possível verificar que todas as restrições impostas sobre os direitos fundamentais devem estar fundamentadas a partir de uma colidente norma principiológica constitucional, sob pena de inconstitucionalidade. Mais do que isso, constatou-se que a admissibilidade destas restrições está relacionada à prevalência condicionada que se atribui ao princípio que a justifica em relação ao direito fundamental intervindo, emergindo a regra da proporcionalidade como instrumento voltado à aferição desta relação de precedência condicionada e, conseqüentemente, da constitucionalidade das medidas restritivas.

Destacou-se que a proporcionalidade pode ser compreendida a partir de um modelo fundamentado que a dote de suficiente racionalidade e controlabilidade, evitando que os juízos de ponderação entre princípios colidentes se deem de forma exclusivamente intuitiva e não controlável. Expôs-se, assim, que a proporcionalidade se trata de uma norma com natureza de regra composta por uma sofisticada estrutura interna, construída para atuar por meio de três máximas parciais, que permite seja ela

utilizada como uma ferramenta metodológica a serviço do controle da adequação das medidas estatais às normas de direito fundamental.

Passou-se, então, à análise das três máximas parciais da proporcionalidade: a adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, tratando-se, esta última, do próprio juízo de ponderação entre as normas principiologicamente colidentes. Neste contexto, o trabalho debruçou-se sobre a construção alexyana da lei do sopesamento, que delimita que a ponderação deve ser realizada entre dois elementos previamente identificados: o grau de não satisfação do direito fundamental intervindo e a importância concreta da realização do princípio justificador da intervenção. Para além disto, procedeu-se ao exame da fórmula do peso proposta por Robert Alexy, tratando-se esta de um instrumento de representação aritmética das valorações inerentes à ponderação que contribui grandemente para sua racionalidade e controlabilidade.

Concluiu-se, assim, que a regra da proporcionalidade fornece importante contribuição para a verificação da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, mas que se trata de mecanismo meramente formal, indicando quais os elementos que devem ser valorados e graduados durante a ponderação, porém nada revelando sobre o conteúdo destas valorações e gradações. Pôde-se compreender, a partir do exame da regra da proporcionalidade e suas máximas parciais, que são os próprios direitos fundamentais, com sua estrutura normativa principiológica de mandamentos de otimização, que atuam como limites materiais às suas restrições, verificando-se, ademais, uma correspondência entre o resultado do exame da proporcionalidade e a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Constatou-se, diante disto, que o conteúdo essencial destes direitos corresponde àquilo que deles resta após a ponderação.

Por fim, o trabalho debruçou-se sobre a necessária reestruturação dos limites da cooperação jurídica internacional em matéria penal à luz dos direitos fundamentais, abordando, de início, a relação entre ela e os temas conexos da soberania e da ordem pública. Em relação a esta última, afirmou-se a íntima conexão existente entre este instituto e os direitos fundamentais e a consequente abertura que a cláusula da ordem pública fornece à incidência dos direitos fundamentais aos procedimentos de assistência interestatal.

Analisou-se a reformulação conceitual da cooperação jurídica internacional em matéria penal proposta por Raúl Cervini, que inclui como um de seus elementos a

necessidade de que ela se desenvolva dentro de um estrito marco de garantias, o que põe em destaque a afirmação do concernido como sujeito de direitos e como parte processual da relação de entreaajuda. Verificou-se a tendência de abandono das visões bidimensionais da cooperação que a compreendiam como uma relação tão somente entre Estados soberanos e sua substituição por perspectivas trilaterais mais adequadas aos esquemas processuais.

Argumentou-se pela imperatividade da equiparação das garantias existentes nos processos cooperacionais àquelas presentes nos procedimentos processuais penais dos Estados cooperantes, dando ensejo ao primado da primazia da regra mais garantista, em atenção, inclusive, ao princípio de Direito Internacional da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, da qual aquele pode desdobrar.

Abordou-se a tensão entre eficiência processual e garantias individuais presente não apenas no campo da cooperação jurídica internacional em matéria penal, mas em todo o âmbito do processo penal, rejeitando-se a afirmação de uma absoluta contraposição entre estes interesses e afirmando sua complementariedade e a necessidade de sua conciliação. Rechaçou-se, ademais, a transposição ao Direito da noção econômica de eficiência, pugnando-se pela sua necessária vinculação à Constituição e ao ideal de potencialização e otimização dos direitos fundamentais.

