Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

André Sposito Mendes

**Colisão de princípios no Sistema Constitucional Brasileiro: uma proposta de
fórmula do peso brasileira**

Mestrado em Direito

São Paulo
2017

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

André Sposito Mendes

Colisão de princípios no Sistema Constitucional Brasileiro: uma proposta de fórmula do peso brasileira

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Silvia Carlos da Silva Pimentel.

São Paulo

2017

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Em uma pesquisa com duração de quase três anos, a lista de agradecimentos acaba se perdendo um pouco na memória. Corro o risco de ser injusto e esquecer alguém, mas há certos nomes que não podem deixar de ser mencionados. Por esse motivo, faço as devidas escusas para os negligenciados e apresento apenas as homenagens que reputo essenciais para essa dissertação.

Agradeço à Professora Silvia Pimentel, minha querida orientadora, por ter acreditado desde o início na pesquisa e ter possibilitado o desenvolvimento das minhas ideias da maneira mais livre possível.

Agradeço aos meus amigos pelos debates filosóficos, pelas longas conversas e pelas risadas durante esse período difícil. Registro principalmente aqueles que ofereceram opiniões construtivas e valiosas sobre a pesquisa: Julia, Beto e Sérgio. Muito obrigado!

Agradeço ao Professor Jorge Radi Júnior pelos preciosos comentários sobre a pesquisa, por ter incentivado o ingresso no mestrado e por ser um exemplo de docente comprometido com a educação jurídica de seus alunos.

Agradeço aos professores Flávia Piovesan, Roberto Dias e Willis Santiago Guerra Filho pelas excelentes aulas no mestrado.

Agradeço à Comissão de Bolsa da Pós-Graduação da PUC por ter apostado no meu projeto e possibilitado a dedicação exclusiva aos estudos, tão em falta hoje em dia no nosso campo jurídico.

Agradeço ao CNPq pela concessão da bolsa.

Agradeço à PUC-SP por ser a minha casa nos últimos anos.

E, por fim, agradeço à minha família por todo apoio nesse período da pesquisa. Especialmente: Suely, Paulo, Clarice e Amanda. Meu eterno obrigado.

Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.

Sérgio Buarque de Holanda

RESUMO

Essa pesquisa pretende apresentar de forma rigorosa a teoria do jurista alemão Robert Alexy, que tanto contribuiu para uma das questões mais delicadas do Direito Constitucional contemporâneo: a colisão de princípios jurídicos. Com o pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal não conseguiu utilizar a proporcionalidade de maneira adequada para tratar sobre o tema das colisões no Brasil, a pesquisa investiga a obra do teórico para expor os conceitos e métodos utilizados para chegar a uma resolução razoável de casos jurídicos que envolvam princípios de direitos fundamentais em lados opostos. Para isso são expostos o que se entende por norma, enunciado normativo, princípios, regras, valores, direitos subjetivos, interesses coletivos, argumentação jurídica e máxima da proporcionalidade. Em um momento posterior, com o pressuposto de que os juristas brasileiros que dialogaram com a teoria de Alexy ignoraram parte significativa da obra, que apresenta uma reformulação da máxima da proporcionalidade para responder a crítica sobre o decisionismo, a pesquisa demonstra o funcionamento da fórmula do peso e de como são aferidas suas grandezas, como a intensidade da intervenção, a importância da satisfação, o peso abstrato, a segurança das suposições empíricas e a segurança das suposições normativas. A pesquisa pretende também propor uma adaptação da teoria de Alexy ao Sistema Constitucional Brasileiro, uma vez que a máxima da proporcionalidade foi desenvolvida para o direito alemão e que não considera o cotidiano dos tribunais brasileiros. Com a proposição do balanceamento entre as grandezas subjetivas e objetivas na fórmula do peso brasileira, o método atinge um patamar de racionalidade adequado para a aplicação cotidiana nos tribunais do país.

Palavras-chave: Sistema Constitucional Brasileiro, colisão de princípios, máxima da proporcionalidade, fórmula do peso brasileira, Robert Alexy.

ABSTRACT

This research intends to present rigorously the theory of the German jurist Robert Alexy, who contributed so much to one of the most delicate questions of contemporary constitutional law: the collision of legal principles. With the assumption that the Supremo Tribunal Federal could not use proportionality adequately to deal with the subject of collisions in Brazil, the research investigates the work of the theorist to expose the concepts and methods used to arrive at a reasonable resolution of legal cases involving fundamental rights principles on opposite sides. For that, what is understood by norm, normative statement, principles, rules, values, subjective rights, collective interests, legal argumentation and maximum of proportionality are exposed. At a later moment, with the assumption that brazilian jurists who had dialogues with Alexy's theory ignored a significant part of the work, which presents a reformulation of the maximum of proportionality to answer the criticism on decisionism, the research demonstrates the functioning of the weight formula and how its magnitudes are measured, such as the intensity of the intervention, the importance of satisfaction, the abstract weight, the safety of empirical assumptions and the safety of normative assumptions. The research also intends to propose an adaptation of Alexy's theory to the Brazilian Constitutional System, since the maximum of proportionality was developed for german law and does not consider the daily life of the brazilian courts. With the proposition of balancing between subjective and objective magnitudes in the Brazilian weight formula, the method reaches a level of rationality adequate for everyday application in brazilian courts.

Keywords: Brazilian Constitutional System, collision of principles, maximum of proportionality, Brazilian weight formula, Robert Alexy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 PRIMEIRO CAPÍTULO – CONCEITOS ELEMENTARES.....	18
1.1 Sistema Constitucional Brasileiro	18
1.1.1 Síntese.....	23
1.2 Enunciado normativo e Norma	23
1.2.1 Síntese.....	25
1.3 Princípios e Regras.....	25
1.3.1 Síntese.....	29
1.4 Princípios e Valores	29
1.4.1 Síntese.....	31
1.5 Direitos subjetivos e Interesses coletivos	31
1.5.1 Direitos subjetivos.....	31
1.5.1.1 Direitos a algo.....	32
1.5.1.1.1 Direitos de defesa	32
1.5.1.1.1.1 Direitos à não-embarço	33
1.5.1.1.1.2 Direitos à não-afetação de características e situações	33
1.5.1.1.1.3 Direitos à não-eliminação de posições jurídicas	33
1.5.1.1.2 Direitos a prestação.....	34
1.5.1.1.2.1 Direitos a proteção.....	34
1.5.1.1.2.2 Direitos a procedimentos	35
1.5.1.1.2.3 Direitos a prestação em sentido estrito	35
1.5.1.2 Liberdades	36
1.5.1.3 Competências.....	37
1.5.1.4 Síntese.....	38
1.5.2 Interesses coletivos	39
1.5.3 Correspondência entre os conceitos doutrinários e os conceitos previstos no texto constitucional.....	39
1.5.4 Relações conceituais entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos	40
1.5.4.1 Direitos subjetivos como meio para interesses coletivos	42
1.5.4.2 Interesses coletivos como meio para direitos subjetivos	42

1.5.4.3	Direitos subjetivos e Interesses coletivos em relação de identidade.....	42
1.5.4.4	Direitos subjetivos e interesses coletivos em relação de independência	43
1.5.4.5	Direitos subjetivos e interesses coletivos em face do Sistema Constitucional Brasileiro	43
1.6	Argumentação jurídica	44
1.6.1	Teoria da argumentação prática geral	44
1.6.1.1	Preceitos fundamentais do discurso prático geral	45
1.6.1.2	Preceitos de razão.....	46
1.6.1.3	Preceitos sobre a carga da argumentação	47
1.6.1.4	Preceitos de fundamentação.....	47
1.6.1.5	Preceitos de transição	48
1.6.2	Teoria da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral	49
1.6.2.1	Justificação interna.....	50
1.6.2.2	Justificação externa	51
1.6.2.2.1	Preceito da argumentação empírica.....	52
1.6.2.2.2	Preceitos da interpretação	52
1.6.2.2.3	Preceitos da dogmática jurídica	53
1.6.2.2.4	Preceitos do uso de precedentes	54
1.6.2.2.5	Preceito das formas especiais de argumentos jurídicos	55
1.6.2.2.6	Preceitos dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico.....	55
1.6.3	Síntese.....	55
2	SEGUNDO CAPÍTULO – MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DE ROBERT ALEXY	57
2.1	Teorias sobre a restrição de direitos fundamentais	57
2.1.1	Leis de intervenção	58
2.2	Contradição normativa entre direitos fundamentais	59
2.2.1	Conflito de regras	60
2.2.2	Colisão de princípios	60
2.2.3	Restrição à satisfação dos princípios por meio de regras	60

2.3	Máxima da proporcionalidade.....	61
2.3.1	Origem.....	62
2.3.1.1	Antecedentes filosóficos.....	62
2.3.1.2	Antecedentes histórico-jurídicos.....	63
2.3.1.3	Antecedentes jurisprudenciais.....	65
2.3.1.4	Síntese.....	67
2.3.2	Nomenclatura.....	67
2.3.3	Adequação.....	70
2.3.4	Necessidade.....	71
2.3.5	Proporcionalidade em sentido estrito.....	73
2.3.6	Resultado do sopesamento.....	75
2.3.7	Colisão aparente de princípios.....	75
2.3.8	Proporcionalidade e Razoabilidade.....	76
2.3.9	Críticas à proporcionalidade.....	82
2.3.9.1	Tese crítica da insuficiência.....	85
2.3.9.2	Tese crítica da demasia.....	86
2.3.10	Discricionariade.....	87
2.3.10.1	Discricionariade estrutural.....	88
2.3.10.1.1	Lei material do sopesamento.....	89
2.3.10.1.2	Fórmula do peso.....	90
2.3.10.1.2.1	Modelo triádico.....	90
2.3.10.1.2.2	Atribuição de valores numéricos para o modelo.....	91
2.3.10.1.2.3	Modelo triádico duplo.....	91
2.3.10.1.2.4	Intensidade de intervenção.....	92
2.3.10.1.2.5	Importância da satisfação.....	92
2.3.10.1.2.6	Peso abstrato.....	93
2.3.10.1.2.7	Impasse no sopesamento.....	93
2.3.10.2	Discricionariade epistêmica.....	94
2.3.10.2.1	Princípios formais.....	95
2.3.10.2.2	Lei epistêmica do sopesamento.....	97
2.3.10.2.3	Segurança das suposições.....	97
2.3.10.2.4	Versão refinada da fórmula do peso completa.....	98

3	TERCEIRO CAPÍTULO – MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	99
3.1	Três máximas parciais da proporcionalidade no Sistema Constitucional Brasileiro	99
3.1.1	Máximas parciais sobre as possibilidades fáticas	99
3.1.2	Máxima parcial sobre as possibilidades normativas	100
3.1.2.1	Versão refinada da fórmula do peso completa no Sistema Constitucional Brasileiro	100
3.1.2.1.1	Primeira grandeza	101
3.1.2.1.2	Segunda grandeza	101
3.1.2.1.3	Terceira grandeza	102
3.1.2.1.4	Quarta grandeza.....	102
3.1.2.1.5	Quinta grandeza	102
3.1.2.1.6	Síntese	102
3.1.2.2	Intensidade de intervenção e importância da satisfação	102
3.1.2.3	Peso abstrato dos princípios	104
3.1.2.3.1	Princípio do Estado Democrático de Direito	106
3.1.2.3.2	Princípios fundamentais da Constituição da República	107
3.1.2.3.2.1	Dignidade da pessoa humana.....	109
3.1.2.3.3	Direito à vida	110
3.1.2.3.4	Liberdade de expressão	111
3.1.2.3.5	Direitos subjetivos e interesses coletivos no peso abstrato	112
3.1.2.3.5.1	Direitos subjetivos com absoluta prioridade.....	115
3.1.2.3.5.2	Direitos subjetivos	116
3.1.2.3.5.3	Interesses coletivos com prioridade	116
3.1.2.3.5.4	Interesses coletivos.....	117
3.1.2.3.6	Princípios residuais	117
3.1.2.3.7	Síntese	118
3.1.2.4	Segurança das premissas empíricas e normativas	118
3.2	Fórmula do peso do Sistema Constitucional Brasileiro	120
3.3	Resultado da fórmula do peso brasileira	121
3.3.1	Primeiro caso hipotético.....	123
3.3.2	Segundo caso hipotético	124

3.3.3	Terceiro caso hipotético	125
3.3.4	Quarto caso hipotético.....	126
3.3.5	Quinto caso hipotético.....	127
3.3.6	Síntese.....	128
	CONCLUSÃO.....	129
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	131

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 apresentou uma nova lógica para a sociedade brasileira após a redemocratização do país: a da obediência aos desígnios dos direitos fundamentais. Considerados primordiais para o cumprimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais englobam alguns dos elementos jurídicos mais importantes criados na história do direito ocidental.

Devido ao catálogo extensivo de direitos assegurados pela Constituição brasileira, a possibilidade de que uma situação fática oponha interesses protegidos juridicamente é elevada, mesmo na hipótese em que ambos os lados envolvidos em uma discussão jurídica estejam devidamente resguardados por direitos fundamentais. Casos como a proteção da intimidade de pessoas públicas e a necessidade de transfusão de sangue para pessoas adeptas de religiões que proíbem a prática, entre outros que envolvam colisões de princípios de direitos fundamentais, são comuns no cotidiano dos tribunais pelo país.

Deve ser ressaltado que a Assembleia Constituinte, ao assegurar os direitos fundamentais, de maneira deliberada ou não, foi omissa na criação de critérios para a resolução das colisões de princípios de direitos fundamentais. Alguns críticos podem dizer que o estabelecimento de critérios de forma expressa na Constituição não era necessário, afirmando que é “competência” da doutrina jurídica desvelar, partindo da Constituição, o melhor método para resolver essas contendas.

Assim, foi estabelecido no Brasil que um dos métodos mais adequados para a resolução das colisões estaria previsto no livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”¹ de Robert Alexy, desenvolvido para a teoria constitucional alemã. É sustentado na teoria que quando houver casos em que existam princípios em colisão, eles devem ser analisados pela máxima da proporcionalidade, por meio de suas três máximas parciais, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), para desvendar a resposta jurídica que deve ser concedida pelo intérprete no caso concreto para a resolução do problema.

A teoria de Alexy começou a ser invocada no Supremo Tribunal Federal. Essa adoção teórica empregada por alguns ministros da Corte influenciou a interpretação

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

dos direitos fundamentais realizada em todos os âmbitos jurídicos brasileiros, seja no acadêmico ou no da prática forense.

Apenas em caráter exemplificativo, o Caso Ellwanger (HC 82.424/2004), envolvendo a liberdade de expressão de um editor de livros da teoria revisionista do Holocausto, foi decidido com base na teoria de Robert Alexy. Os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio reconheceram a colisão de princípios e utilizaram exatamente o mesmo método da proporcionalidade. Contudo, concluíram em resultados diametralmente opostos, com o voto do Ministro Gilmar Mendes proibindo o discurso de ódio e o voto do Ministro Marco Aurélio afirmando que o discurso do autor estava protegido pela liberdade de expressão.

Outros exemplos de utilização da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, que nem sempre foram fiéis aos ensinamentos do jurista alemão, podem ser encontrados nos seguintes casos: 1) ADI 3324-7/2004; 2) ADI 3540 MC/2005; 3) RE 413.782-8/2005; 4) RE 346.084-6/2006; 5) ADI 3146/2006; 6) ADI 3626 MC/2007; 7) RE 463629/2007; 8) ADI 1800/2007; 9) ADI 1976/2007; 10) ADI 2240/2007; 11) RE 370.682/2007; 12) RE 349703/2008; 13) ADPF 144/2008; 14) ADPF 130/2009; 15) RE 543.974-7/2009; 16) RE 511961/2009; 17) ADPF 101/2009; 18) RE 630147/2010; 19) ADI 2356 MC/2010; 20) RE 414426/2011; 21) ADPF 54/2012; 22) RMS 31644 AgR/2012; 23) RE 583523/2013; 24) ARE 801676 AgR/2014; 25) HC 122694/2014; 26) ADI 5136 MC/2014; 27) ADI 4815/2015; 28) RE 683751/2015; 29) ADI 4983/2016; 30) HC 128.923/2017.

É possível afirmar com base nessa seleção representativa de julgados que, pelo menos, desde a utilização da teoria de Alexy no caso Ellwanger até o presente momento, o STF não conseguiu atingir uma coesão na utilização da proporcionalidade para resolver os casos jurídicos.

Em diversas situações, a proporcionalidade é utilizada de forma diferente da prevista na teoria. A confusão entre proporcionalidade e razoabilidade, a identificação da proporcionalidade como “proibição do excesso” e a utilização da proporcionalidade como princípio, entre outros exemplos significativos, demonstram que a teoria do Alexy apesar de ser invocada diversas vezes, não é empregada de forma adequada. Mesmo quando os ministros recorrem às máximas parciais seguindo a doutrina do jurista alemão, ela acaba sendo utilizada como uma espécie de permissão para que,

em última instância, os julgadores analisem os casos de colisões de princípios conforme seus próprios preceitos morais.

E a teoria de Robert Alexy apresenta exatamente uma visão oposta a esse entendimento que os julgadores brasileiros têm utilizado. Ele procura aprimorar sua teoria para incrementar a segurança jurídica na resolução das colisões de princípios. Um dos instrumentos mais notáveis dessa tentativa obstinada de Alexy foi a criação da fórmula do peso, uma espécie de “matematização” do método para se aproximar cada vez mais de algo intangível como a resposta certa para as decisões judiciais que envolvam princípios colidentes de direitos fundamentais.

A dogmática jurídica brasileira ainda não absorveu de maneira suficiente esse grande instrumento que é a fórmula do peso. Tal método surgiu em resposta às críticas que a máxima da proporcionalidade recebeu na Alemanha. O conteúdo dessas críticas se assemelha muito ao tipo de aplicação da teoria de Alexy que os juízes brasileiros têm realizado.

Juristas como Virgílio Afonso da Silva em “Direitos fundamentais”², Marcelo Neves em “Entre Hidra e Hércules”³ e Humberto Ávila em “Teoria dos Princípios”⁴, para citar apenas alguns doutrinadores importantes, dialogaram com a teoria dos princípios de Alexy apenas na sua formulação inicial. Não trabalharam com a fórmula do peso⁵ que responde de maneira bem adequada às críticas recebidas sobre a tese de otimização, desde o ano de 2002 no posfácio da versão original alemã do livro “*Theorie der Grundrechte*”, anterior a primeira versão brasileira do livro que data de 2008.

Essa lacuna na ciência jurídica brasileira precisa ser sanada. A reformulação proposta por Alexy não é infalível, principalmente se observamos que foi criada para um contexto jurídico bem específico, o direito constitucional alemão. Mas a sua

² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Editora WMF, 2013.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

⁵ Essa afirmação se restringe aos textos publicados em língua portuguesa no Brasil.

exposição pode auxiliar a jurisprudência e a dogmática jurídica brasileira a solucionar de forma mais apropriada os problemas gerados pelas colisões de princípios. Para atingir esse objetivo é necessário um diálogo direto com a teoria de Robert Alexy.

Mesmo após muitos anos da promulgação da Constituição da República que concedeu uma efetividade real aos direitos fundamentais, há ainda uma percepção, com base nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e na dogmática jurídica pátria, de que as colisões de princípios precisam ser investigadas de acordo com o direito brasileiro para gerar a segurança jurídica necessária para esse tema tão sensível.

Por isso, essa pesquisa tem um duplo objetivo. Primeiro, apresentar de forma mais completa possível a teoria de Alexy para evitar distorções e omissões que prejudiquem a análise das colisões de princípios. Segundo, propor uma adaptação da teoria de Robert Alexy ao contexto brasileiro, visando a sua aplicação no cotidiano do judiciário brasileiro.

Utilizando esses pressupostos, é necessário e urgente realizar uma investigação sólida com base na teoria de Robert Alexy para entender como o autor acredita que o problema da proporcionalidade deve ser tratado, para depois desvelar um método de resolução mais adequado para as colisões de princípios dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, adaptando o método de Alexy para o direito brasileiro com o intuito de aprimorar a segurança jurídica e reduzir o subjetivismo nas decisões que tratam sobre as colisões de princípios.

O primeiro capítulo da pesquisa vai estabelecer os conceitos essenciais para atingir tais objetivos. O que abrange o termo “Sistema Constitucional Brasileiro”. A diferença entre norma e enunciado normativo, entre princípios e regras, entre princípios e valores, entre direitos subjetivos e interesses coletivos. E o que Alexy entende por argumentação jurídica.

Com esses conceitos estabelecidos, o segundo capítulo da pesquisa vai analisar a máxima da proporcionalidade na teoria de Alexy. Dos tipos de restrição de direitos fundamentais aos tipos de contradição normativa, são oferecidas as bases para a exposição da máxima da proporcionalidade. Das máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito resultam a primeira incursão de Robert Alexy no tema.

Após diversas críticas de juristas e filósofos proeminentes como Jürgen Habermas e Ernst-Wolfgang Böckenförde, é iniciada uma reformulação da teoria, com a análise da discricionariedade estrutural e da discricionariedade epistêmica na máxima da proporcionalidade para responder aos críticos. De um lado, a fórmula do peso com a intensidade da intervenção, importância de satisfação e os pesos abstratos. De outro, com os princípios formais e a segurança nas suposições empíricas e normativas.

E no terceiro capítulo é proposta uma adaptação da teoria de Robert Alexy ao Sistema Constitucional Brasileiro, readequando a fórmula do peso com o balanceamento dos critérios subjetivos e objetivos, com o intuito final de combater o decisionismo na resolução das colisões de princípios, oferecendo critérios comuns justificados racionalmente para estabelecer os pesos abstratos e, concomitantemente, possibilitando a apreciação dos intérpretes sobre as intensidades de intervenções nos princípios colidentes, com base nos pressupostos do caso concreto e na argumentação racional.

A proposta de uma fórmula de peso brasileira para as colisões de princípios é um passo inevitável para a ciência jurídica brasileira. Apesar da grande relevância da teoria jurídica de Alexy, é necessário iniciar uma proposta de readequação com o intuito de torná-la legitimamente brasileira, ou seja, em observância com o Sistema Constitucional Brasileiro e a realidade do nosso judiciário. Sem isso, permaneceremos ainda, como disse Sérgio Buarque de Holanda há muitos anos atrás⁶, uns desterrados em nossa própria terra.

⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013, p. 31.

1 PRIMEIRO CAPÍTULO – CONCEITOS ELEMENTARES

Esse capítulo objetiva apresentar os conceitos elementares para analisar a questão central dos próximos capítulos, a colisão de princípios dentro da teoria de Robert Alexy e uma tentativa de adaptá-la ao direito brasileiro. Serão analisados: o que se entende por Sistema Constitucional Brasileiro; qual é a diferença entre enunciado normativo e norma; qual a diferença entre princípio e regra; qual a diferença entre princípios e valores; o que se entende por direitos subjetivos e interesses coletivos; o que é a teoria da argumentação jurídica que Alexy utiliza como pressuposto para escrever a “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

1.1 Sistema Constitucional Brasileiro

Definições como “carta magna”, “constituição federal”, “constituição brasileira”, “direito constitucional” e “lei fundamental”, entre outros sinônimos, são insuficientes para abranger todos os elementos jurídicos inseridos no objeto dessa investigação.

Dessa forma, trataremos de uma pesquisa envolvendo o que denominamos de “Sistema Constitucional Brasileiro”, vocábulo rigorosamente mais preciso para o conjunto de previsões jurídicas de grau hierárquico mais elevado no Brasil.

Qual o motivo para que o termo “Sistema Constitucional Brasileiro” seja o mais adequado para a investigação? Há duas constatações que se complementam para responder a essa pergunta: uma jurídica e outra semântica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a fonte jurídica hierarquicamente superior que protege a nação brasileira. Estão inseridas nela previsões sobre os direitos fundamentais, a organização do Estado, a organização dos Poderes, a ordem Econômica, a ordem Social, entre outras. Esses elementos foram considerados essenciais pelo Poder Constituinte originário, representados pela Assembleia Constituinte⁷ e pelo Poder Constituinte derivado, que pela função legislativa tem o objetivo de aprimorar o texto constitucional. A atividade dos poderes

⁷ A Emenda Constitucional nº 26 de 1985 transformou o Congresso Nacional do período da Ditadura Militar em Assembleia Constituinte. Esse procedimento até hoje gera dúvidas sobre a representatividade da sociedade brasileira na confecção da Constituição de 1988 pois não houve uma eleição direta para a Constituinte.

constituintes eventualmente acaba gerando algumas incertezas para o ordenamento jurídico. Um exemplo efetivo da insegurança inaugurada pelo Poder Constituinte derivado é a chamada “Reforma do Poder Judiciário” realizada pela Emenda Constitucional número 45 de 2004.

Desde o seu texto original, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 5º, §2º 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”. O referido parágrafo criou dessa forma uma cláusula de abertura para os direitos e garantias fundamentais previstos em outros lugares. Sem essa previsão, só estariam abrangidos os direitos fundamentais nos artigos 5º a 17, integrantes do Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição.

O mencionado enunciado normativo gerou muitas dúvidas de interpretação. O Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 72.131 de 1995, ou seja, já sob a égide da nova constituição, recepcionou o entendimento construído anteriormente em 1977 no Recurso Extraordinário nº 80.004 de que, no conflito entre tratado internacional e lei ordinária posterior, a lei prevaleceria hierarquicamente pois representaria a última expressão do legislador republicano. Esse entendimento foi reafirmado em diversas outras ocasiões⁸ apesar de ter sido objeto de muitas críticas.

A doutrina jurídica se dividiu em quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos⁹, as quais defendiam: a) a hierarquia supraconstitucional; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inovou com a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição da República, em uma tentativa de sanar o problema que foi criado pela jurisprudência e agravado pela doutrina. O dispositivo tem a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos

⁸ HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 5.9.2003.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-123.

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”.

A tentativa de resolução do problema não atingiu seu objetivo e auxiliou ainda na ampliação da insegurança jurídica sobre o tema. André de Carvalho Ramos resumiu as principais críticas ao novo dispositivo constitucional:

“A redação final aprovada do dispositivo foi recebida com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos: 1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, tornando-a mais dificultosa; 2) sugeriu, ao usar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples); 3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda.”¹⁰

Se a hierarquia dos tratados fosse interpretada exclusivamente com base na nova emenda, todos os tratados que versavam sobre os direitos humanos anteriores à emenda constitucional nunca poderiam ter hierarquia constitucional, pois esses tratados não foram e nem poderiam ter sido aprovados em dois turnos, ainda que tivessem o quórum de três quintos previsto no artigo 60, §2º.

Mesmo a alteração jurisprudencial providenciada no âmbito do Recurso Extraordinário nº 466.343 em sessão no ano de 2006¹¹, na qual o Ministro Gilmar Mendes retomou uma tese do Ministro Sepúlveda Pertence, desenvolvida no Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 de 2000, que reconhecia a hierarquia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, não foi suficiente para resolver o problema de maneira definitiva.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

¹¹ Julgamento do Recurso Extraordinário só foi encerrado em 3 de dezembro de 2008.

Em uma situação jurídica ideal, o Supremo Tribunal Federal deveria declarar a inconstitucionalidade do artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, por ter limitado a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, que anteriormente teriam força constitucional, com base na norma da cláusula de abertura prevista no §2º do artigo 5º. A ofensa à cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV)¹² por vedação do retrocesso é patente e gera uma elevada insegurança jurídica.

Entretanto, no silêncio do intérprete máximo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, é de se presumir, por ora, a constitucionalidade do §3º do artigo 5º.

Uma construção teórica foi desenvolvida para sanar esse problema. Flávia Piovesan afirma que a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos já era extraída do §2º do artigo 5º da Constituição da República. Com o advento do §3º, surgem duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: a) a primeira, dos tratados materialmente constitucionais, baseados apenas no §2º; b) a segunda, dos tratados materialmente e formalmente constitucionais, pois foram adequados às regras formais previstas no §3º e podem se equivaler formalmente às emendas constitucionais.¹³

Dessa forma, todos os tratados internacionais que versam sobre matérias de direitos humanos são, no mínimo, materialmente constitucionais. O status de formalmente constitucionais só será adquirido com o cumprimento dos requisitos do §3º do artigo 60, ou seja, aprovação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional com três quintos dos votos dos respectivos representantes.

Com a adoção dessa construção jurídica conciliatória, o problema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é resolvido adequadamente, de forma

¹² Está bem sedimentada na doutrina a ideia de que o enunciado normativo “direitos e garantias individuais” das cláusulas pétreas deve ser interpretado de maneira ampliativa a todos os direitos e garantias fundamentais. Entre eles: a) SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137-138; b) SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 307-310; c) BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199-204.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123-132.

a não ignorar uma previsão do texto original da constitucional (§2º do artigo 5º) em detrimento de um novo dispositivo. Esse entendimento jurídico, em última instância, acaba gerando a insuficiência semântica do vocábulo “Constituição da República” e seus semelhantes para a descrição do objeto da presente pesquisa.

Os direitos fundamentais não estão previstos apenas nos artigos 5º a 17 da Constituição da República. Devido à cláusula de abertura dos direitos fundamentais (artigo 5º, §2º) eles estão em diversos locais. Para ser mais preciso, os direitos e garantias fundamentais estão previstos: a) de forma explícita e implícita no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (artigos 5º a 17) da Constituição; b) de forma explícita e implícita em outras localidades, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República; c) de forma explícita e implícita nos tratados internacionais de Direitos Humanos em âmbito global e regional, que são todos materialmente constitucionais.

O vocábulo que parece mais adequado para servir como referência para essa grande abrangência de direitos e garantias fundamentais é o termo “Sistema Constitucional Brasileiro”.

Sistema é um conjunto de elementos, concretos ou abstratos, intelectualmente organizados.¹⁴

Constitucional é um termo técnico que se refere à lei fundamental de uma determinada nação ou de uma região específica. Na presente avaliação, a lei fundamental da nação brasileira.

De forma apressada, poderiam alegar que há uma contradição em utilizar o termo “Sistema” de maneira simultânea com o termo “Constitucional Brasileiro”. Mas tal argumento seria equivocados. Com base na argumentação desenvolvida anteriormente, somente o vocábulo “Sistema” poderia abranger o elevado número de direitos e garantias fundamentais que não estão nos enunciados normativos da Constituição da República brasileira, mas que são materialmente constitucionais.

¹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss de língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1753.

1.1.1 Síntese

Com a constatação jurídica da abrangência dos direitos fundamentais de hierarquia constitucional que não têm enunciados normativos inseridos diretamente na Constituição e com a constatação semântica de que não há incongruência entre os termos utilizados, fica estabelecido que a pesquisa será realizada no âmbito do “Sistema Constitucional Brasileiro”, que poderá ser exposto por meio da referida expressão ou da abreviatura “SCB”.

1.2 Enunciado normativo e Norma

Para uma análise aprofundada sobre os direitos fundamentais, é necessário entender o que é norma e o que é enunciado normativo. Sempre que há um direito fundamental, há uma norma garantidora desse direito. Mas essa norma constitucional não necessariamente é equivalente ao texto constitucional. O texto em si é o enunciado normativo, enquanto a norma é o significado do enunciado normativo.

Para explicar o tema, Robert Alexy utiliza o exemplo da norma que proíbe a extradição de alemães, prevista no artigo 16, §2º, 1 da Constituição alemã¹⁵. Essa mesma norma poderia ser expressa pelos seguintes enunciados normativos: a) é proibido extraditar alemães; b) alemães não podem ser extraditados; c) nenhum alemão pode ser extraditado (enunciado normativo do artigo da Constituição alemã)¹⁶.

Uma mesma norma pode ser expressa por meio de enunciados normativos diferentes, assim como o mesmo enunciado normativo pode expressar diversas normas. Essa diferenciação é extremamente relevante, pois aponta o modo pelo qual devemos procurar o sentido dos direitos fundamentais, que não devem ser buscados nos enunciados normativos, mas sim nas normas de direitos fundamentais. O texto é relevante, mas não é autossuficiente em todas as hipóteses para determinar o significado dos direitos fundamentais.

A questão pode ser exemplificada com um caso do Supremo Tribunal Federal. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 de 2011, o STF

¹⁵ “Nenhum alemão pode ser extraditado”.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53-54.

decidiu, entre outras coisas, que não seria possível utilizar o texto do artigo 226, §3º, que afirma “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” para impedir o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas. Mesmo que não tenha sido de maneira expressa, o Supremo fez a diferenciação entre norma e enunciado normativo para encontrar o sentido da norma, ainda que inicialmente tal previsão pareça impedir as uniões estáveis homoafetivas. Conforme se observa, a importância dessa distinção fica ainda mais nítida no caso concreto.

Esse tipo de relação estabelecida entre a norma e o texto constitucional pode ser denominada de “relação de refinamento”, ou seja, quando o texto é insuficiente para a aplicação da norma ao caso concreto. A “relação de fundamentação”, que oferece a base para relacionar a norma a ser refinada com a norma que a refina. De maneira conjunta, essas duas relações criam uma nova hipótese de norma, a norma atribuída. Desse modo, é possível concluir que há, no mínimo, dois grupos de normas de direito fundamental: as normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas atribuídas.¹⁷

Um terceiro grupo de normas de direito fundamental é o da norma de direito fundamental não-escrito¹⁸, que não se confunde com as normas atribuídas, pois não há nesse caso relação de refinamento com uma norma de direito fundamental expressa diretamente pelo texto constitucional. As normas de direito fundamental implícitas estão inseridas nesse contexto.

Para classificar de maneira válida uma norma como uma norma de direito fundamental estabelecida diretamente pelo texto constitucional é suficiente a referência à sua posituação. Entretanto, para uma classificação válida de uma norma como norma de direito fundamental atribuída é necessário outro critério.

De acordo com Alexy, “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 72-73.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 72.

fundamentais”¹⁹. Há um problema com essa definição. A validade da norma atribuída depende de uma suposta “correta fundamentação”. Sem a pretensão de resolver esse complexo problema²⁰, adotaremos como premissa a ideia de que a fundamentação da norma atribuída deve ser realizada sempre no âmbito do Sistema Constitucional Brasileiro de forma racional e lógica, expondo os argumentos atributivos de maneira compreensível para que possam ser analisados por outros intérpretes. A validade dessa argumentação será decidida casuisticamente pelo órgão julgador.

1.2.1 Síntese

O enunciado normativo equivale ao texto da constituição e a norma é o significado desse enunciado normativo. A norma de direito fundamental é dividida em três grupos: a norma que decorre diretamente do texto constitucional, a norma atribuída e a norma de direito fundamental não-escrito. Os dois primeiros grupos tratam da norma de direito fundamental explícita e o terceiro grupo da norma de direito fundamental implícita.

1.3 Princípios e Regras

Estabelecidos os conceitos de enunciado normativo e norma, podemos concentrar a análise na estrutura das normas de direitos fundamentais. A distinção entre os princípios e as regras é essencial para entender a estrutura das normas de direitos fundamentais e para alcançar o objetivo de entender como a colisão de princípios deve ocorrer no âmbito do Sistema Constitucional Brasileiro.

Sem essa diferenciação não é possível construir uma teoria adequada sobre as restrições aos direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.²¹

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 74.

²⁰ Ver por exemplo o “Paradoxo de Carroll” no clássico texto “What the Tortoise Said to Achilles” do autor de “As Aventuras de Alice no País das Maravilhas”.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 84.

Para essa distinção utilizaremos os conceitos estabelecidos por Robert Alexy sobre princípios e regras.

Sobre o conceito de princípios para Alexy:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”²²

Robert Alexy demarca a principal qualidade dos princípios: que sua realização deve ocorrer por meio de um mandamento de otimização. Os princípios devem ser implementados na máxima medida possível. Essa característica do princípio é fundamental para evitar antinomias insanáveis dentro do sistema.

Com relação ao conceito de regras para Alexy:

“[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”²³

As regras têm um caráter distinto dos princípios. Enquanto nos princípios o mandamento de otimização instiga a sua satisfação em sua maior possibilidade fática e jurídica, a regra é realizada de maneira plena ou não é realizada. Parece muito semelhante com a concepção dworkiana de regras:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para

²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 90.

²³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 91.

decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...] A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”²⁴

Apesar da semelhança, Alexy rejeita a comparação por entender que a concepção dworkiana é muito simples. O conceito de regras precisa de um modelo diferente e mais complexo, no qual as regras não apresentem sempre a forma do “tudo-ou-nada”. Segundo ele:

“Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.”²⁵

Outra diferença importante entre as regras e os princípios é por apresentarem razões de naturezas distintas. Ambos são razões para normas, ou seja, podem ser razões para normas universais (gerais e abstratas) ou para normas individuais (juízos

²⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-40.

²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 104.

concretos de dever-ser). Mas são razões para normas de forma diversa. Os princípios são sempre “razões *prima facie*” e as regras são “razões definitivas”, se não houver o estabelecimento de alguma exceção.²⁶

Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível e, assim, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. As regras, de outro modo, exigem que algo seja feito da forma que elas ordenam, demonstrando seu caráter definitivo.²⁷

É possível afirmar que está sendo construído um modelo misto de regras e princípios, constituído por meio da conexão entre um nível de princípios e um nível de regras. Há a norma de direito fundamental que é princípio jurídico, há a norma de direito fundamental que é regra jurídica e há a norma de direito fundamental que tem um duplo caráter, ou seja, é regra e princípio concomitantemente.

Um exemplo de norma de direito fundamental com duplo caráter é a que emana do enunciado normativo do artigo 5º, IV “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Nesse caso, de maneira simultânea, há um princípio que é a liberdade de manifestação do pensamento e uma regra que imputa a proibição do anonimato no exercício da liberdade de manifestação.

Sobre as normas de direito fundamental com caráter duplo, Alexy afirma que “uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios”²⁸.

Essa possibilidade de duplo caráter da norma gera um problema muitas vezes ignorado pela doutrina: como atua a hierarquia constitucional em casos envolvendo normas que veiculam ao mesmo tempo regras e princípios?

Segundo Robert Alexy:

“Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 106-107.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 103-104.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 141.

de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...] Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.”²⁹

A prevalência hierárquica das regras sobre os princípios no caso de norma de direito fundamental de duplo caráter deve levar em consideração a extensão integral da regra. Se no caso concreto, os fatos não forem subsumidos de maneira total ao conteúdo da regra, essa cláusula de exceção não pode ser oposta em face do princípio.