Ainda sobre a temática da cooperação jurídica internacional em matéria penal, discorreu-se sobre sua necessária submissão ao o princípio do devido processo legal, compreendido este não apenas como um imperativo de legalidade processual, mas também como mandamento de subordinação do processo à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais por ela recepcionados. Verificou-se que, longe de impor um conjunto rígido e inflexível de garantias e direitos incidentes sobre toda e qualquer relação ou momento processual, o devido processo legal aplicado ao campo da assistência mútua entre Estados dá origem ao princípio da gradualidade dos requisitos, segundo o qual tanto maiores serão as garantias incidentes a um determinado procedimento cooperacional quanto maior for a intensidade interventiva deste sobre os direitos fundamentais do concernido. Neste sentido, destacou-se a possibilidade de serem os mecanismos de auxílio interestatal classificados em três distintos graus com base na sua carga de coercitividade, na natureza do direito fundamental potencialmente afetado e na magnitude desta afetação. Ressaltou-se, no entanto, a imperiosidade da imposição e manutenção de um nível mínimo de garantias incidente sobre toda e qualquer modalidade de

assistência em matéria penal, tendo em vista a contribuição, ainda que indireta, que todas elas fornecem na construção do ato restritivo final do processo penal.

Contraposta a esta reformulação estrutural da cooperação, passou-se ao estudo dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal e dos direitos fundamentais sobre eles incidentes. Afirmou-se que a emergência de uma nova criminalidade transnacional deu origem à demanda por um incremento da assistência entre Estados em questões criminais, bem como pela criação de novas formas e instrumentos que a tornassem mais adequada às necessidades da nova realidade global. Destacou-se, neste ponto, a aposta em ferramentas mais céleres e menos burocráticas, com destaque para a cooperação direta entre autoridades e para o papel desempenhado pelas autoridades centrais. Foram analisados os três mais importantes mecanismos de cooperação jurídica em matéria penal, a extradição, a carta rogatória e o auxílio direto, expondo-se os seus contornos e regramentos, com destaque para as disposições regulamentares diretamente relacionadas aos direitos fundamentais do concernido.

Finalmente, após a exposição das principais regras restritivas de direitos fundamentais contidas na regulamentação destes institutos, procedeu-se à análise da compatibilidade de três destas disposições aos direitos fundamentais e, portanto, à própria Constituição. Tal análise foi realizada através da aplicação da regra da proporcionalidade tal como estruturada por Robert Alexy.

Ao final, pôde-se concluir que os direitos fundamentais efetivamente atuam como limites materiais às suas próprias restrições e que isto não é diferente no que toca à cooperação jurídica internacional em matéria penal, afigurando-se aqueles como verdadeiros limites materiais a esta. Para além disto, concluiu-se que o esquema alexyano da proporcionalidade se mostra apto a atuar como ferramenta na verificação da adequação das medidas estatais restritivas ao sistema jusfundamental, o que não se mostrou diferente quando do seu emprego para o exame da constitucionalidade das regras cooperacionais selecionadas. Por fim, foi possível constatar que o emprego da estrutura desenvolvida por Robert Alexy impôs um forte ônus argumentativo sobre o exame da proporcionalidade, notadamente sobre o juízo de ponderação a ele inerente, exigindo seja cada etapa do processo explicitamente fundamentada, o que lhe confere maior racionalidade e controlabilidade e, conseqüentemente, uma maior e mais adequada proteção aos direitos fundamentais individuais.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *In* **Ratio Juris**. V. 13. Oxford: Blackwell, 2003a.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *In* **Revista de Direito Administrativo**. N. 217. Rio de Janeiro: 1999.

_____. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *In* **Ratio Juris**. V. 16. Oxford: Blackwell, 2003b.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *In* **Ratio Juris**. V. 3. Oxford: Blackwell, 1990.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. A Ponderação Judicial na Solução de Conflitos Normativos Entre Direitos Fundamentais Sociais Densificados em Leis e Regras Orçamentárias. *In* DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.) **Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El Garantismo Procesal**. Rosário: Juris, 2010.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de Dinheiro e Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. O Papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional. *In* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.).

Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010a.

_____. O Sistema de Cooperação Penal Brasil/Estados Unidos. *In* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010b.

ARAUJO, Nadia de. A Importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. *In* **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria penal.** 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

_____. (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça:** comentários à resolução nº 09/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito Internacional Privado:** teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Extradução Passiva na Jurisprudência do STF. *In* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BEÇAK, Rubens. A Soberania, O Estado e Sua Conceituação. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** V. 108. São Paulo: 2013.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional: equilíbrio entre eficiência e garantismo. *In* **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A Norma da Proporcionalidade e a Eficácia Temporal da Decisão de Inconstitucionalidade. *In* DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.) **Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. *In* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

BOREAN, Damián Pablo. **La Orden de Detención Europea y su Recepción en la República Federal de Alemania**. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O Devido Processo Legal: escudo e proteção do acusado e a práxis pretoriana. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOTELHO, Guilherme. Entre o Direito ao Processo Qualificado e o Devido Processo Legal: funções, distinções e reflexões críticas. *In* **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. V. 5. N. 8. Curitiba: 2013.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade**. 2.

ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, Regras e a Fórmula de Ponderação em Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. A Teoria do Suporte Fático Aplicada ao Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. *In Em Tempo*. V. 11. Marília, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARNEIRO, Claudio. O Movimento Pós-Positivista e a “Visão” Neoconstitucionalista da Ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy. *In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V. 12. N. 12. Curitiba: 2012.

CASELLA, Paulo Borba. A Ordem Pública e a Execução de Cartas Rogatórias no Brasil. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 98. São Paulo: 2003.

CERVINI, Raúl. Medidas de Asistencia Judicial Penal Internacional de Primer Nivel y la Doble Incriminación. *In La Regionalización del Derecho Penal em el MERCOSUR*. 1993.

_____. Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional Consagrados no Projeto de Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL. Trad. Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin. *In CERVINI, Raúl; TAVARES; Juarez. Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHIAVARO, Mario. Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada. Trad. Maurício Zanoide de Moraes. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHUEIRI, Vera Karam de; Godoy, Miguel. Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte. *In Revista Direito GV*. N. 6. São Paulo: 2010.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COLOMBO, Silvana. A Relativização do Conceito de Soberania no Plano Internacional. *In Revista Argumenta*. N. 17. Jacarezinho: 2012.

COSTA, Silvana Barros da; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Teoria Sobre a Fundamentalidade dos Direitos Humanos. *In Cadernos de Direito*. V. 14. N. 27. Piracicaba, 2014.

CUÑARRO, Miguel Langón. La Extradición en el Ambito del Mercosur. *In 2º Seminário Internacional La Regionalización del Derecho Penal em el MERCOSUR*. Maldonado, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional**: a cooperação judiciária e policial na UE. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DE MARCO, Cristhian Magnus. Apontamentos Sobre a Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais às Normas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos: comentários ao recurso extraordinário nº 466.343-1. *In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **A Defesa na Cooperação Jurídica Internacional Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e Cooperação Internacional. *In*. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: cooperação em matéria penal. 1. ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In* MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal**: a gestão de problemas internacionais por meio de crime e da pena. São Paulo: 34, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O equilíbrio entre eficiência e garantismo e o crime organizado. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais Implícitos e seu Reflexo no Sistema Constitucional Brasileiro. *In* **Revista Jurídica**. V. 8. N. 82. Brasília: 2007.

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Maria. Fundamentalidade e Direitos Fundamentais: o §2º do art. 5º da CF/1988, direitos humanos e direitos fundamentais. *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Mas, Quais São os Direitos Fundamentais? *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael Vasconcelos. Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Constitucionalismo Brasileiro. *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Processo de Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Extradicação e Direitos Fundamentais: o caso Cesare Battisti. *In* **Revista de Informação Legislativa**. N. 195. Brasília: 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El Debido Proceso**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Penal Transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas Compulsórias, a Deportação, a Expulsão e a Extradicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. A Relativização da Soberania em Prol dos Direitos Humanos. *In Revista de Direito Público*. V. 6. N. 2. Londrina: 2011.

LAUREANO, Abel. Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Européia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *In Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Vol. 7. N. 7. Curitiba: Unibrasil, 2010.

LEAL, Rogério Gesta; SWAROVSKI, Aline. As Garantias Constitucionais do Processo no Brasil. *In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V. 9. N. 9. Curitiba: 2011.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. **Persecução Penal e Cooperação Internacional Direita pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito Comunitário e Soberania: algumas reflexões. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V.

92. São Paulo: 1997.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio Direito**: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Forum, 2011.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. Razoabilidade e Proporcionalidade: distinções e semelhanças. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Maíra Rocha. **Cooperação Penal Internacional no Brasil**: as cartas rogatórias passivas. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Internacionalização do Direito Penal**: a gestão de problemas internacionais por meio de crime e da pena. São Paulo: 34, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do Devido Processo Legal**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**: introdução geral. Lisboa, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A Teoria das Restrições dos Direitos Fundamentais. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: considerações gerais. *In BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MUSACCHIO, Vincenzo. **Derecho Penal Economico, Criminalidad Organizada e Union Europea**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito Internacional Público da Integração**. Campus, 2009.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A Soberania Frente à Globalização. In **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**. V. 2. N. 1. Brasília: 2005.