Desse modo, estão estabelecidas as premissas necessárias sobre as regras e os princípios.

1.3.1 Síntese

Regras são mandamentos definitivos com a possibilidade de haver cláusulas de exceção inseridas nelas e princípios são mandamentos de otimização de caráter *prima facie*. Há ainda normas de direito fundamental que tem duplo caráter, ou seja, que são ao mesmo tempo princípio e regra.

1.4 Princípios e Valores

Com o tema “princípios e regras” sedimentado, há um outro tópico controverso envolvendo a questão dos princípios que deve ser explorado: a diferenciação entre princípios e valores.

Apesar de os termos “princípio” e “valor” usualmente serem considerados sinônimos, tal entendimento não será adotado aqui.

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 140.

Conforme o tópico anterior, princípios são mandamentos de otimização. Como são mandamentos, eles pertencem ao campo deontológico, ou seja, do dever ser. Valores, de outro modo, fazem parte do campo axiológico.³⁰

Como o Direito pertence ao campo do dever ser, o conceito adequado para ser utilizado no âmbito das relações jurídicas é o conceito de princípio jurídico. Direito não é moral e, por esse motivo, não deve absorver valores, que estão irremediavelmente na esfera metajurídica. Não há nenhum óbice para a existência dos valores na esfera dos fatos, apenas é necessário que não interfiram na esfera jurídica. Os princípios têm carga jurídica pois são concepções incorporadas ao sistema jurídico de maneira legítima e válida e, assim, são exigíveis juridicamente. De forma mais técnica, princípios jurídicos devem ser realizados da maneira mais ampla possível, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas no caso concreto.

É possível que um “objeto” seja ao mesmo tempo valor e princípio. Mas o que é relevante para o Direito é apenas seu caráter principiológico. Por exemplo, a democracia é concomitantemente um princípio e um valor. Democracia enquanto valor pois é majoritariamente aceito como algo “positivo” para a sociedade ter a possibilidade de decidir sobre os rumos políticos que serão adotados dentro dela. Democracia enquanto princípio jurídico porque existe como norma de direito fundamental que foi criada de maneira válida. Para o Direito e, mais especificamente, para o Sistema Constitucional Brasileiro, o que é realmente relevante é o âmbito deontológico. A questão axiológica que está implícita nesse princípio jurídico é apenas incidental e sem relevância jurídica.

Essa concepção de irrelevância dos valores pode parecer uma rejeição ao chamado “neoconstitucionalismo”, mas na verdade é apenas uma posição mais técnica em relação ao sistema jurídico. A inovação trazida pelo “neoconstitucionalismo” foi o enaltecimento da força normativa dos princípios jurídicos, transformando esses valores em princípios e, a partir desse momento, concedendo exigibilidade a eles.

A rejeição do caráter deontológico dos valores é fundamental para garantir um dos objetivos da presente pesquisa, que é o incremento da segurança jurídica dentro

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 146.

do Sistema Constitucional Brasileiro. Caso contrário, o Sistema Constitucional Brasileiro seria apenas “letra morta”, uma vez que poderia ser permeado por valores sem nenhuma procedência ou validade do ponto de vista deontológico. Bastaria uma invocação valorativa de algo que uma parcela da sociedade considera axiologicamente razoável. Com isso, o sistema perderia os seus alicerces e, em última instância, a sua razão de existir.

Por esses motivos, consideramos impossível utilizar como sinônimos os conceitos de valores e princípios jurídicos.

1.4.1 Síntese

Valores estão na esfera axiológica e princípios estão na esfera deontológica. O Direito pertence à esfera do dever-ser. Assim, apenas os princípios devem ser invocados em decisões jurídicas pois têm sua exigibilidade e validade garantidas pelo Sistema Constitucional Brasileiro, ao contrário dos valores que pertencem à esfera metajurídica e não podem ser convocados por sua falta de exigibilidade e de validade.

1.5 Direitos subjetivos e Interesses coletivos

Com a diferenciação de regras, princípios e valores, é necessário expor dois conceitos essenciais para os direitos fundamentais dentro da obra de Alexy que são os direitos subjetivos e os interesses coletivos, haja vista que as categorias usualmente utilizadas como direitos individuais e direitos coletivos são insuficientes para abranger toda o sentido proposto pelo o jurista alemão. É basilar expor o significado e encontrar a adaptação desses termos dentro do Sistema Constitucional Brasileiro. É o que se propõe nesse tópico.

1.5.1 Direitos subjetivos

O termo “direito subjetivo” deve ser utilizado como uma categoria para “posições” bastante distintas. As “posições” são características que as pessoas adquirem por meio de uma norma. Para explicar as posições podemos citar uma norma “Z” que, no caso concreto, proíbe a pessoa “A” de fazer a ação “X”. Nesse caso, a norma “Z”

conferiu a pessoa “A” a característica jurídica de ser alguém que, na situação da norma hipotética, é proibido de fazer a ação “X”. Essa característica é uma posição.³¹

De forma mais nítida, caso a norma “Z” tratasse sobre o anonimato, em decorrência do enunciado normativo do artigo 5º, IV da Constituição da República, a pessoa “A” na situação da norma hipotética receberia a posição de não poder exercer a manifestação do pensamento sob a condição do anonimato.

Os direitos subjetivos apresentam uma tríplice divisão de posições que devem ser designadas como: a) os direitos a algo; b) as liberdades; c) as competências.

1.5.1.1 Direitos a algo

Direitos a algo podem ser compreendidos por meio de uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o portador ou o titular do direito (a), o segundo elemento é o destinatário do direito (b) e o terceiro elemento é o objeto do direito (G). O titular do direito (a) pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. O destinatário do direito (b) pode ser o Estado ou um particular. O objeto do direito (G) pode ser uma ação positiva ou uma ação negativa (ou abstenção).³²

Um exemplo de direito a algo pode ser o direito à educação (art. 6º e 205 da Constituição), no qual o destinatário do direito é o Estado, o titular é a pessoa que está invocando o direito em face ao Estado e o objeto do direito é o oferecimento da educação para o titular por parte do destinatário do direito.

Os direitos a algo se diferenciam com base no objeto do direito (G). No âmbito das abstenções, os direitos a algo são chamados de direitos de defesa. No âmbito das ações positivas, os direitos a algo são chamados de direitos a prestações.

1.5.1.1.1 Direitos de defesa

Os direitos a ações negativas ou direitos de defesa podem se dividir em três grupos: o direito à não-embaraço; o direito à não-afetação de características e situações; o direito à não-eliminação de posições jurídicas. De acordo com Alexy:

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 185.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 194.

“[...] O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.”³³

1.5.1.1.1.1 Direitos à não-embaraço

No primeiro grupo de direitos de defesa pode ser formulado o seguinte enunciado que o sintetiza: “a tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*”³⁴. Um exemplo desse grupo de direito de defesa é o direito de propriedade.

1.5.1.1.1.2 Direitos à não-afetação de características e situações

No segundo grupo o enunciado que expõe os direitos à não-afetação de características e situações é: “a tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* e a situação *B* de *a*”³⁵. Um exemplo desse grupo de direitos de defesa é o direito à vida.

1.5.1.1.1.3 Direitos à não-eliminação de posições jurídicas

No terceiro grupo, sobre os direitos à não-eliminação de posições jurídicas, o enunciado que pode sintetizar sua ideia é: “a tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica *RP* de *a*”³⁶. Um exemplo desse grupo de direitos de defesa é o direito de ser eleitor.

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 196.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 198.

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 199.

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 210.

1.5.1.1.2 Direitos a prestação

Se o direito de defesa, no qual se incluem todas as abstenções estatais, é uma das faces dos “direitos a algo”, o direito a ação positiva é a sua outra face. Todo direito a uma ação positiva é um direito a uma prestação. Segundo Alexy:

“[...] Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. [...] Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*.”³⁷

Um exemplo de direito a prestação é o direito à saúde previsto no artigo 6º e 196 da Constituição da República, no qual o titular do direito à saúde pode invocar o dever do Estado de realizar o objeto do direito fundamental, ou seja, a prestação de saúde.

Com base no conceito estabelecido, passamos para as espécies de direitos de ação positiva do Estado. Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: a) direitos a proteção; b) direitos a procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito.

1.5.1.1.2.1 Direitos a proteção

Os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado para que este proteja o titular do direito contra intervenções de terceiros.³⁸

Um exemplo é a proteção concedida pela norma veiculada no artigo 5º, VI da Constituição, protegendo os locais de culto religioso.

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 445.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 450-451.

1.5.1.1.2.2 Direitos a procedimentos

Os direitos a procedimentos são direitos subjetivos a sistemas de regras, de princípios ou de regras e princípios para obtenção de um resultado. Eles englobam sob seu vocábulo os “direitos a organização” também. Quando é direito a proteção jurídica efetiva tem como destinatário os tribunais. De outro modo, os direitos a procedimentos quando objetivam a criação de normas procedimentais têm como destinatário o legislador.³⁹

Um exemplo de direitos a procedimentos pode ser encontrado no artigo 60, §4º da Constituição da República, ao veicular um sistema de regras chamado de “cláusulas pétreas” para proteger o núcleo duro do texto constitucional.

Robert Alexy divide os direitos a procedimentos em quatro tipos⁴⁰:

a) competências de direito privado, que são direitos em face do Estado de que este crie normas constitutivas para as ações de direito privado;

b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito), que são direitos essenciais para a criação de uma proteção jurídica efetiva, pois o procedimento protege os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais;

c) organização em sentido estrito, que são os direitos que regulam a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de determinadas finalidades, como a organização do Sistema Único de Saúde para atingir o direito a saúde;

d) formação da vontade estatal, que são os direitos em face do Estado de que este, por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal.

1.5.1.1.2.3 Direitos a prestação em sentido estrito

Os direitos a prestação em sentido estrito, última espécie dos direitos a prestação, são os direitos do indivíduo em face do Estado, de algo que o indivíduo, se

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 473-474.

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 483-499.

dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Eles são denominados de Direitos Fundamentais Sociais.⁴¹

Segundo o entendimento adotado nesse trabalho, os direitos fundamentais sociais sempre apresentarão estrutura de princípio, haja vista que esses direitos subjetivos terão de ser realizados em sua forma máxima dentro dos aspectos fáticos e jurídicos do caso concreto.

Um exemplo de direito fundamental social é o direito ao transporte, veiculado no enunciado normativo do artigo 6º da Constituição.

O mínimo existencial, de outro modo, atuará como se fosse a “outra face” dos direitos fundamentais sociais. Sempre que se aduzir ao mínimo existencial, estaremos nos referindo a uma norma de direito fundamental que é estruturada como regra jurídica.

Um enunciado normativo que ajuda a esclarecer o que o Sistema Constitucional Brasileiro entende por mínimo existencial é o artigo 7º, IV da Constituição da República. Nesse parágrafo há a especificação do que o salário mínimo no país deve(ria) cobrir socialmente para garantir uma dignidade mínima aos cidadãos brasileiros, ou seja, as necessidades vitais básicas da família das trabalhadoras e dos trabalhadores com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Desse modo, o direito a prestação em sentido estrito se apresenta, ora como princípio (direito social fundamental), ora como regra (mínimo existencial).

1.5.1.2 Liberdades

A segunda posição dos direitos subjetivos trata sobre as liberdades. A base do conceito de liberdade é constituída por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.⁴²

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 499.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 220.

Um exemplo de direito subjetivo que veicula posição sobre liberdade é a norma prevista no artigo 5º, XIII da Constituição da República, que trata sobre a titularidade do direito de exercer qualquer profissão, desde que as qualificações profissionais específicas do ofício desejado sejam cumpridas.

O que interessa é apenas a liberdade no âmbito jurídico. Quando o objeto da liberdade só pode ser apenas uma ação, essa liberdade é considerada como liberdade positiva, mas não é liberdade jurídica. Só se fala em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação, que pode ser denominada de liberdade negativa, ou seja, uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação.⁴³

Dentro das liberdades jurídicas, há dois tipos: as liberdades não-protegidas e as liberdades protegidas.

São liberdades não-protegidas quando o sujeito de direito não é juridicamente livre, no que diz respeito a uma determinada ação, se a abstenção ou a realização dessa ação lhe é juridicamente obrigatória. E são liberdades protegidas aquelas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida.⁴⁴

1.5.1.3 Competências

Para entender o que são os direitos subjetivos que veiculam posições sobre as competências, é preciso delimitar o que são as normas de competência e as normas de conduta.

As normas de competência possibilitam a criação de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas. As normas de conduta, por outro lado, não criam alternativas de ação, apenas qualificam ações ao estabelecer direitos a algo e liberdades. A diferença entre as normas de conduta e de competência é ainda mais clara nos casos de transgressão. O descumprimento de uma norma de

⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 222.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 226-235.

competência não implica “ilegalidade”, como é o caso da desobediência da norma de conduta, mas a nulidade do ato.⁴⁵

Uma competência é a posição criada por uma norma de competência. E essas normas podem estipular competências para o indivíduo e competências para o Estado.

No âmbito das normas de competência do indivíduo, o reconhecimento de competência, sejam elas de direito privado (como a possibilidade de adquirir propriedades), sejam elas de direito público (como a possibilidade de votar), são uma das formas de ampliar a margem de ação do indivíduo, ou seja, a sua liberdade negativa. Por essa razão, a eliminação ou o não-reconhecimento de uma competência é sempre um obstáculo para o exercício da liberdade.⁴⁶

No âmbito das normas de competência do Estado, as normas de direitos fundamentais aparecem como normas negativas de competência, que restringem as normas positivas de competência, introduzindo cláusulas de exceção. Assim, elas colocam o Estado em uma posição de não-competência e o indivíduo em uma posição de não-sujeição. Quando o indivíduo se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito dessa não-sujeição. A esse direito corresponde uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não-competência, definido pelas normas de direitos fundamentais.⁴⁷

1.5.1.4 Síntese

Desse modo, com essas três posições, a liberdade jurídica, o direito contra o Estado a um não-embaraço e a competência para questionar judicialmente a violação

⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.240-241.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.246-247.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 247-248.

desse direito, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido.⁴⁸

1.5.2 Interesses coletivos

Os interesses coletivos, que usualmente são chamados de bens coletivos, são uma categoria de posições que, por motivos fáticos ou jurídicos, não podem ser decompostos e associados a indivíduos como partes, ou seja, tem um caráter não distributivo.⁴⁹

Um exemplo de interesse coletivo é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição, no qual é possível encontrar direitos fundamentais que têm caráter não distributivo e, por isso, não podem ser individualizados.

O conceito de interesse coletivo pode ser definido como: *X* é um interesse coletivo para o Sistema Constitucional Brasileiro quando *X* é não distributivo e a produção ou manutenção de *X* é ordenada pelo Sistema Constitucional Brasil de maneira *prima facie* ou definitivamente.⁵⁰

1.5.3 Correspondência entre os conceitos doutrinários e os conceitos previstos no texto constitucional

Os conceitos “direitos subjetivos” e “interesses coletivos” são utilizados em diversos momentos na obra de Robert Alexy. Há algumas referências aos termos “direitos subjetivos” e “interesses coletivos” na Constituição da República, como por

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 234.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 182.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 183.

exemplo no artigo 8º, III⁵¹, no artigo 129, III⁵² e no artigo 208, §1º⁵³, mas é perceptível que não há o mesmo refinamento técnico invocado pelo autor alemão nessas previsões.

Toda vez que houver na pesquisa uma referência a direitos individuais e a direitos coletivos, haverá uma alusão implícita aos direitos subjetivos e aos interesses coletivos no modo em que foram conceituados na obra de Alexy, ou seja, direitos individuais como sinônimos de direitos subjetivos e direitos coletivos como sinônimos de interesses coletivos. De outro modo, quando o Sistema Constitucional Brasileiro apresentar as expressões normativas “direito subjetivo” e “interesse coletivo”, é preciso analisar se podem ser interpretadas no sentido apresentado por Robert Alexy ou se apenas estão sendo utilizadas de forma atécnica.

1.5.4 Relações conceituais entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos

Há quatro teses sobre a relação conceitual entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos que devem ser analisadas. Segundo Robert Alexy:

“[...] é possível distinguir quatro relações entre direitos individuais e interesses coletivos, as quais podem ser combinadas entre si de inúmeras formas.

(1) Um direito individual é exclusivamente um meio para um interesse coletivo. Essa relação é pressuposta, por exemplo, por quem vê no direito de propriedade apenas um meio para a realização da produção econômica. Uma colisão entre o direito e o interesse coletivo é impossível, pois se o direito perde seu caráter de meio ou até mesmo embaraça a produtividade, então,

⁵¹ Art. 8º – É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

⁵² Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁵³ Art. 208, §1º – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

não há mais fundamento para o direito. Se todos os direitos individuais fossem apenas meios para interesses coletivos, não poderia mais haver colisões entre eles. Nesse sentido, direitos como meios para interesses coletivos não teriam força própria.

(2) Um interesse coletivo é exclusivamente um meio para direitos. Dessa relação parte aquele que afirma que a garantia da operacionalidade da justiça penal serve apenas para a segurança dos direitos individuais, então, haveria apenas colisões entre direitos.

(3) Um interesse coletivo é uma situação na qual as normas que garantem direitos individuais são válidas ou satisfeitas. Se isso valesse para todos os interesses coletivos, falar nesse tipo de interesses seria redundante.

(4) Entre direitos individuais e interesses coletivos não existem nem as relações meio-fim do tipo (1) e (2), nem a relação de identidade do tipo (3). Se direitos individuais não têm caráter absoluto diante de interesses coletivos, então, sob o pressuposto (4), as colisões entre direitos individuais e interesses coletivos são colisões entre objetos pertencentes a categorias distintas.”⁵⁴

As quatro teses expostas por Alexy são: a) a relação de meio-fim em que todos os direitos subjetivos são exclusivamente meios para interesses coletivos; b) a relação de meio-fim em que todos os interesses coletivos são exclusivamente meios para direitos subjetivos; c) a relação de identidade em que todos os interesses coletivos são idênticos aos direitos subjetivos; d) a relação de independência em que os direitos subjetivos e os interesses coletivos não formam relações de meio-fim ou relações de identidade.

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 115-116.

São necessários breves comentários sobre cada tese para identificar qual delas se adequa de maneira mais acertada aos direitos subjetivos e interesses coletivos previstos dentro do Sistema Constitucional Brasileiro.

1.5.4.1 Direitos subjetivos como meio para interesses coletivos

A tese de que os direitos subjetivos só existem para servir como um meio para atingir interesses coletivos não pode prosperar pois contraria a força normativa concedida aos direitos individuais. Caso fosse aceita, os direitos subjetivos seriam hierarquicamente inferiores aos interesses coletivos e em todos casos jurídicos nos quais direitos subjetivos e interesses coletivos fossem apresentados de forma antagônica seriam resolvidos desconsiderando os direitos subjetivos, por serem meros meios para o cumprimento de um fim último, ou seja, a proteção dos interesses coletivos. Portanto, essa posição de subordinação para a fundamentação dos interesses coletivos não se coaduna com o Sistema Constitucional Brasileiro.

1.5.4.2 Interesses coletivos como meio para direitos subjetivos

O mesmo que foi dito no tópico anterior se encaixa na presente situação. A instrumentalização dos interesses coletivos para servir como fundamentação de direitos subjetivos é inaceitável, haja vista que o Sistema Constitucional Brasileiro garante força normativa aos direitos coletivos e eles não podem ser tratados como meros fundamentos para os direitos subjetivos.

1.5.4.3 Direitos subjetivos e Interesses coletivos em relação de identidade

A tese da relação de identidade é um pouco mais complexa que as outras. Segundo Robert Alexy⁵⁵, ela se apresenta em três variantes: a) uma relação de identidade geral; b) uma relação de identidade especial; c) uma relação de abstração.

Na relação de identidade geral há uma identidade entre direitos subjetivos e interesses coletivos pois é considerado que interesses coletivos nada mais são do que

⁵⁵ ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 184-191.

uma classe de direitos individuais. No entanto, essa relação ignora o caráter não distributivo de interesses coletivos e por isso não pode ser aceita.

Na relação de identidade especial há uma identidade entre direitos subjetivos e interesses coletivos apenas no conteúdo de produção e manutenção dos interesses coletivos. Essa relação também não prospera pois não há que se confundir o direito e seu objeto. A produção e a manutenção dos interesses coletivos estão protegidas no âmbito dos próprios interesses coletivos, não há relação de identidade com os direitos subjetivos nesse âmbito.

Na relação de abstração entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos, os direitos individuais são identificados com os interesses coletivos no âmbito de sua existência e cumprimento, ou seja, o estado de existência e cumprimento dos direitos individuais é considerado um interesse coletivo e que, sob esse aspecto, há uma relação de identidade quanto ao conteúdo.

Entretanto, o conteúdo que se relaciona no caso está na esfera ontológica e não na esfera deontológica, que é o que interessa para o direito. Assim, por mais que haja uma relação entre os dois conceitos quando se considera que a existência de um direito subjetivo é um interesse coletivo, não há conteúdo jurídico que sustente essa relação de identidade e, que por esse motivo, deve ser rejeitada.

1.5.4.4 Direitos subjetivos e interesses coletivos em relação de independência

Na tese da relação de independência é apresentada a ideia de que existe uma independência entre direitos subjetivos e interesses coletivos, ou seja, que nem as relações de meio-fim entre direitos subjetivos são aceitas e nem as relações de identidade. É uma posição que promove a igualdade hierárquica entre os dois conceitos e, ao mesmo tempo, assegura suas distinções.

1.5.4.5 Direitos subjetivos e interesses coletivos em face do Sistema Constitucional Brasileiro

Apesar das categorias de relações entre direitos subjetivos e interesses coletivos terem utilidade doutrinária, elas foram desenvolvidas para a utilização dentro do direito alemão. Sob à ótica do Sistema Constitucional Brasileiro, não há dúvida que a quarta

posição é a única adequada para tratar sobre o dos direitos subjetivos e dos interesses coletivos. Não há relevância jurídica nas supostas relações meio-fim e relações de identidade entre direitos subjetivos e interesses coletivos dentro do SCB. Ambos os conceitos estão expostos de maneira autônoma dentro do sistema, têm igualdade hierárquica e são espécies distintas de direitos fundamentais brasileiros.

Como categorias autônomas de direitos fundamentais, os direitos subjetivos e interesses coletivos, em formato de princípios, estão aptos a entrarem em colisão. Nesse sentido, a independência entre eles é essencial para evitar o estabelecimento de uma hierarquia definitiva entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos, que acabaria por inviabilizar a utilização da máxima da proporcionalidade⁵⁶.

1.6 Argumentação jurídica

Robert Alexy apresenta na obra “Teoria da Argumentação Jurídica” a sua teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, que será um pressuposto para o entendimento dos seus trabalhos teóricos, inclusive do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”. É importante analisar os principais pontos desse trabalho preambular para uma melhor compreensão da obra do autor que servirá como referencial teórico para os próximos capítulos dessa pesquisa.

A obra se divide em três partes. Nas duas primeiras são abordadas a teoria da argumentação prática geral e a terceira parte é dedicada à teoria da argumentação jurídica.

1.6.1 Teoria da argumentação prática geral

Na primeira parte do livro são apresentadas algumas teorias do discurso prático. Alexy as apresenta em quatro grupos distintos: a) o grupo denominado de “Ética Analítica” dos autores C. L. Stevenson, Ludwig Wittgenstein, J. L. Austin, R. M. Hare,

⁵⁶ Conceito que será abordado nos capítulos 2 e 3.

Stephen Toulmin, K. Baier⁵⁷; b) a “Teoria Consensual da Verdade” de Habermas⁵⁸; c) a “Teoria da Deliberação Prática” da Escola de Erlangen, composta principalmente por Paul Lorenzen e O. Schwemmer⁵⁹; d) a “Teoria da Argumentação” de Chaim Perelman⁶⁰.

Depois de apresentar reflexões sobre algumas teorias do discurso prático que julgava relevantes, Robert Alexy começa a esboçar a sua “Teoria do Discurso Prático Geral” na segunda parte da obra.

Alexy afirma que por “Teoria do Discurso” se entende um grupo de preceitos⁶¹ com status lógico e cuja adoção deve ser suficiente para que o resultado fundamentado na argumentação possa estabelecer uma pretensão de correção.⁶² A finalidade de tal empreendimento seria de expor os defeitos na argumentação de forma mais clara, esperando que futuramente fosse possível eliminar esses defeitos.⁶³

Dessa maneira, são propostos um total de vinte e dois preceitos, divididos em cinco grupos distintos.

1.6.1.1 Preceitos fundamentais do discurso prático geral

No primeiro grupo estão os preceitos fundamentais do discurso prático geral⁶⁴:

⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 105.

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132-140.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 154-155.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.173.

⁶¹ Alexy fala em “regras”, mas para não gerar uma confusão com as regras que são uma das espécies das normas de direitos fundamentais, optamos por utilizar o termo “preceitos”.

⁶² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 32.

⁶³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187-190.

- 1) Nenhum falante pode contradizer-se [pressuposto lógico];
- 2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita [pretensão de veracidade];
- 3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes [refere-se à coerência do falante, preceito da universalidade];
- 4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados [exige uma comunidade de uso da linguagem].

1.6.1.2 Preceitos de razão

No segundo grupo estão os preceitos de razão⁶⁵:

- 5) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação [preceito geral de fundamentação];
- 6) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso [refere-se à admissão no discurso];
- 7) Todos podem problematizar qualquer asserção [primeira exigência da liberdade de discussão];
- 8) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso [segunda exigência da liberdade de discussão];
- 9) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades [terceira exigência da liberdade de discussão].

⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 190-193.

1.6.1.3 Preceitos sobre a carga da argumentação

No terceiro grupo encontram-se os preceitos sobre a carga da argumentação⁶⁶ provenientes da conjunção entre o “princípio da universalidade”⁶⁷ e o preceito de fundamentação:

- 10) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo [presunção em favor da igualdade];
- 11) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso [obrigação de uma nova resposta apenas em caso de um contra-argumento];
- 12) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos [decidir sobre a exclusão de argumentos é prerrogativa de todos aqueles que participam do discurso];
- 13) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação [decorrência do preceito da fundamentação].

1.6.1.4 Preceitos de fundamentação

No quarto grupo estão os preceitos de fundamentação⁶⁸ que determinam o conteúdo das proposições:

- 14) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe um preceito para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dito preceito também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas [conjunção do “princípio de universalidade” e do “princípio de prescritividade” de R. M. Hare];

⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 193-195.

⁶⁷ O termo “princípio” utilizado nessa expressão não se trata de espécie da norma de direito fundamental, mas de um “princípio lógico”.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 199-203.

- 15) As consequências de cada preceito para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos [o caráter ideal dos preceitos de razão é que cada um deve estar de acordo com cada preceito];
- 16) Todo preceito deve ser ensinado de forma aberta e geral [variante do “princípio de generalizabilidade”];
- 17) Os preceitos morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Um preceito moral não resiste a tal comprovação se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação ou se não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes [argumento genético que possibilita criticar preceitos morais que determinam o raciocínio prático sem justificação];
- 18) Os preceitos morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Um preceito moral não resiste a tal comprovação caso tenha estabelecido com base apenas em condições de socialização não justificáveis [proposta de Paul Lorenzen e O. Schwemmer do argumento genético com a complementação de uma prova do desenvolvimento individual das opiniões normativas];
- 19) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados [necessidade de realizabilidade faz com que o discurso prático chegue a resultados que possam também ser levados à prática].

1.6.1.5 Preceitos de transição

Alexy afirma que se constatou que nos discursos práticos surgem muitos problemas que não podem ser resolvidos com os meios da argumentação prática e, por isso, é preciso passar a outras formas de discurso. Assim, foram instituídos os preceitos de transição que compõem o quinto grupo⁶⁹:

- 20) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico;

⁶⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 203.

- 21) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem;
- 22) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

Os vinte e dois preceitos confeccionados buscam alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável.⁷⁰

Com o reconhecimento dos limites do discurso prático geral há a fundamentação da necessidade de preceitos jurídicos, abrindo a possibilidade de abordar o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.⁷¹

1.6.2 Teoria da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral

O núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico. Ao contrário do que ocorre no discurso prático geral, que está ligado a racionalidade das proposições normativas em debate, o discurso jurídico oferece a fundamentação racional com base no ordenamento jurídico vigente.⁷²

O discurso jurídico pode ser contemplado por três perspectivas, a empírica, a analítica e a normativa:

“A perspectiva é empírica se nela se descrevem ou se explicam, para citar apenas alguns exemplos, a frequência de determinados argumentos, a correlação entre certos grupos de falantes, situações linguísticas e o uso de determinados argumentos, seu efeito, a motivação para o uso de alguns

⁷⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 203.

⁷¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 203-205.

⁷² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

argumentos ou as concepções dominantes em grupos específicos sobre a validade dos argumentos. Uma teoria desse tipo é parte de uma teoria do atuar jurídico, especialmente do judicial, a ser desenvolvido com os métodos das ciências sociais.

A perspectiva é analítica se nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente normativa se se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico”⁷³

A postura de Robert Alexy ao analisar a argumentação jurídica é “analítico-normativa”, pois a elaboração de critérios de racionalidade do discurso jurídico abrange também uma análise da estrutura lógica das fundamentações.⁷⁴

Essa teoria analítico-normativa do discurso jurídico trata da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas. Essa justificação se divide em dois tipos: a justificação interna e a justificação externa. A justificação interna verifica se a decisão segue de forma lógica as premissas que são adotadas como fundamentação e a justificação externa analisa a correção das premissas adotadas.⁷⁵

1.6.2.1 Justificação interna

Alexy apresenta cinco preceitos sobre a justificação interna⁷⁶:

- 1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal [universalidade da norma];

⁷³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 30-31.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 221-228.

- 2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições [subsunção à norma universal com base nas premissas adotadas];
- 3) Sempre que houver dúvida sobre se A^{77} é um T^{78} ou M^{79} , deve-se apresentar um preceito que decida a questão [preceito para evitar tratar casos semelhantes de forma desigual];
- 4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível [preceito da segurança da universalidade];
- 5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento [preceito complementar da segurança da universalidade].

A racionalidade que esses preceitos da justificação garantem é relativa à racionalidade das premissas. Por sua vez, o juízo sobre a racionalidade da decisão pertence ao campo da justificação externa.⁸⁰

1.6.2.2 Justificação externa

O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas que são utilizadas na justificação interna. Essas premissas podem ser divididas em: a) preceitos de direito positivo; b) enunciados empíricos; c) premissas que não são preceitos de direito positivo e não são enunciados empíricos. A análise realizada por Robert Alexy se vale apenas do terceiro tipo de premissa, ou seja, aquelas que não são preceitos de direito positivo e que não são enunciados empíricos.⁸¹

Os preceitos de justificação externa podem ser classificados em seis grupos. São eles os preceitos de: a) argumentação empírica; b) interpretação; c) dogmática;

⁷⁷ Uma constante de indivíduo.

⁷⁸ Um predicado que representa a suposição de fato da norma.

⁷⁹ Um predicado que representa outra suposição de fato da norma diferente de “ T ”.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 228.

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 228-229.

d) uso dos precedentes; e) formas especiais de argumentos jurídicos; f) argumentação prática geral.

1.6.2.2.1 Preceito da argumentação empírica

No caso da argumentação empírica Alexy não elabora preceitos, mas apenas reafirma o preceito de transição do discurso prático geral, ou seja, que para qualquer falante em qualquer momento é possível passar a um discurso empírico.⁸²

1.6.2.2.2 Preceitos da interpretação

No caso da interpretação⁸³ são apresentados seis grupos de cânones interpretativos (semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico) e quatro preceitos:

- 1) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação;
- 2) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei [cânone interpretativo semântico] ou à vontade do legislador histórico [cânone interpretativo histórico] prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos;
- 3) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo preceitos de ponderação⁸⁴;
- 4) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones de interpretação.

⁸² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 230-231.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 231-247.

⁸⁴ Importante preceito que vai antecipar uma parte do trabalho de Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

1.6.2.2.3 Preceitos da dogmática jurídica

A dogmática jurídica é uma série de enunciados sobre a legislação e a aplicação do Direito, mas que não podem se identificar com sua descrição, que possuem entre si uma relação de coerência mútua, que se formam e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e que têm conteúdo normativo.⁸⁵

A dogmática cumpre seis funções específicas:

- a) A função de estabilização se cumpre na medida em que se fixam e se fazem reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas⁸⁶;
- b) A função de progresso, possibilitada pela ampliação da discussão jurídica na dimensão temporal, objetivo e pessoal, torna possível oferecer comprovações e diferenciar os enunciados em uma medida consideravelmente maior do que seria possível em discussões que se desenvolvem de forma pontual⁸⁷;
- c) A função de descarga possibilita a renúncia de discutir novamente enunciados já comprovados sem uma razão especial⁸⁸
- d) A função de técnica desenvolve a informação, promove o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica, ampliando a capacidade de transmissão da dogmática⁸⁹;
- e) A função de controle permite decidir casos não de maneira isolada, mas relacionados com uma série de casos já decididos e ainda por decidir, aumentando o grau de eficácia do preceito da universalidade⁹⁰

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 252.

⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 261.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 262.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 263.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 264.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 265.

- f) A função heurística da dogmática promove um ponto de partida para novos conhecimentos que não teriam sido atingidos se a reflexão ficasse isolada, sem uma sistematização⁹¹

Os três preceitos da dogmática⁹² são apresentados da seguinte maneira:

- 1) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático geral;
- 2) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto sentido estrito como em sentido amplo;
- 3) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser utilizados.

1.6.2.2.4 Preceitos do uso de precedentes

O uso de precedentes⁹³ é essencial para o exercício da universalidade, do tratamento igualitário de casos idênticos e da segurança jurídica. Há dois preceitos instituídos por Alexy no caso de precedentes:

- 1) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo;
- 2) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Existem ainda duas técnicas importantes sobre a utilização dos precedentes: a) o “*distinguishing*” que serve para interpretar de maneira estrita a norma que se pode considerar sob a perspectiva do precedente para manter a sua integridade; b) o “*overruling*” que consiste na rejeição do precedente com base em razões jurídicas.⁹⁴

⁹¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 265.

⁹² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 247-267.

⁹³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267-271.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 271.

1.6.2.2.5 Preceito das formas especiais de argumentos jurídicos

As formas especiais de argumentos jurídicos⁹⁵ são formas de argumentos que são utilizadas especialmente na metodologia jurídica, como a analogia, o “*argumentum a contrario*”, o “*argumentum a fortiori*” e o “*argumentum ad absurdum*”. Há apenas um preceito que regula a utilização dessas formas especiais:

- 1) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.

1.6.2.2.6 Preceitos dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico

Por último, o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico pode ser necessário na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.⁹⁶

1.6.3 Síntese

Alexy buscou evidenciar a união dos dois tipos de discurso, o jurídico e o prático geral, provando que há uma complementariedade entre os dois discursos para oferecer racionalidade à fundamentação das decisões jurídicas. Em sua concepção, é possível apontar quatro aspectos dessa vinculação: a) a necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral, haja vista a debilidade do discurso prático geral em alguns casos não levar a nenhuma solução; b) a coincidência parcial dos dois discursos com a pretensão de correção; c) a coincidência estrutural de alguns preceitos⁹⁷ do discurso prático geral com os preceitos do discurso

⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 272-276.

⁹⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 276.

⁹⁷ No original “regras e formas do discurso jurídico”.

jurídico; d) a necessidade de argumentação prática de geral no âmbito da argumentação jurídica.⁹⁸

Durante a pesquisa, todos os conceitos expostos nesse tópico serão referenciados pelos termos “argumentação racional”, “argumentação jurídica”, “argumentação prática” e “teoria da argumentação”.

⁹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 279-286.

2 SEGUNDO CAPÍTULO – MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Com o estabelecimento dos conceitos essenciais no capítulo anterior, podemos iniciar a exposição da máxima da proporcionalidade na teoria de Robert Alexy. Essa máxima objetiva oferecer um parâmetro racional para a solução de casos nos quais ocorre colisão de princípios.

No entanto, antes de adentrar no tema da proporcionalidade, é preciso explicitar as possibilidades teóricas sobre a restrição dos direitos fundamentais e como se distinguem as possíveis contendas entre direitos fundamentais.

2.1 Teorias sobre a restrição de direitos fundamentais

Existem duas teorias sobre a restrição dos direitos fundamentais: a teoria externa e a teoria interna.

Alexy diz o seguinte sobre a teoria externa:

“O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que restou do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. [...] entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”⁹⁹

Em oposição, Robert Alexy afirma que na teoria interna:

“[...] não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de

⁹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 277.

restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo.”¹⁰⁰

Assim, quando se trata sobre direitos fundamentais, há uma divergência em relação ao seu conteúdo: se é uma coisa única, com seus limites imanentes, ou se abrange dois objetos, o próprio direito e a sua restrição.

Para saber qual posição é a mais adequada, é necessário saber se a questão envolve regras ou de princípios de direitos fundamentais. Se estão sendo utilizadas posições definitivas (regras), a teoria empregada deve ser a dos limites imanentes, pois a cláusula de exceção está contida no próprio direito fundamental que pretende limitar. Caso estejam em debate as posições *prima facie* (princípios) é necessário aplicar a teoria externa dos direitos fundamentais, haja vista que as restrições dos princípios irão surgir apenas no caso concreto.

Dessa maneira, regras e princípios podem servir como instrumentos de restrição aos direitos fundamentais.

2.1.1 Leis de intervenção

Para abordar a relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais, as suas restrições e o tipo de intervenção realizada, são estabelecidas duas formulações denominadas de “leis de intervenção”. Cada lei vem sempre acompanhada com a sua contraposição.

A primeira lei de intervenção trata sobre os princípios:

“(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 277-278.

(I') Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental”¹⁰¹

A segunda lei de intervenção trata sobre as regras:

“(II) Todas as medidas que sejam intervenção em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.

(II') Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição”¹⁰²

A lei de intervenção demonstra que, com a aplicação da teoria externa, não é um bem protegido pela norma de direito fundamental que será restringido, como na teoria interna, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma.¹⁰³

2.2 Contradição normativa entre direitos fundamentais

A exposição das teorias sobre as restrições dos direitos fundamentais é insuficiente para demonstrar as hipóteses em que existem contradição normativa entre direitos fundamentais. Nesses casos, existem três possibilidades: o conflito de regras, a colisão de princípios e a restrição à satisfação dos princípios por meio de regras¹⁰⁴.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 306.