PACHECO, Denílson Feitosa. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. **Cooperação Penal Internacional nos Delitos Econômicos**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Direitos Fundamentais e Cooperação Judicial Internacional: um diálogo necessário. In **Sistema Penal & Violência**. V. 5. N. 1. Porto Alegre: 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. O Papel da Cooperação Jurídica Internacional. In **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria penal**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos Fundamentais Não Enumerados: justificação e aplicação**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

PARRY, John T. International Extradition, the Rule of Non-Inquiry and the Problem of Sovereignty. *In* **Boston University Law Review**. V. 90. Boston: 2010.

PRADO, Lucas de Melo. A Crise da Soberania e do Estado em uma Perspectiva Tridimensional. *In* **Revista de Direito Público**. V. 7. N. 2. Londrina: 2012.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. N. 57. Belo Horizonte: 2010.

PUHL, Adilson Josemar. **Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade**. São Paulo: Pilares, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. **The Rationality of Balancing**. Bogotá, 2006. Disponível em http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf.

QUIGLEY, John. The Rule of Non-Inquiry and Human Rights Treaties. *In* **Catholic University Law Review**. V. 45. Washington: 1996.

RAMOS, André de Carvalho. O Novo Direito Internacional Provado e o Conflito de Fontes na Cooperação Jurídica Internacional. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 108. São Paulo: 2013.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos da Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Whith Martins dos. O Princípio do Devido Processo Legal no Âmbito da Constituição Brasileira. *In* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 37. Uberlândia: 2009.

RIBEIRO, Roberto Rubem. **Mandado de Captura do Mercosul**. Brasília: Academia Nacional de Polícia: 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *In*

Revista de Direito Constitucional e Internacional. N. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais. *In* **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. N. 58. Porto Alegre: AJURIS, 1993.

SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. A Autoridade Central no Exercício da Cooperação Jurídica Internacional. *In* **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de Direitos Fundamentais. *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALOMÃO, Saulo Salvador. A Proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroando o decisionismo. *In* **Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas**. V. 28. Pouso Alegre, 2012.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As Limitações aos Direitos Fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Sobre o Fio da Navalha: a justiça criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SATZGER, Helmut; ZIMMERMANN, Frank. Dos Modelos Tradicionais de Cooperação Judicial ao Princípio do Reconhecimento Mútuo: novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação europeia em matéria penal. Trad. José Paulo Baltazar Junior. *In* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SIEBER, Ulrich. **Limites do Direito Penal**: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no instituto Max-Planck de direito estrangeiro e internacional. Trad. Alessandro Hirata. São Paulo: DireitoGV, 2008.

SILVA, Edimar Carmo da. **O Princípio Acusatório e o Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *In* **Revista de Direito do Estado**. N. 4. 2006.

_____. O Proporcional e o Razoável. *In* **Revista dos Tribunais**. N. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA, Anna Dickow de; HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal do Brasil. *In* **Temas Gerais do Direito Econômico e Socioambiental**. Org. Charles Emmanuel Parchen. São Paulo: Iglu, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As Novas Tendências do Direito Extradicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; BERTIN, Thuany Klososki Piccolo. Suporte Fático: elementos conceituais e as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato das normas de direitos fundamentais. In **Anais Eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais**. Chapecó, 2012.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAQUELA, María Blanca Noodt. El Principio de la Aplicación de las Normas Más Favorables a la Cooperación Judicial Internacional. In **IX Anuário de Direito Internacional**. 2014.

TAVARES, Juarez. Criminalidade Nacional, Transnacional e Internacional. In **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Org, Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Os Limites Dogmáticos da Cooperação Penal Internacional. In CERVINI, Raúl; TAVARES; Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A Influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro. In LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA, Raquel Moraes de (Coord.). **Direito Civil-Constitucional I: XXIII**

Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TOFFOLI, José Antonio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. *In*. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: cooperação em matéria penal. 1. ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008.

TROTTA, Sandro Brescovit. Análise Jurídica da Extradução de Battisti: uma (re)discussão sobre os paradigmas do direito internacional. *In* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

_____. Os Limites da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. *In* **Sistema Penal & Violência**. V. 5. N. 1. Porto Alegre: 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Mandado de Detenção Europeu**. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição. *In* **Revista Ética e Filosofia Política**. N. 12. V. 2. 2010.

VASCONCELLOS, Helena. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**: uma análise do mutual legal assistance treaty Brasil/Estados Unidos. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

VIADA, Natacha Gonzalez. **Derecho Penal y Globalización**: cooperación penal internacional. Madrid: Marcial Pons, 2009.

VIDAL, Andréa Barroso Silva de Fragoso. A Norma da Proporcionalidade: algumas controvérsias doutrinárias. *In* DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.) **Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZAPATERO, Luis Arroyo. **A Harmonização Internacional do Direito Penal**: idéias e processos. Trad. Daniel Scheunemann de Souza. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *In* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.