¹⁰² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 306.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 280.

¹⁰⁴ Em nosso entendimento, não há possibilidade de se falar de uma “restrição à satisfação das regras por meio de princípios” em decorrência do caráter mandamental definitivo das regras. Alexy, entretanto, entende que é possível, em casos extremos, utilizar os princípios como cláusulas de exceção às regras.

2.2.1 Conflito de regras

Há conflito de regras de direitos fundamentais quando duas ou mais regras são contraditórias. Esse conflito deve ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção em alguma delas ou com a declaração de invalidade (no caso de regras constitucionais, declaração de inconstitucionalidade de uma delas). Caso contrário, essa antinomia é insolúvel, pois as regras são mandamentos definitivos. Por isso, os conflitos de regras ocorrem sempre na esfera da validade.

2.2.2 Colisão de princípios

Há colisão de princípios quando dois ou mais princípios são contraditórios. Mas nesse caso a resolução da colisão é totalmente diversa dos conflitos de regras, pois os princípios são mandamentos de otimização e, portanto, são implementados na medida máxima que o caso concreto permite. A exposição das condições de resolução dessas colisões de princípios será realizada em tópico próprio de maneira mais aprofundada.¹⁰⁵

2.2.3 Restrição à satisfação dos princípios por meio de regras

Com a exposição da colisão de princípios e do conflito de regras, ainda há uma possibilidade de contradição normativa entre os direitos fundamentais: o caso em que há um ou mais princípios que são contraditórios com uma ou mais regras.

Não é um caso de solução simples. Robert Alexy afirma que é uma questão hierárquica. Sendo as regras mandamentos definitivos, do ponto de vista da Constituição há uma primazia do nível das regras. Entretanto, essa primazia não é absoluta. Segundo ele:

“[...] aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o

¹⁰⁵ Capítulo 2.3.

princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional”¹⁰⁶

De acordo com a teoria de Alexy, quando existir uma regra e um princípio de direitos fundamentais em contradição, a primazia quase sempre será da regra. O princípio só poderá afastar o teor literal da regra e prevalecer no caso concreto se houver razões extremamente relevantes para tanto, sob a ótica dos preceitos da argumentação jurídica expostos no capítulo anterior.

2.3 Máxima da proporcionalidade

É possível afirmar que ocorre uma colisão de princípios quando, em um caso concreto, há proteção principiológica para ambos os lados da disputa legal e essa referida proteção é mutualmente excludente de forma *prima facie*.

Mas como é possível resolver a colisão?

Robert Alexy aponta que essa colisão de princípios deve ser resolvida pela aplicação da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação (mandamento que visa a consecução de um objetivo), necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Essa aplicação da proporcionalidade é, segundo ele, uma decorrência lógica da natureza dos princípios constitucionais.¹⁰⁷

A máxima da proporcionalidade é resultado de uma densa investigação científico-jurídica do jurista germânico. Ele baseou sua teoria no direito alemão, desenvolvendo uma análise da dogmática jurídica em suas três dimensões: a) analítica, que diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito alemão vigente; b) empírica, que deve ser compreendida em relação à cognição do direito

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 141.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 116-117.

positivo alemão válido; c) normativa, que trata da elucidação e a crítica da *práxis* jurídica.¹⁰⁸

Por outro lado, o Sistema Constitucional Brasileiro não ofereceu uma resposta objetiva para o tema. O constituinte, em sua omissão, relegou à ciência jurídica o papel de solucionar esse relevante problema jurídico. Essa omissão gerou a incorporação da teoria de Robert Alexy à prática jurídica brasileira.

Assim, passamos a expor o significado dessa máxima para resolver os casos de colisão de princípios.

2.3.1 Origem

É possível apontar três tipos de antecedentes para a construção da máxima da proporcionalidade: o filosófico, o histórico-jurídico e o jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

2.3.1.1 Antecedentes filosóficos

Os antecedentes filosóficos residem nas ideias de proporcionalidade provenientes do pensamento greco-romano e babilônico:

“[...] para os antigos gregos a ideia retora de seu comportamento era aquela de proporcionalidade, de equilíbrio harmônico, expressa pelas noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento. Na ética aristotélica tem-se a formalização dessas noções do senso comum helênico na ideia de ‘justiça distributiva’, que impõe a divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade, seu *status*, bem como por serviços (ou desserviços) que tenha prestado. Através do estoicismo se dá a introdução desse ideário grego na mentalidade jurídica romana, merecendo uma formulação

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 32-38.

exemplar no célebre *ius suum cuique tribuere*, de Ulpiano (D. 1, 1, 1 §1). Já no antigo direito romano, contudo, pode-se identificar manifestações do princípio de proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu *quanti interest* as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator.

Por fim, não se pode esquecer a ideia de proporcionalidade da reação a uma agressão sofrida, expressa na *iustitia vindicativa talionica*, regra comum nos tempos primitivos e ainda hoje sobrevivente nos casos em que se admite a chamada auto-tutela, o desforço pessoal para se proteger de uma ofensa à integridade física ou ao patrimônio.

A conclusão a que se chega nessa breve reconstituição histórica, tentativa de focalizar a ideia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria ideia do ‘direito’, o *aequum*, o *khanón*, a regula, materializada simbolicamente no *equilibrium* da balança que porta Thémis”¹⁰⁹

É possível perceber que os antecedentes filosóficos para a ideia de proporcionalidade são vastos, passando pelas ideias de *métron* e *hybris*, pela justiça distributiva na ética aristotélica, pelo estoicismo e pela lei de talião.

2.3.1.2 Antecedentes histórico-jurídicos

Os antecedentes histórico-jurídicos da proporcionalidade abrangem principalmente instrumentos jurídicos britânicos e alemães:

“Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* de 1215, na qual aparece com toda clareza [...] ‘O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por

¹⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 54-55.

um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito'. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689 onde então adquirem força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos agora aos súditos em seu conjunto.

[...] Característico do jusnaturalismo, de cunho racionalista, era a crença na existência de princípios gerais dedutíveis da natureza humana, nos quais se devia basear a elaboração científica do Direito. É assim que em 1791 Suarez, em conferência proferida diante do Rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, propõe como princípio fundamental do Direito Público 'que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos', e daí deduzia o princípio fundamental do 'Direito de Polícia' (*Polizei-Recht*), ou, como hoje se diria, 'Direito Administrativo', [...]. Em 1802, Von Berg emprega o termo *verhältnismässig*, 'proporcional', ao tratar dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. É com apoio em Otto Mayer, porém, que Wolzendorff denomina 'Princípio da Proporcionalidade', '*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*', a 'proposição de validade geral' (*allgemeingültigen Saltz*) que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.

Durante a primeira metade do século em curso, o princípio que ora tomamos em consideração foi tratado como atinente apenas à regulamentação da atividade policial, destinado a evitar excessos na sua prática, o que não é surpreendente, tendo em vista a sua formulação originária no tratamento dessa matéria, como acabamos de verificar.

[...] Já no período em que não mais se confundia o *Polizeirecht* com o Direito Administrativo, porém, seria injustiça considerar que em sua monografia sobre aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, de 1913, Walter Jellinek tenha limitando-se a tratar do problema referindo-o ao 'Direito da Polícia', ou no máximo ao processo executivo administrativo, como é costume aparecer referido em monografias contemporâneas sobre o princípio em tela. Na verdade, é dele o mérito de ter relacionado a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo que é a discricionariedade (*freies Ermessen*), considerando-as questões dotadas de igual significação, uma vez que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia daquele dos demais órgãos da Administração. Com isso, abre-se a possibilidade de estender a problemática até abranger as demais funções estatais, já que ao órgão judicial também é vedada a arbitrariedade na aplicação da lei e o legislativo se acha igualmente submetido a um controle em sua atividade de produção normativa, já que deve se manter dentro dos limites constitucionais”¹¹⁰

A reconstrução histórico-jurídica da ideia de proporcionalidade aponta raízes na punição proporcional ao crime cometido, na limitação da liberdade realizada pela polícia e na utilização da discricionariedade.

2.3.1.3 Antecedentes jurisprudenciais

Os antecedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal alemão tratam do processo de constitucionalização da proporcionalidade na Alemanha:

“Essa Corte Suprema, investida que está pela Lei Fundamental em velar pelo cumprimento e respeito, a partir de um determinado momento passa a referir com frequência

¹¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 57-60.

expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao ‘pensamento de proporcionalidade’, tais como ‘excessivo’ (*übermassig*), ‘inadequado’ (*unangemessen*), ‘necessariamente exigível’ (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata ‘proibição de excesso’ (*Übermassverbot*), ‘enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito (possui) estrutura constitucional’. Em decisão anterior, o *Verhältnismässigkeitsprinzip* já fora acrescentado como resultante ‘no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais’, acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de Suarez, que se teria aí uma ‘expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos.

[...] O *Bundesverfassungsgericht* (abrev.: BVerfG) emprega então o princípio de que tratamos com mais frequência para controlar a constitucionalidade de medidas já tomadas por algum dos demais poderes estatais, o executivo e o legislativo, especialmente no que se refere ao respeito de direito fundamental dos indivíduos. Para tanto, embora não haja nenhum pronunciamento expresso nesse sentido, pode-se dizer que a mais alta Corte alemã ocidental se vale do que a doutrina aponta como a tríplice manifestação do ‘mandamento da proporcionalidade’ (*Verhältnismässigkeitsgebot*), também chamado ‘proibição de excesso’ (*Übermassverbot*): ‘Adequação’ (*Geeignetheit*), ‘Exigibilidade’ (*Erforderlichkeit*) e ‘Proporcionalidade em sentido estrito’ (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*). A primeira decisão [BVerfGE 30, 316] em que se encontra

uma clara e precisa formulação desse pensamento data de 16.03.1971 [...].”¹¹¹

Com isso, resta demonstrado a deslocação da proporcionalidade do direito administrativo para o campo constitucional, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

2.3.1.4 Síntese

Desse modo, é possível compreender que a proporcionalidade não é um conceito criado recentemente, mas que decorre de uma longa construção filosófica e jurídica que Alexy utilizou para criar a máxima da proporcionalidade.

2.3.2 Nomenclatura

Uma questão que deve ser enfrentada desde o início é o problema da nomenclatura. Na doutrina há muitas menções distintas como “princípio” da proporcionalidade, “regra” da proporcionalidade, postulado da proporcionalidade, dever da proporcionalidade, entre outros tantos.

Segundo o próprio Robert Alexy:

“A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”¹¹²

¹¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 63-68.

¹¹² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 117.

Assim, é equivocado se afirmar que a proporcionalidade seja um princípio. Caso assim o fosse, o próprio método construído por Alexy poderia entrar em colisão com outros princípios, o que acarretaria em um paradoxo e impossibilitaria a resolução das colisões de princípios.

De outro modo, Virgílio Afonso da Silva discorre sobre o motivo da proporcionalidade, em sua concepção, ser denominada de regra:

“No Brasil, o termo mais difundido para designar o objeto do presente estudo é princípio da proporcionalidade, aceito sem grandes controvérsias terminológicas. Em trabalho recente, contudo, Humberto Bergmann Ávila demonstra, com razão, que a questão é mais controversa do que parece e que a utilização do termo ‘princípio’ pode ser errônea, principalmente quando se adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, com base na difundida teoria de Robert Alexy.

[...] O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, ‘sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência’. Não é de todo correta, contudo, a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’, e cita como entendimento semelhante a posição

de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção. Como já visto acima, segundo a teoria defendida por Alexy, somente regras são aplicadas por meio de subsunção.

Bergmann Ávila utiliza o termo dever de proporcionalidade. O termo é, sem dúvida, correto, mas limita-se a contornar o problema e não o resolve. Se se fala em dever, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade, razão pela qual se dará preferência a esse termo [...].

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo 'princípio' pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo 'princípio', não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como 'princípio da anterioridade' ou 'princípio da legalidade' sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo 'princípio', qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.

Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo 'princípio' é deixar claro que ele, na expressão 'princípio da proporcionalidade', não tem o mesmo significado de 'princípio' na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy¹¹³

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 24-26, 2002.

Entendemos que a posição adotada por Virgílio Afonso da Silva de considerar a proporcionalidade como regra deve ser evitada por dois motivos.

Primeiro, por partir de um ponto de vista de que a proporcionalidade é decorrência lógica da estrutura dos direitos fundamentais (tal como faz Alexy). Caso assim o fosse, essa suposta universalidade da proporcionalidade deveria ser seguida então em todos os países que adotam a “ideia” de direitos fundamentais e de limites externos aos princípios de direitos fundamentais. Parece algo sem base real, haja vista que muitos países utilizam o modelo de “*balancing*”¹¹⁴, apenas para citar um tipo de resolução de colisões diferente da proporcionalidade.

Segundo, por possibilitar que os três exames da proporcionalidade possam entrar em conflito com outras regras constitucionais. Mesmo que o próprio Alexy considere que as máximas parciais sejam regras, entender a proporcionalidade (em sentido amplo) como regra pode causar confusões prejudiciais à aplicação da teoria.

Tal nomenclatura deve ser evitada para impedir interpretações, por exemplo, que entendam que uma regra constitucional possa ser considerada uma cláusula de exceção para algum dos exames parciais da proporcionalidade.

Dessa maneira, adotaremos a nomenclatura de máxima da proporcionalidade, tal como foi traduzida por Virgílio Afonso da Silva na edição brasileira da “Teoria dos Direitos Fundamentais” diretamente do termo alemão “*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”, bem como utilizaremos o termo “máxima parcial” para os exames de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.3 Adequação

O exame da máxima parcial da adequação antecede o exame da máxima parcial da necessidade, compondo ambos a análise da máxima da proporcionalidade relacionada aos pressupostos fáticos.

¹¹⁴ Não debateremos aqui a polêmica sobre as semelhanças entre a proporcionalidade e o balanceamento. Basta, por ora, aceitar o pressuposto de que a proporcionalidade pode ser uma construção doutrinária adequada para resolver os problemas gerados pelas colisões de princípios no direito brasileiro, mesmo que ela não decorra, como entendem Alexy e Virgílio, da própria estrutura dos direitos fundamentais.

A máxima parcial da adequação analisa a utilização de um meio para alcançar ou fomentar um objetivo legítimo pretendido.¹¹⁵

Alexy entende que se uma medida (M1) não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo (Z), que é requerido por um princípio (P1) ou é idêntico a ele, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se é adotada a medida M1 ou não. Caso M1 afete negativamente a realização de outro princípio (P2) então a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.¹¹⁶

Para exemplificar a análise da máxima parcial da adequação, se o objetivo (Z) for a proteção da intimidade, requerido pelo direito à intimidade (P1), a medida (M1) deve ser adequada para realizar esse objetivo pois, caso não seja, M1 não é exigida por P1. Essa análise deve ser realizada com todas as medidas possíveis e válidas no caso concreto para encontrar quais medidas podem ser analisadas no juízo comparativo da máxima parcial da necessidade.

Caso o meio seja adequado para esse fim, a máxima de adequação foi cumprida, sendo possível passar para a próxima análise, a da máxima parcial da necessidade. Caso o meio seja considerado inadequado em relação ao objetivo pretendido, tal medida é considerada inadequada e, portanto, desproporcional. A desproporcionalidade no caso da colisão entre princípios de direito fundamental indica também a contrariedade ao Sistema Constitucional Brasileiro.

2.3.4 Necessidade

A máxima parcial da necessidade integra os pressupostos fáticos da máxima da proporcionalidade, mas é aplicada em um momento posterior ao da adequação.

Robert Alexy utiliza o critério de eficiência de Pareto para construir a máxima parcial da necessidade. De acordo com esse critério, um fato “A” é preferível ao fato “B” se, com a passagem de “B” para “A”, nenhum dos envolvidos tem a sua situação

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 36-37, 2002.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 120.

piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos tem sua situação melhorada.¹¹⁷

Um ato estatal que limita um princípio é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o princípio atingido.¹¹⁸

A necessidade vai então auxiliar na escolha da medida menos gravosa para ambos os princípios em colisão.

Alexy explica o funcionamento da máxima parcial da necessidade da seguinte maneira:

“A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 170.

¹¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 38, 2002.

P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.”¹¹⁹

Para exemplificar, supondo que o objetivo Z seja a proteção da intimidade, veiculado pelo direito à intimidade (P1), a análise discute qual das duas medidas (M1 e M2) são necessárias no caso concreto. Ambas são adequadas ao objetivo pretendido, entretanto, a medida M2 atinge de forma menos gravosa a liberdade de expressão (P2) do que a medida M1. Nesse contexto, P1 não exige especificamente nenhuma das medidas, mas P2 é afetado de forma mais gravosa pela medida M1 e assim, em última instância, demonstra que M2 é a medida necessária para a otimização das possibilidades fáticas.

Dessa forma, a máxima parcial da necessidade atua como se fosse um juízo comparativo, opondo sempre as possibilidades fáticas para descobrir quais delas são realmente necessárias para fomentar ou realizar o objetivo legítimo estipulado.

2.3.5 Proporcionalidade em sentido estrito

As máximas parciais da necessidade e da adequação, conforme exposto anteriormente, decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, por outro lado, decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.¹²⁰

Robert Alexy expõe a relação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito com a máxima parcial da necessidade da seguinte maneira:

“A inter-relação entre as possibilidades jurídicas e as possibilidades fáticas pode também ser esclarecida por meio da constelação mais simples acima utilizada. Se tanto M1 quanto M2 embaraçam a realização de P2 – o que é sempre o caso

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 118-119.

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 118.

quando há motivo para um exame de necessidade – e M2 o faz em menor escala que M1, então, M1 e M2 não esgotam o campo das possibilidades fáticas para a realização de P2, nem mesmo se se parte da suposição de que M1 e M2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo Z, exigido pelo princípio P1. Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P2 é alcançada se nem M1 nem M2 são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M2 em face de M1. Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento”¹²¹

Mesmo em conformidade com as duas primeiras máximas parciais, é fundamental realizar a análise da proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o resultado da colisão de princípios que se apresenta no caso jurídico concreto.

A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao princípio atingido e a importância da realização do princípio colidente, que fundamenta a adoção da medida restritiva.¹²²

¹²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 119-120.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 40, 2002.

2.3.6 Resultado do sopesamento

A solução para o sopesamento consiste em estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, com base nas circunstâncias do caso concreto.¹²³

Para desenvolver o resultado do sopesamento, Robert Alexy cria a “lei da colisão”, que tem a seguinte formulação:

“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹²⁴

Dessa maneira, o resultado de cada sopesamento será uma regra que resolve a colisão de princípios em discussão no caso concreto de forma racional, expondo as condições jurídicas de prevalência de um princípio sobre o outro.

2.3.7 Colisão aparente de princípios

Um problema fortuito na questão da proporcionalidade se apresenta quando algum dos princípios invocados não é válido para resolver a suposta colisão. É a questão da distinção entre os casos de direitos fundamentais reais e potenciais.

No caso potencial uma argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é possível, mas dispensável, pois não há dúvida sobre a compatibilidade da argumentação jurídica ordinária com os direitos fundamentais. Por sua vez, no caso de colisão real há dúvidas sobre a extensão de cada princípio no caso concreto.¹²⁵

Alexy apresenta esse modelo duplo na teoria ampla do suporte fático. Segundo ele:

“[...] O primeiro âmbito é o âmbito dos casos potenciais; o segundo, o âmbito dos casos reais. Sempre que um princípio de

¹²³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 96.

¹²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 99.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 326-327.

direito fundamental for relevante, o caso é pelo menos um caso potencial de direitos fundamentais, não importa com que grau de certeza o princípio em questão possa ser superado por princípios colidentes. [...] O mais importante no modelo em dois âmbitos é o fato que a inclusão em um ou outro desses âmbitos não é algo que possa ser decidido de forma definitiva. [...] A possibilidade de se ultrapassar a fronteira de um lado para outro deve permanecer aberta em ambos os sentidos. Não se deve evitar, por meio de uma concepção restrita do suporte fático, que um caso se torne um caso real de direitos fundamentais”¹²⁶

Assim, na questão da colisão de princípios, é preciso atenção para identificar se os princípios invocados no caso concreto estão realmente colidindo, com o intuito de evitar a hipótese de se aplicar a máxima em um caso potencial, ou seja, uma colisão aparente de princípios que poderia ser resolvida meramente com a argumentação jurídica, sem invocar a máxima da proporcionalidade.

2.3.8 Proporcionalidade e Razoabilidade

Outro problema frequente é a confusão entre os conceitos de “máxima de proporcionalidade” e razoabilidade na doutrina jurídica brasileira.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende que a proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos. Segundo ele, essa ideia tem sua origem e desenvolvimento:

“[...] ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. [...] Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.

¹²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 328-329.

[...] O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos.

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process of law* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável, ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs. Madison*.

[...] a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito

individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no Texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade”¹²⁷

Barroso afirma que a razoabilidade (ou proporcionalidade) deve ser aferida de duas formas. Primeiro, sob o nome de razoabilidade interna, com a verificação da existência de uma relação proporcional e racional entre os motivos, meios e fins. Segundo, sob o nome de razoabilidade externa, com a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.¹²⁸

Segundo a concepção de Luís Roberto Barroso, o “princípio da razoabilidade”:

“[...] é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”¹²⁹

Há uma clara identificação entre as ideias de proporcionalidade e razoabilidade na teoria de Barroso, que julgamos ser equivocada. O conceito de razoabilidade precisa ser diferenciado do conceito de proporcionalidade, sob o risco de inviabilizar duas importantes teorias jurídicas.

Virgílio Afonso da Silva trata a impossibilidade de se considerar os dois conceitos como sinônimos da seguinte maneira:

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-220.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245.

“[...] quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio de razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, [...] mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo. Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que ‘é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira. Estivesse correta a afirmação, a regra de proporcionalidade nada mais seria do que o nome dado à regra da razoabilidade pelos autores ‘sob influência germânica’, uma simples questão de preferência terminológica, de acordo com a filiação acadêmica de cada jurista.

[...] A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”¹³⁰

Virgílio aponta então duas diferenças básicas entre a proporcionalidade e a razoabilidade: a diferença da origem e a diferença da estrutura.

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 28-29, 2002.

Sobre a primeira diferença entre os dois conceitos afirma que:

“[...] a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: ‘se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir’. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente, discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável. Por fim, não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões da Corte Européia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade.

Mais frequente é a associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no chamado *substantive due process*. [...] Em algumas decisões recentes, a Suprema Corte dos Estados Unidos introduziu, para certos casos, a exigência de proporcionalidade aproximada. Tal exigência não guarda, contudo, qualquer semelhança com a regra de proporcionalidade, na forma aqui analisada.

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia claramente, da mera exigência da razoabilidade”¹³¹

Logo, a proporcionalidade surge como um conceito desenvolvido no direito alemão e a razoabilidade nasce do direito americano. Essa primeira distinção demonstra que é preciso ter cautela ao considerar ambos os conceitos como sinônimos, haja vista o contexto histórico da criação dos dois termos ser completamente diferente.

Mas é apenas na segunda diferença entre os conceitos, aquela que trata sobre a questão da estrutura, que se demonstra de forma inequívoca a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade.

Segundo Virgílio, a estrutura da razoabilidade:

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 29-30, 2002.

“[...] baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de ‘compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins’. Barroso chama a primeira exigência – compatibilidade entre meio e fim – de razoabilidade interna, e a segunda – legitimidade dos fins –, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da proporcionalidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins”¹³²

Dessa maneira, não há que se confundir os conceitos de proporcionalidade e de razoabilidade. A razoabilidade não é uma máxima da proporcionalidade bifásica e a proporcionalidade não é uma razoabilidade de origem germânica. Os dois conceitos são completamente distintos pois partem de origens diferentes e têm estruturas diferenciadas.

2.3.9 Críticas à proporcionalidade

A investigação desenvolvida por Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais” em 1985 recebeu muitas críticas na Alemanha. Entre os críticos estão Larry Alexander, Ralf Poscher, Jan Henrik Klement, Jürgen Habermas, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Matthias Jestaedt e David M. Beatty. Alexy apresenta as críticas recebidas por sua teoria em forma de sete grupos distintos:

“O primeiro grupo compreende as objeções teóricas normativas. Aqui a preocupação é com questão sobre a real existência de princípios, se e como os princípios se distinguem das regras, se

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 32-33, 2002.

princípios são normas e se a oposição básica entre regras e princípios não é equivocada com base na extraordinária variedade das normas. As objeções do segundo grupo podem ser designadas como teórico-argumentativas. Aqui o problema central é se o sopesamento é propriamente visto como argumento racional ou se não deve ser classificado como um método irracional ou não-racional. As objeções do terceiro grupo apresentam a questão se a construção dos princípios é um perigo para os direitos constitucionais, eliminando a sua validade como regras. Objeções desse tipo concernem sobre a doutrina dos direitos constitucionais. Elas podem, então, ser denominadas como objeções doutrinárias. Enquanto que as objeções doutrinárias apelam para o perigo da pouca força dos direitos constitucionais, a oposição, o perigo de uma força muito grande, permanece no centro das objeções do quarto grupo. Essas objeções alegam que a tese da otimização leva a uma proliferação de direitos constitucionais, levando a uma excessiva constitucionalização do sistema legal. A consequência institucional é 'uma mudança de um estado legislativo parlamentar para um estado constitucional jurisdicional. Podem ser referidos como objetivos institucionais. O quinto grupo consiste em objeções teórico-interpretativas. Elas se preocupam com a questão se e como a construção dos princípios podem ser estabelecidas como a interpretação correta do que se é entendido por direito positivo. Se é possível justificar a validade universal dos princípios ou da construção da proporcionalidade, ou se é para ser aplicado, no máximo e ocasionalmente, em uma base *ad hoc*? As objeções do sexto grupo são relacionadas com questões de validade teórica. Essas objeções censuram a teoria dos princípios por prejudicar a classificação superior da constituição e sua sujeição do executivo e do judiciário aos estatutos legais. A estrutura hierárquica do sistema legal é desmoronada no redemoinho do sopesamento. O sétimo grupo, finalmente, é formado por objeções teórico-científicas. A teoria

dos princípios consiste em ‘argumentos que por razão de sua abstração não diz nada sobre nada’, argumentos que são capazes de explicar cada uma das decisões tomadas, mas sem ‘nenhum poder diretivo para as decisões tomadas no futuro’. Por essa razão, é argumentado, que a teoria dos princípios não pode ser suficiente como doutrina de direito constitucional.”¹³³

Em suma, a maioria dos críticos questiona se a tese da otimização dos princípios apresenta um modelo satisfatório para os direitos fundamentais. Essa crítica principal

¹³³ ALEXY, Robert. *The Construction of Constitutional Rights*. p. 24-26. Disponível em <https://goo.gl/W3wfon>. Acesso em 18 de maio de 2017. Tradução livre de “*A classification into seven groups seems to be advisable. The first group comprises the norm-theoretic objections. Here the concern is over such questions as whether there exist legal principles at all, whether and how principles can be distinguished from rules, whether principles are norms, and whether a basic opposition of rules to principles is not misguided, in light of the extraordinary variety of norms. The objections of the second group may be designated as argumentation-theoretic. Here the central issue is whether balancing is properly seen as rational argumentation or whether it must not be classified as a non-rational or irrational method. The objections of the third group turn on the question of whether the principles construction counts as a danger to constitutional rights, eliminating as it does their strict validity as rules. Objections of this kind concern the doctrine of constitutional rights. They may, therefore, be termed doctrinal objections. Whereas the doctrinal objections appeal to the danger of too little force in constitutional rights, the opposite, the danger of too much force, stands at the center of the objections of the fourth group. These objections claim that the optimization thesis leads to a proliferation of constitutional rights, leading in turn to an overconstitutionalization of the legal system. The institutional consequence is said to be a ‘shift from the parliamentary legislative state to a constitutional adjudicative state.’ One may refer here to institutional objections. The fifth group consists of interpretation-theoretic objections. They concern the question of whether and how the principles construction can be established as a correct interpretation of a catalogue of constitutional rights as understood in positive law. Is it possible to justify the universal validity of the principles or proportionality construction, or is it to be applied, at best, only occasionally and on an ad hoc basis? The objections of the sixth group concern validity-theoretic questions. These objections reproach the principles theory for jeopardizing the superior rank of the constitution and the subjection of the executive and judiciary to statutory law. The hierarchical structure of the legal system is said to collapse in the whirl of balancing. The seventh group, finally, is formed by science-theoretic objections. The principles theory is said to consist of ‘statements that for reason of their abstractness do not say anything at all,’ statements that are capable of explaining each and every decision taken, but without ‘any directive power for decisions to be taken in the future.’ For this reason, so it is argued, the principles theory cannot suffice as a doctrine of constitutional rights”.*

se apresenta de duas maneiras distintas: a tese crítica da insuficiência e a tese crítica da demasia.

2.3.9.1 Tese crítica da insuficiência

A tese crítica da insuficiência apresentada por Jürgen Habermas começa por afirmar que regras e princípios são mandamentos cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação, não podendo ser entendidos como preceitos de otimização, conforme é sugerido na teoria de Robert Alexy, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica.¹³⁴

Habermas afirma que a proposta de Alexy consiste em:

“[...] interpretar princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da ‘ponderação de valores’, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim”¹³⁵

Esse tipo de sopesamento, orientado por uma finalidade, implicaria na possibilidade de que direitos subjetivos fossem sacrificados em favor de interesses coletivos, fazendo com que os direitos fundamentais perdessem a sua solidez. Na visão habermasiana, se todas as razões puderem adotar o caráter de argumentos definidores de finalidades, derruba-se então o “muro protetor” que a compreensão deontológica das normas jurídicas oferece ao discurso jurídico. O sopesamento não ameaçaria apenas a força dos direitos fundamentais em geral, mas implicaria também

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 258.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 315.

no risco de que os direitos fundamentais fossem vítimas de juízos irracionais, pois não seria baseado em nenhum parâmetro racional.¹³⁶

Alexy resume a tese crítica da insuficiência na força dos direitos fundamentais de Habermas da seguinte forma: “em primeiro lugar, os direitos fundamentais são flexibilizados, ao serem transformados em mandamentos de otimização; depois, ficam ameaçados de desaparecer no turbilhão do sopesamento irracional”¹³⁷.

2.3.9.2 Tese crítica da demasia

De outro lado, Ernst-Wolfgang Böckenförde apresenta o perigo em se atribuir excesso de força aos direitos fundamentais. Ele admite que o caráter principiológico das normas seria adequado para reproduzir o conceito dogmático básico dos direitos fundamentais. Entretanto, isso teria consequências inaceitáveis, pois os direitos fundamentais seriam transformados em “princípios supremos da ordem jurídica como um todo”, que conduziria a um modelo no qual o legislador perderia toda a sua autonomia, pois a sua atividade seria apenas constatar aquilo que já está decidido na constituição. Para Böckenförde, há apenas duas possibilidades: atuar como um Estado judiciário, ou seja, decidindo por direitos fundamentais como princípios, ou atuar como um Estado legislativo parlamentar, decidindo pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função como direitos de defesa.¹³⁸

Alexy afirma que a alternativa entre Estado judiciário e Estado legislativo é um confronto entre duas espécies de repartição de competências, ou seja, a contraposição entre ordem-fundamento e ordem-moldura.¹³⁹

A ordem-fundamento pode ser compreendida de forma quantitativa ou de forma qualitativa. Em um sentido quantitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento

¹³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 576.

¹³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 576.

¹³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 577-578.

¹³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 578.

se ela nada faculta, ou seja, se para tudo ela tem um dever ou uma proibição. Em um sentido qualitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade.¹⁴⁰

A ordem-moldura pode ser entendida da seguinte maneira: o que é obrigatório ou proibido é a moldura e o que não é obrigatório e não é proibido, ou seja, o que é facultado, é aquilo que se encontra no interior da moldura.¹⁴¹

Robert Alexy afirma que uma boa constituição deve conciliar a ordem-fundamento e a ordem-moldura. Isso é possível se: em primeiro lugar, se obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, se ela estabelece uma moldura; em segundo lugar, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma constituição; em terceiro lugar, faculta outras coisas, ou seja, aceita discricionariedades.¹⁴²

A teoria dos princípios de Alexy tem a pretensão de discutir a maneira pela qual essas discricionariedades devem ser tratadas, uma vez que o estabelecimento da moldura e das questões fundamentais da sociedade já se encontram bem resolvidos na dogmática jurídica.

2.3.10 Discricionariedade

O problema da discricionariedade se apresenta de duas maneiras principais, ou seja, de forma estrutural e de forma epistêmica. A discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe. A discricionariedade epistêmica decorre dos limites da possibilidade de se reconhecer o

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 583-584.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 582.

¹⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 584.

que a constituição, de um lado, obriga e proíbe e, de outro, nem obriga nem proíbe, ou seja, faculta.¹⁴³

2.3.10.1 Discricionariedade estrutural

Há três tipos de discricionariedade estrutural, a discricionariedade para definir objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar.

A primeira espécie, a discricionariedade para definir objetivos, determina que diante de um direito fundamental, o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos caso esse direito contiver uma autorização de intervenção que deixe em aberto as razões para a intervenção ou que apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes. A discricionariedade para definir objetivos tem sua maior extensão nos casos em que o legislador pode ele mesmo escolher os objetivos que irão justificar sua intervenção.¹⁴⁴

Essa discricionariedade é típica do Poder Legislativo. Usualmente, essas finalidades no âmbito da discricionariedade para definir objetivos são interesses coletivos. Caso um direito individual seja suscitado como razão para restringir um direito fundamental, há princípios constitucionais em ambos os lados colidindo e, portanto, não há discricionariedade para definir objetivos.¹⁴⁵

A segunda espécie, a discricionariedade para escolher meios, atua quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas. Esse tipo de discricionariedade não suscita problema nenhum nos casos em que os diferentes meios forem aproximadamente adequados para realizar ou fomentar a finalidade e se não tiverem nenhum efeito negativo nos princípios. Entretanto, nos casos em que os diversos meios fomentem a finalidade em graus distintos ou se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nos outros

¹⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 583.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 585.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 586.

princípios, a decisão no caso concreto dependerá de sopesamento e da possibilidade de identificar os graus de fomentos e prejuízos aos princípios e finalidades.¹⁴⁶

A terceira espécie, a discricionariedade para sopesar, se refere ao objeto central da pesquisa, ou seja, a máxima da proporcionalidade para conseguir aplicar os princípios jurídicos na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Dentro da máxima da proporcionalidade existem três máximas parciais, a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

É exatamente sobre a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito que Alexy foca as maiores atenções no “Posfácio” datado de 2002 do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” e em seus textos posteriores, aprofundando e aprimorando sua teoria dos princípios para responder aos seus críticos.

2.3.10.1.1 Lei material do sopesamento

A terceira máxima parcial é idêntica à lei material do sopesamento, que tem a seguinte redação: “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”¹⁴⁷.

Segundo Alexy a lei material do sopesamento pode ser dividida em três passos:

“No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”¹⁴⁸

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 586-587.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 593.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 594.

Robert Alexy responde as críticas de Habermas e de Böckenförde com os três passos da lei material do sopesamento

A crítica de Habermas seria justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre as intensidades de intervenções, os graus de importância e o relacionamento entre ambos. Sem esses passos, não haveria moldura e os princípios em colisão permitiriam qualquer tipo de resposta jurídica, uma vez que não existiria limite racional algum. De outro modo, a crítica de Böckenförde também seria justificada caso o sopesamento exigisse sempre uma única decisão do legislador, ou seja, se não houvesse nenhuma discricionariedade estrutural para sopesar.¹⁴⁹

2.3.10.1.2 Fórmula do peso

Por meio da lei material do sopesamento e da lei epistêmica do sopesamento¹⁵⁰, Alexy desenvolve a fórmula do peso com o objetivo de responder às críticas, concedendo maior racionalidade para o sopesamento na solução das colisões de princípios.

Há cinco grandezas na fórmula do peso: a intensidade de intervenção, a importância da satisfação do princípio, o peso abstrato, a segurança das suposições empíricas e a segurança das suposições normativas. Antes de abordar individualmente cada uma delas, passamos a expor o modelo triádico, ou seja, uma escala com referencial numérico que será utilizada para atribuir valores para cada uma das grandezas da fórmula do peso.

2.3.10.1.2.1 Modelo triádico

O modelo triádico é uma escala com três níveis distintos, com correspondente numérico para cada nível. O modelo é construído com as categorias “leve”, “moderado” e “sério”. Para simplificar, essas categorias passam a ser denominadas como “l”, “m” e “s”.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 594.

¹⁵⁰ Que será discutida no capítulo 2.3.10.2.

2.3.10.1.2.2 Atribuição de valores numéricos para o modelo

Há diferentes possibilidades para a atribuição de números aos três valores do modelo triádico. Alexy atribui os correspondentes numéricos de forma que aumentem em uma progressão geométrica, pois julga que esse método é adequado para a otimização dos pressupostos fáticos e normativos. Relativamente simples e, ao mesmo tempo, bastante intuitiva é a utilização dos valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4. Dessa maneira, “l” (leve) tem o valor 1, “m” (moderado) tem o valor 2 e “s” (sério) tem o valor 4.¹⁵¹

Seria possível que um opositor da teoria dos princípios alegasse que esses três níveis geram valores muito próximos uns dos outros, produzindo impasses em muitos casos concretos. Para responder essa plausível afirmação, Alexy se antecipa e desenvolve um modelo mais refinado, o chamado modelo duplo triádico, para reduzir o número de empates na resolução da fórmula do peso.

2.3.10.1.2.3 Modelo triádico duplo

Esse modelo mais refinado é construído com base no modelo triádico. Basta apenas aplicar os três níveis a si mesmos. Dessa forma, são obtidos nove níveis¹⁵², que podem ser representados da seguinte maneira:

- a) primeiro nível: sério-sério ou seríssima (ss) com o valor 2^8 ;
- b) segundo nível: sério-moderado ou moderadamente séria (sm) com o valor 2^7 ;
- c) terceiro nível: sério-leve ou levemente séria (sl) com o valor 2^6 ;
- d) quarto nível: moderado-sério ou moderada quase séria (ms) com o valor 2^5 ;
- e) quinto nível: moderado-moderado ou moderada propriamente dita (mm) com o valor 2^4 ;

¹⁵¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 605.

¹⁵² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 609.

f) sexto nível: moderado-leve ou moderada tendendo para leve (ml) com o valor 2^3 ;

g) sétimo nível: leve-sério ou leve quase moderada (ls) com o valor 2^2 ;

h) oitavo nível: leve-moderado ou moderadamente leve (lm) com o valor 2^1 ;

i) nono nível: leve-leve ou levíssima (ll) com o valor 2^0 .

Com o estabelecimento do modelo triádico duplo e a exposição dos valores numéricos correspondentes a cada nível, podemos analisar as grandezas da fórmula do peso.

2.3.10.1.2.4 Intensidade de intervenção

A primeira grandeza da fórmula do peso é a intensidade de intervenção, que corresponde ao grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio. Para o princípio cuja violação está sendo examinada se utiliza a variável “ P_i ” e a intensidade (*Intensität*) da intervenção em “ P_i ” por meio da variável “ IP_i ”. Intervenções são sempre concretas, por isso, essa primeira grandeza é uma grandeza concreta. Logo, a intensidade da intervenção em “ P_i ” no caso concreto será representada por “ IP_iC ”¹⁵³

2.3.10.1.2.5 Importância da satisfação

A segunda grandeza da fórmula do peso é a importância da satisfação do outro princípio presente na colisão. Esse conceito pode ser formado com a utilização de “ W ”¹⁵⁴ para a importância da satisfação, “ P_j ” para o outro princípio e “ C ” para mostrar que se trata de importância no caso concreto. 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 ”. Assim, a importância de “ P_j ” no caso concreto pode ser simbolizada por “ WP_jC ”.¹⁵⁵

A grandeza “ WP_jC ” é o contraponto da grandeza “ IP_iC ”.

¹⁵³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 600.

¹⁵⁴ Símbolo do termo em alemão “*Wichtigkeit*” significando importância.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 601.

Até o momento a fórmula do peso pode ser expressa da seguinte maneira:

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

O único símbolo da fórmula apresentada ainda desconhecido é o “G” que simboliza o peso (*Gewicht*). A fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente. “GP_{i,j}C” representa o peso de “P_i” em relação a “P_j” no caso concreto.¹⁵⁶

2.3.10.1.2.6 Peso abstrato

Os pesos abstratos têm um papel influente na decisão, apenas se os pesos no caso concreto forem diversos. Caso eles sejam iguais, o que é frequente nas colisões de princípios, se anulam entre si e a resolução da fórmula acaba dependendo das grandezas concretas.¹⁵⁷

Para isso pode-se simbolizar o peso abstrato de “P_i” como “GP_iA” e o peso abstrato de “P_j” como “GP_jA”, utilizando o símbolo “A” como sinônimo de abstrato.¹⁵⁸ Dessa maneira, a fórmula do peso é acrescida da seguinte maneira:

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

2.3.10.1.2.7 Impasse no sopesamento

O impasse no sopesamento surge quando há equivalência entre os valores numéricos dos princípios antagônicos na fórmula do peso. O refinamento da escala dos valores numéricos com o modelo triádico duplo não é capaz de extinguir todos os casos de impasse e os direitos fundamentais não são objetos passíveis de divisão de

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 604.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 600.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 604.

uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais. Dessa forma, existe uma discricionariedade para sopesar quando há empate na resolução da fórmula do peso.¹⁵⁹

2.3.10.2 Discricionariedade epistêmica

Robert Alexy propõe um questionamento com base nos impasses: Como é possível diferenciar os sopesamentos entre os impasses que decorrem da estrutura normativa dos direitos fundamentais e os impasses que somente surgem por causa da limitação das possibilidades cognitivas?¹⁶⁰

Os impasses que decorrem da estrutura normativa dos princípios estão relacionados à discricionariedade estrutural. De outro modo, os impasses que surgem porque as possibilidades cognitivas são limitadas estão relacionados à discricionariedade epistêmica.

Existem duas espécies de discricionariedade epistêmica: a de tipo empírico e a de tipo normativo. A discricionariedade epistêmica empírica trata sobre a cognição dos fatos relevantes, enquanto a discricionariedade epistêmica normativa trata sobre a cognição dos princípios que estão em colisão.¹⁶¹ Ambas serão incorporadas na fórmula do peso no momento oportuno.¹⁶²

Desse modo, a discricionariedade epistêmica decorre não dos limites daquilo que a constituição obriga ou proíbe, mas dos limites da capacidade de se conhecer os limites da constituição, que podem ser tanto da cognição empírica quanto da cognição normativa. Saber se a constituição admite tais espécies de discricionariedade epistêmica é algo que depende do papel dos princípios formais.¹⁶³

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 610-611.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 611.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 612.

¹⁶² Capítulo 2.3.10.3.

¹⁶³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 583.

O problema da discricionariedade epistêmica pode ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais. Como a questão dos princípios materiais já foi discutida de forma satisfatória, passamos a explicação do que se entende por princípios formais

2.3.10.2.1 Princípios formais

Princípios formais são mandamentos de otimização assim como os princípios materiais. Mas, ao contrário daqueles, a otimização exigida pelos princípios formais é da autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes.¹⁶⁴ O princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado é um princípio formal, porque não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo como princípio procedimental. Enquanto princípio procedimental, exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.¹⁶⁵

Com a delimitação do que é entendido por princípio formal, resta a questão de como se dá a colisão entre princípios materiais e formais. Sobre esse tema, Alexy afirma o seguinte:

“Há duas soluções extremas para essa colisão, por trás das quais está, verdade, a velha relação de tensão entre direitos fundamentais e democracia. A primeira consiste em uma precedência absoluta do princípio material de direito fundamental em face do princípio formal nos casos de incerteza empírica.

[...] uma precedência absoluta do princípio material de direito fundamental em face do princípio da competência decisória do legislador deve ser refutada. Ela não seria compatível com o

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 13.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 615.

princípio da separação de poderes, nem com o princípio democrático.

A outra solução extrema também não é possível. Ela implicaria uma permissão para que o legislador baseie em prognósticos extremamente incertos até mesmo intervenções muito intensas em direitos fundamentais. Enquanto no caso de precedência absoluta do princípio de direito fundamental a condição de veracidade comprovada reduziria o poder de ação do legislador a um mínimo, no caso de uma precedência absoluta do princípio formal o limite da incorreção comprovada ampliaria esse poder de ação ao máximo. Essa não pode ser a intenção de uma constituição que protege os direitos fundamentais.

[...] Excluídos os extremos, somente as soluções intermediárias podem ser levadas em consideração. Estas podem ou exigir o mesmo grau de certeza para todas as intervenções em direitos fundamentais, ou diferentes graus de certeza, dependentes das diferentes intervenções. Apenas essa última alternativa é compatível com os direitos fundamentais enquanto princípios. Enquanto princípios, eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção”¹⁶⁶

Esse terceiro modelo apresentado conduz ao que se consignou chamar de lei epistêmica do sopesamento.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 615-617.

2.3.10.2.2 Lei epistêmica do sopesamento

A lei epistêmica do sopesamento tem o seguinte enunciado: “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”¹⁶⁷.

2.3.10.2.3 Segurança das suposições

Com o estabelecimento da lei epistêmica do sopesamento, torna-se necessário acrescentar mais uma variável à fórmula do peso: a grandeza da segurança das suposições.

Para isso, deve-se introduzir como símbolo “S” (*Sicherheit*) para a segurança das suposições que dizem respeito àquilo que as medidas em exame significam para a não-realização de “P_i” e para a realização de “P_j” no caso concreto, podendo ser simbolizado por “SP_iC” e “SP_jC”.¹⁶⁸

O modelo para valoração numérica da segurança das suposições vai diferir um pouco do utilizado nas outras grandezas. Um modelo triádico aqui é suficiente, mas com outros referenciais. Será denominado como modelo triádico epistêmico. Seus três níveis são:

- a) primeiro nível: certo ou garantido (g) com o valor 2⁰;
- b) segundo nível: sustentável ou plausível (p) com o valor 2⁻¹;
- c) terceiro nível: não evidentemente falso (e) com o valor 2⁻².

Quando há um grau de certeza (g) na segurança da suposição, essa grandeza é desconsiderada. Apenas quando há um grau plausível (p) ou não evidentemente falso (e) é que essa grandeza deve ser considerada na fórmula do peso, que servirá para diminuir a peso concreto do “P_i” ou do “P_j” por não oferecer pressupostos epistêmicos tão seguros quando o primeiro nível.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 618.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 619.

Dessa maneira, a fórmula do peso completa passa ter a seguinte estrutura:

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

2.3.10.2.4 Versão refinada da fórmula do peso completa

A fórmula do peso completa ainda não cobre a discricionariedade epistêmica de maneira total. É preciso dividir a grandeza da segurança da suposição em duas grandezas: segurança da suposição empírica e segurança da suposição normativa. O símbolo da forma empírica é “SP^eC” e o símbolo da forma normativa é “SPⁿC”.

Com isso, é possível apresentar a versão refinada da fórmula do peso completa:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_i^eC \cdot SP_i^nC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_j^eC \cdot SP_j^nC}$$

As três primeiras grandezas, intensidade de intervenção, importância de satisfação e peso abstrato, corresponderão a um dos nove níveis do modelo triádico duplo. As duas últimas grandezas, segurança da suposição empírica e segurança da suposição normativa, corresponderão a um dos três níveis do modelo triádico epistêmico.

3 TERCEIRO CAPÍTULO – MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Conforme exposto no capítulo anterior, a teoria da máxima da proporcionalidade demonstra como Alexy resolve as colisões de princípios dentro do direito alemão. A partir de agora, vamos propor uma adaptação da máxima da proporcionalidade ao Sistema Constitucional Brasileiro, com o objetivo de resolver as colisões de princípios que apareçam nos casos do Judiciário brasileiro, de forma que a máxima não incorra em uma espécie de “decisionismo”, ou seja, que possibilite qualquer forma de decisão pelos magistrados, mas que também não tolha a capacidade do órgão julgador de analisar todas as especificidades dos casos. Dessa forma, a máxima da proporcionalidade no Sistema Constitucional Brasileiro poderá incrementar a segurança jurídica na resolução das colisões, ser mais adequada ao cotidiano do judiciário brasileiro e dar uma resposta ao problema que o constituinte não foi capaz de responder.

3.1 Três máximas parciais da proporcionalidade no Sistema Constitucional Brasileiro

A adaptação da máxima da proporcionalidade ao Sistema Constitucional Brasileiro deve ser realizada em etapas. Primeiro, a acomodação das máximas parciais que tratam sobre as possibilidades fáticas, ou seja, as máximas parciais da adequação e da necessidade. Depois, a harmonização da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito que trata sobre as possibilidades normativas das colisões de princípios.

3.1.1 Máximas parciais sobre as possibilidades fáticas

As máximas parciais da adequação e da necessidade são as primeiras que devem ser analisadas em casos de colisão de princípios no Sistema Constitucional Brasileiro.

A máxima parcial da adequação, como afirmado anteriormente, analisa a adequação de uma medida para alcançar ou fomentar um objetivo legítimo pretendido.

Esse objetivo deve ser legítimo em face do Sistema Constitucional Brasileiro. Caso essa medida não seja adequada, é uma medida desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional. Caso a medida escolhida seja adequada, o julgador passa para a análise da necessidade.

A máxima parcial da necessidade é um juízo comparativo e é baseada no critério de eficiência de Pareto¹⁶⁹, objetivando escolher a medida que seja menos lesiva à otimização do princípio em colisão.

Essas duas máximas parciais não sofrem alterações substanciais em relação à teoria de Alexy, apenas trocam o objeto de sua aplicação do direito constitucional alemão para o Sistema Constitucional Brasileiro¹⁷⁰, pois são juízos utilizados para encontrar a melhor forma de analisar as colisões. Tal colocação, entretanto, não procede em face da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. É no sopesamento que surgem as distinções mais relevantes para uma proposta de aplicação conforme o Sistema Constitucional Brasileiro.

3.1.2 Máxima parcial sobre as possibilidades normativas

A terceira máxima parcial, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é equivalente ao sopesamento e terá como objetivo solucionar a colisão de princípios, haja vista que todas as possibilidades fáticas alternativas já foram sanadas nas outras máximas parciais. Para isso, será necessária uma análise sobre a versão refinada da fórmula do peso completa em face ao Sistema Constitucional Brasileiro.

3.1.2.1 Versão refinada da fórmula do peso completa no Sistema Constitucional Brasileiro

A versão refinada da fórmula do peso completa na teoria de Robert Alexy tem a seguinte formulação:

¹⁶⁹ Capítulo 2.3.4.

¹⁷⁰ Deve ser considerado também o tipo de ação em que a colisão está sendo discutida. Uma ADI, por exemplo, limita as possibilidades de se analisar várias medidas distintas, pois o que se discute é a constitucionalidade do ato normativo. Uma ação ordinária, por outro lado, possibilita uma maior abertura para encontrar a medida adequada e necessária para se analisar a colisão.

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_i^e C \cdot SP_i^n C}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_j^e C \cdot SP_j^n C}$$

A fórmula descreve como alcançar o resultado do peso concreto da colisão entre os princípios. Se o resultado da equação for superior ao valor 1, o princípio “i” tem força maior no caso concreto e, por isso, é proporcional a sua otimização em face do outro princípio. No caso do resultado da equação seja inferior a 1, o princípio “j” tem força maior no caso concreto e a intervenção do princípio “i” é desproporcional e, portanto, inconstitucional. Na eventual hipótese de ocorrer um impasse, ou seja, o resultado da equação ser exatamente 1, há uma discricionariedade para sopesar por parte do magistrado no caso concreto, devendo justificar a adoção de uma das posições por meio dos pressupostos da argumentação, conforme exposto anteriormente.

Como a adoção da fórmula ocorrerá dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, devemos realizar inicialmente a adaptação dos símbolos das grandezas da fórmula para uma linguagem mais aproximada da língua portuguesa, para facilitar a total apreensão da fórmula.

3.1.2.1.1 Primeira grandeza

O símbolo “I” em “IPiC” trata sobre a intensidade de intervenção, ou seja, o grau de afetação de um princípio no caso concreto. Como *Intensität* (a versão de intensidade na língua alemã) começa com a mesma letra, o símbolo será semelhante nesse ponto, acrescentando um “i” para formar o símbolo de intensidade de intervenção. Assim como o símbolo “C” que se refere ao caso concreto será mantido. O símbolo “Pi” será alterado para “Px”, correspondendo ao primeiro princípio em colisão. A primeira grandeza será simbolizada com a formulação “IiPxC”.

3.1.2.1.2 Segunda grandeza

O símbolo “W” (*Wichtigkeit*) em “WPjC” corresponde a importância de satisfação. Assim, o novo símbolo da fórmula adaptada será “Is”. O símbolo “Pj” será alterado para “Py”. A segunda grandeza será simbolizada como “IsPyC”.

3.1.2.1.3 Terceira grandeza

O símbolo “G” se refere ao termo peso em alemão *Gewicht*. Assim, passamos a adotar o símbolo “P_e”. O símbolo do princípio seguirá o padrão estabelecido anteriormente “P_x” e “P_y”. O símbolo “A” se refere ao caráter abstrato do princípio e, portanto, permanecerá igual. A terceira grandeza será simbolizada como “P_eP_xA” e “P_eP_yA”.

3.1.2.1.4 Quarta grandeza

No caso da segurança das suposições empíricas quase todos os símbolos serão mantidos. O símbolo “S” (*Sicherheit*) não será alterado, pois adquire em português o significado de segurança (em alemão o “S” simbolizava a certeza). O símbolo “P_i^e” e “P_j^e” será alterado na referência aos dois princípios. Dessa forma, a quarta grandeza será simbolizada como “SP_x^e” e “SP_y^e”.

3.1.2.1.5 Quinta grandeza

Assim como no caso da segurança das suposições empíricas, a segurança das suposições normativas vai sofrer apenas uma alteração, na questão da referência aos princípios. Dessa maneira, a quinta grandeza será simbolizada como “SP_xⁿ” e “SP_yⁿ”.

3.1.2.1.6 Síntese

A adaptação dos símbolos para utilizar a versão refinada da fórmula do peso no Sistema Constitucional Brasileiro será representada da seguinte maneira:

$$P_e P_{x,y} C = \frac{I_i P_x C \cdot P_e P_x A \cdot SP_x^e C \cdot SP_x^n C}{I_s P_y C \cdot P_e P_y A \cdot SP_y^e C \cdot SP_y^n C}$$

3.1.2.2 Intensidade de intervenção e Importância da satisfação

Dentro da análise realizada no Sistema Constitucional Brasileiro, as grandezas da intensidade de intervenção e da importância da satisfação devem se fundir, pois entendemos que não há lógica em aplicar as duas grandezas na mesma equação. Ambas permitem o mesmo tipo de análise subjetiva pelo intérprete. Uma das

grandezas mede o grau de não-satisfação do primeiro princípio e a outra grandeza mede a importância da satisfação do segundo princípio. Em última instância, elas projetam o mesmo resultado, ou seja, a satisfação de um princípio em relação ao outro no caso concreto.

Utilizar apenas a intensidade de intervenção do princípio e afastar a aplicação da importância da satisfação não gera prejuízo algum para a racionalidade da fórmula e ainda auxilia na redução do número de variáveis distintas.

Pensando na aplicação cotidiana da fórmula no âmbito do judiciário brasileiro, é mais acessível e, portanto, mais adequado estabelecer que dentro da análise subjetiva realizada sobre o caso concreto de colisão, o intérprete apenas avalie o grau de não-satisfação dos princípios.

A intensidade de intervenção deve ser utilizada de duas maneiras, ou seja, para medir como o primeiro princípio não está sendo satisfeito na colisão pelo segundo princípio e, concomitantemente, como o segundo princípio não está sendo satisfeito na colisão pelo primeiro princípio.

Dessa forma, quanto maior a grandeza da intensidade de intervenção, mais forte é a posição do princípio em relação ao outro na fórmula do peso.

Com esse posicionamento, a diferenciação entre “I₁” e “I₂” é desnecessária. Podemos assumir que a intensidade de intervenção será representada sempre pelo símbolo “I_x” ou “I_y”, dependendo do princípio que estiver sendo invocado.

A atribuição do valor dessa grandeza é tarefa do magistrado que decide o caso concreto. Com base no modelo tríadico duplo¹⁷¹, será atribuído valor numérico aos graus de intervenção. Essa análise deverá ser justificada por meio da argumentação jurídica.

A grandeza da intensidade de intervenção será a face subjetiva da fórmula do peso no Sistema Constitucional Brasileiro. Assim, cada magistrado poderá interpretar a colisão considerando as circunstâncias mais relevantes do caso concreto.

¹⁷¹ Capítulo 2.3.10.1.2.3.

3.1.2.3 Peso abstrato dos princípios

A grandeza do peso abstrato dos princípios é importante para fórmula do peso pois concede um critério objetivo para todos os interpretes, independentemente do caso concreto.

Alexy afirma que a tentativa de estabelecer a rigidez de uma teoria dos princípios por meio de relações concretas de precedência está fadada ao fracasso, pois a teoria deveria conter uma regra de decisão para cada um dos casos possíveis no âmbito dos direitos fundamentais, que seria impossível para os próprios limites da capacidade imaginativa humana.¹⁷²

Por esse motivo, não pretendemos estabelecer todas as relações de precedência concretas, mas apenas dispor sobre as relações de precedência entre os princípios de maneira abstrata. Assim, a atribuição do valor dos pesos abstratos deve ser realizada de forma *prima facie*.

A capacidade humana não seria suficiente para imaginar todas as possibilidades de princípios concretos, mas é suficiente para realizar um agrupamento dos princípios de modo a atingir nove níveis de precedência, número equivalente aos níveis das intensidades de intervenções possíveis.

O peso abstrato dos princípios será o contraponto da intensidade de intervenção dos princípios. Enquanto a intensidade é uma grandeza subjetiva, na qual o magistrado, com base nas especificidades do caso concreto e na argumentação jurídica, vai utilizar um nível dentro do modelo triádico duplo, o peso abstrato será atribuído de forma objetiva, de maneira *prima facie*, com o equivalente número de níveis da outra grandeza.

Essa face objetiva da fórmula do peso no Sistema Constitucional Brasileiro ajudará a responder às críticas de que o sopesamento desemboca sempre no decisionismo. Sabemos que não é possível estipular que todo membro do Poder Judiciário julgue as colisões da mesma forma, mas dessa maneira, uma grandeza da fórmula do peso será sempre igual para todos os casos, impondo um maior respeito à segurança jurídica. A objetividade dos pesos abstratos pode fornecer um elemento

¹⁷² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 572.

que não existe na formulação de Alexy, qual seja, a possibilidade de convergência de uma das grandezas independentemente do intérprete que analisar a fórmula. Assim, todos aqueles que estiverem analisando a colisão de princípios por meio da fórmula do peso podem partir de um denominador comum e, desse modo, estarão mais próximos de um resultado semelhante.

Como diz o próprio Robert Alexy, “o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios”¹⁷³.

Dessa forma, é necessário propor nove níveis¹⁷⁴ que englobem todos os princípios de direitos fundamentais, argumentando pela procedência de um nível sobre o outro de forma *prima facie*, por meio de uma análise cuidadosa do Sistema Constitucional Brasileiro. Esse método pode resolver a maioria dos problemas na aplicação do sopesamento, principalmente ao balancear o número de níveis das grandezas objetivas e subjetivas da fórmula do peso.

Esse balanceamento é fundamental pois concede equivalência entre os dois tipos de análise realizadas. Assim, por exemplo, em um caso concreto em que há um princípio do primeiro grupo das relações de precedência dos pesos abstratos de um lado (primeiro nível) e, do outro lado, há um princípio do último grupo (nono nível), existe a possibilidade de que, dentro da colisão no caso concreto, o princípio do nono nível prevaleça. Isso pode ocorrer porque a análise objetiva é apenas uma das faces da fórmula do peso proposta. A análise subjetiva tem a mesma quantidade de níveis numéricos do que a objetiva, possibilitando um resultado favorável até para a relação de precedência mais desfavorável de forma *prima facie*, ou seja, o primeiro nível e o último nível dos pesos abstratos.

Outro aspecto importante é que o balanceamento entre as grandezas antecipa a resposta às possíveis críticas que a proposta pode receber, por supostamente estabelecer uma hierarquia entre os nove agrupamentos de princípios de direitos fundamentais. Ora, não há nenhuma hierarquia estabelecida aqui. Apenas relações

¹⁷³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 105-106.

¹⁷⁴ Cada nível terá seu equivalente numérico, da mesma forma que o modelo triádico duplo, com o nível mais forte com valor 2⁸ e o nível mais fraco com valor 2⁰.

de precedência de forma abstrata necessárias para resolver a fórmula do peso. Em casos em que não há colisão de princípios, essas relações de precedências não podem ser invocadas. É uma construção dogmática para resolver um problema prático.

Como dito anteriormente, o princípio que está no último nível pode acabar se sobrepondo aos princípios de outros níveis, pois depende também da análise da intensidade de intervenção. É, portanto, uma proposta dinâmica e apropriada para o Sistema Constitucional Brasileiro.

Iniciaremos a proposta dos nove níveis de relações de precedência dos pesos abstratos pelo princípio do Estado Democrático de Direito.

3.1.2.3.1 Princípio do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é uma norma de direito fundamental de caráter duplo, ou seja, prevê um princípio e uma regra ao mesmo tempo. A regra do Estado Democrático de Direito impossibilita tentativas de desestabilização do estado de direito e de rupturas do regime democrático. Ao mesmo tempo, o princípio do Estado Democrático de Direito cumpre uma função muito relevante no sistema, possibilitando que tal princípio seja invocado, de maneira excepcionalíssima, em eventuais colisões com outros princípios legítimos, para desvendar quais são os limites do Estado Democrático de Direito no caso concreto.

Assim, o primeiro nível dos pesos abstratos é o princípio do Estado Democrático de Direito e tem o valor numérico 2⁸ na fórmula do peso. Está previsto de forma explícita no artigo 1º do texto constitucional e decorre de forma implícita da própria adoção do Sistema Constitucional Brasileiro. Deve ser o princípio de maior peso de maneira abstrata, pois oferece fundamento para todo o ordenamento jurídico constitucional.

Somente nas situações em que há uma necessidade de equalizar, de um lado, o que se entende por Estado Democrático de Direito e, de outro lado, o significado de um princípio legitimamente protegido no Sistema Constitucional Brasileiro, é que se pode falar do princípio do Estado Democrático de Direito em colisão.

Essa hipótese será extremamente rara e deve ser utilizada com muito cuidado pelo intérprete, para evitar um caso de colisão aparente, em que o princípio em colisão, na verdade, não era legitimamente previsto no caso concreto, por se opor à regra do Estado Democrático de Direito.

3.1.2.3.2 Princípios fundamentais da Constituição da República

O segundo nível é o dos princípios fundamentais previstos no Título I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e tem valor numérico 2⁷ na grandeza do peso abstrato dentro da fórmula do peso. A atribuição do segundo nível mais alto de forma abstrata decorre do fato de que o próprio texto constitucional concede uma posição privilegiada aos princípios que integram o primeiro título da Constituição da República, que só não poderia ser maior, de modo *prima facie*, que o Estado Democrático de Direito que fundamenta e protege todo o Sistema Constitucional Brasileiro.

O constituinte não foi técnico na redação dos artigos que compõem esse título, misturando regras, princípios e objetivos que pretendia que a Constituição alcançasse. Uma análise minuciosa desses artigos é necessária para esclarecer quais deles realmente são os princípios de direitos fundamentais do Sistema Constitucional Brasileiro e, conseqüentemente, podem ser invocados em uma colisão de princípios.

No artigo 1º há a previsão de sete possíveis princípios fundamentais. São eles: a) a soberania; b) a cidadania; c) a dignidade da pessoa humana; d) o valor social do trabalho; e) o valor social da livre iniciativa; f) o pluralismo político; g) o poder popular.

A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o poder popular são normas de direito fundamental de caráter duplo, ou seja, essas normas têm previsões de princípios e de regras. Essas normas só podem ser invocadas na colisão sob a forma de princípios.

O valor social do trabalho, o valor social da livre iniciativa e o pluralismo político são normas de direito fundamental com caráter principiológico.

No artigo 2º há o dispositivo constitucional sobre a separação dos poderes que é uma norma de direito fundamental de caráter duplo.

No artigo 3º há oito dispositivos: a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) a garantia do desenvolvimento nacional; c) a erradicação da pobreza; d) a erradicação da marginalização; e) a redução das desigualdades sociais; f) a redução das desigualdades regionais; g) a promoção do bem de toda a população; h) a proibição de quaisquer formas de discriminação.

Esse artigo prevê três disposições na forma de “objetivos” para a república brasileira que não podem ser considerados como regras ou como princípios, na forma adotada por Alexy e por esse trabalho, pois não apresentam formato de direitos fundamentais com mandamento definitivo ou mandamento de otimização. São eles: a) o objetivo de construção de uma sociedade com determinados atributos; b) o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional; c) o objetivo de promoção do bem de toda a população.

Os referidos “objetivos” são tão amplos e genéricos que perdem qualquer aplicabilidade jurídica. Os críticos dessa proposta podem invocar o artigo 5º, §1º da Constituição, para afirmar que há aplicabilidade imediata nas normas definidoras de direitos fundamentais. Entendemos, entretanto, que esses três dispositivos não veiculam nenhum direito fundamental concreto, apenas projeções de objetivos. Por isso, a aplicabilidade imediata não poderia ser utilizada no caso.

É importante afirmar ainda que há outras normas de direitos fundamentais no Sistema Constitucional Brasileiro que protegem esses mesmos “objetivos” de forma mais densa e concreta, não gerando prejuízo algum para essa posição de que os três dispositivos em discussão não apresentam caráter de princípio ou regra de direito fundamental.

Os outros cinco dispositivos do artigo 3º são normas de direitos fundamentais com caráter de regra, formando mandamentos definitivos que não podem ser otimizados.

O artigo 4º trata sobre as relações entre Estados soberanos que não devem ser objeto de colisão no caso concreto dentro do Sistema Constitucional Brasileiro e, por isso, esses “princípios” não podem ser invocados para tal tarefa.

Assim, é possível afirmar que há no segundo nível oito princípios que podem ser utilizados na colisão de princípios dentro do Sistema Constitucional Brasileiro.

Um desses princípios, a dignidade da pessoa humana, merece atenção especial pois há algumas dúvidas na sua aplicação dentro da colisão de princípios.

3.1.2.3.2.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é uma norma fundamental de duplo caráter. No nível de regra, o mandamento definitivo é de que, nos casos em que não há colisão, a dignidade da pessoa humana não pode ser aviltada. Nos casos em que há uma legítima colisão, a dignidade da pessoa humana pode ser invocada na sua dimensão de princípio, para que o mandamento seja otimizado em face das perspectivas fáticas e normativas do caso concreto.

O primeiro tema polêmico sobre a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana é entender qual o seu real significado. Há diversas concepções doutrinárias sobre o tema¹⁷⁵. A concepção de Robert Alexy é utilizada por abordar o tema sob a perspectiva da máxima da proporcionalidade.

Alexy emprega um conceito relativo de dignidade da pessoa humana, pois um conceito absoluto impediria a utilização da máxima da proporcionalidade. A dignidade da pessoa humana tem elementos descritivos e avaliativos. Os elementos descritivos tratam sobre o que torna algo humano. É considerado pessoa aquele que preenche as condições de possuir: a) inteligência; b) sentimento; c) reflexividade nas formas cognitiva (que consiste em tornar a pessoa objeto próprio do conhecimento), volitiva (que consiste na capacidade de dirigir seu comportamento e a si mesmo por meio de atos de vontade) e normativa (que consiste na autoavaliação para realizar correções).¹⁷⁶

Os elementos avaliativos são representados por duas formulações. A primeira apresenta o dever de levar a sério todos os seres humanos como pessoas. A segunda expõe o direito de todos os seres humanos de serem levados a sério como pessoas. Dessa forma, o conceito da dignidade da pessoa humana se manifesta como um

¹⁷⁵ Por todos os posicionamentos doutrinários, ver: BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (orgs.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 23-26.

conceito-ponte, que liga os elementos descritivos da pessoa com os elementos avaliativos.¹⁷⁷

O segundo tema controverso ocorre quando há a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana na colisão de princípios. É necessário evitar as colisões aparentes nesse caso. O intérprete precisa ter a diligência de verificar se a dignidade da pessoa humana não está prevista em ambos os lados, ao invés de utilizar algum princípio do outro lado da colisão em face da dignidade da pessoa humana.

No caso de existir a proteção da dignidade da pessoa humana em ambos os lados, é certo que haverá outros princípios de forma incidental no caso. Assim, apenas nessa hipótese, é necessário desconsiderar a dignidade da pessoa humana no momento da atribuição da grandeza do peso abstrato, considerando apenas os outros princípios que podem ser invocados. Essa solução serve para evitar que a fórmula do peso seja reduzida apenas a uma análise da intensidade de intervenção. Tal redução poderia incorrer novamente na crítica de que a proporcionalidade gera o decisionismo. É necessário que a fórmula do peso esteja sempre imbuída de elementos objetivos para mitigar a subjetividade do intérprete na resolução das colisões de princípios.

Há outros temas polêmicos sobre a dignidade da pessoa humana, entretanto esses dois são suficientes para justificar o nível do peso abstrato do referido princípio e para demonstrar sua aplicação dentro da fórmula do peso.

3.1.2.3.3 Direito à vida

O terceiro nível é o do direito à vida, que tem valor numérico 2⁶ na escala dos pesos abstratos. O direito à vida está abaixo, de forma *prima facie*, ao princípio do Estado Democrático de Direito e aos princípios fundamentais da Constituição, pois eles fundamentam o Sistema Constitucional Brasileiro. Entretanto, o direito à vida estará acima dos outros níveis pois, sem o seu reconhecimento, nenhuma pessoa poderá exercer qualquer outro direito fundamental. O princípio do direito à vida é pressuposto básico para o exercício das liberdades e para a busca da igualdade.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 26-27.

Apesar da extrema relevância do princípio, o direito à vida não é considerado como absoluto. Há diversas normas apontando para uma relatividade da vida, como por exemplo, a possibilidade de pena de morte no caso de guerra (art. 5º, XLVII, *a* da Constituição da República), a possibilidade de exclusão de ilicitude do homicídio no caso de estado de necessidade ou de legítima defesa (art. 23 a 25 do Código Penal) e as possibilidades de abortamento nos casos previstos de risco à saúde da gestante (art. 128, I do Código Penal), de gravidez resultante de estupro (art. 128, II do Código Penal) e de gravidez de feto anencefálico (norma garantida pela decisão do STF na ADPF 54 de 2012).

O STF deu indícios do consenso sobre o que está protegido pelo direito à vida em alguns casos, como na própria decisão citada acima e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 de 2008, que tratou sobre as pesquisas de células-troncos embrionárias. Para evitar uma colisão aparente envolvendo um suposto direito à vida, é interessante recorrer ao STF para entender o conteúdo do direito à vida.

Conforme se observa, é possível aceitar que o princípio do direito à vida seja objeto da máxima da proporcionalidade e seja um dos níveis mais altos da grandeza dos pesos abstratos.

3.1.2.3.4 Liberdade de expressão

O quarto nível engloba o que se considera por princípio da liberdade de expressão e tem o valor numérico de 2⁵ na escala dos pesos abstratos. A liberdade de expressão tem esse lugar preferencial acima dos outros direitos subjetivos de forma *prima facie* por dois motivos.

O primeiro motivo é histórico. O Brasil é um país egresso de uma ditadura militar sangrenta e repressora. Um dos principais alvos desse regime foi a liberdade de expressão. Por muitos anos, a academia, a cultura, a ciência e a imprensa do país tiveram suas vozes censuradas ou caladas para sempre pela vontade oficial.

O constituinte resolveu essa situação com um dos enunciados normativos mais explícitos de todo o texto constitucional, aquele que está no artigo 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. De forma complementar, a Constituição

também trata sobre a manifestação do pensamento, em seu artigo 5º, IV, abordando o aspecto da opinião e sobre o artigo 5º, XIV, que dispõe sobre o acesso à informação. Todos esses dispositivos estão englobados em uma forma amplificada do princípio da liberdade de expressão.

É possível encontrar previsões sobre o princípio da liberdade de expressão em outras localidades do Sistema Constitucional Brasileiro, de modo não exaustivo, como no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 5º, VIII da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, nos artigos 12 e 13 da Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 21 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O segundo motivo é relacionado ao exercício de direitos. Uma sociedade que não privilegia a liberdade de expressão, ainda que de forma abstrata por uma posição preferencial, ou seja, fora do caso concreto, é uma sociedade que não consegue oferecer a extensão protetiva necessária para que sejam exercidos os demais direitos fundamentais.

Como seria possível garantir a proteção da liberdade religiosa sem a possibilidade de opinar livremente? Como proteger a livre associação das pessoas sem a possibilidade de se expressar politicamente? Como exercer plenamente a democracia sem a existência de uma imprensa livre para informar a população? Nada disso seria possível sem a liberdade de opinar, de se expressar e de informar.

Assim, é demonstrado que a liberdade de expressão é essencial para o exercício da vida pública na sociedade. De forma conjunta com o direito à vida, princípio elementar para exercer qualquer ação, os dois se apresentam de forma preferencialmente superior em relação aos outros direitos subjetivos e interesses coletivos que integram o Sistema Constitucional Brasileiro.

3.1.2.3.5 Direitos subjetivos e interesses coletivos no peso abstrato

Nos quatro primeiros níveis dos pesos abstratos são apresentados grupos de princípios com funções bem específicas. O primeiro com intuito de proteção do Sistema Constitucional Brasileiro, o segundo com os princípios eleitos como

fundamentais pela Constituição da República, o terceiro com objetivo de proteção do sujeito que exerce direitos e o quarto com a proteção do principal meio de exercer outros direitos fundamentais.

Os demais níveis englobam os princípios remanescentes que não oferecem uma justificativa extremamente relevante para agrupá-los em níveis superiores nas relações de precedência dos pesos abstratos. Assim, a partir do quinto nível, os grupos de princípios serão compreendidos por suas espécies e não mais por sua função dentro do Sistema Constitucional Brasileiro.

Há três espécies de princípios de direitos fundamentais: os direitos subjetivos, os interesses coletivos e os princípios de direitos fundamentais que não são nem direitos subjetivos e nem interesses coletivos. Denominaremos essa terceira espécie de princípios residuais, para facilitar a compreensão e a exposição do último nível dos grupos de pesos abstratos.

Por ora, a discussão que se impõe é saber se há um nível diferente de peso abstrato entre os direitos subjetivos e os interesses coletivos dentro do Sistema Constitucional Brasileiro. Há pelo menos três argumentos que apontam para a atribuição de um peso abstrato superior aos direitos subjetivos em relação aos interesses coletivos nas relações de precedência.

A primeira razão é a disposição sobre a dignidade no texto constitucional. A norma aponta para a proteção da dignidade da pessoa humana e não da dignidade humana, ou seja, a proteção da dignidade do indivíduo que forma posteriormente a coletividade e não a dignidade do agrupamento que é formado por individualidades. Esse é um dos indícios de que os direitos subjetivos devem ter peso abstrato maior que os interesses coletivos, haja vista que a Constituição da República, que não tem dispositivos inúteis, expôs a sua escolha de proteção da subjetividade em face da coletividade por meio do seu artigo 1º, III¹⁷⁸.

Como dito anteriormente, os elementos descritivos da pessoa são partes essenciais da previsão sobre a dignidade. Afirmar que a previsão da dignidade da

¹⁷⁸ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

pessoa humana é idêntica à da dignidade humana seria desconsiderar esses elementos, que estão implicados de forma inseparável na escolha realizada pelo constituinte ao criar a Constituição de 1988. Assim, não é possível igualar de forma abstrata a potência dos direitos subjetivos e dos interesses coletivos nas relações de precedência.

A segunda razão é impossibilidade de colocar, de forma *prima facie*, os interesses coletivos remanescentes acima dos direitos subjetivos. Caso isso ocorresse, estaríamos diante de uma redução dos direitos fundamentais por um viés utilitarista. Esse fato poderia desvirtuar a fórmula do peso, pois a atribuição do peso abstrato seria realizada por um quesito quantitativo de pessoas protegidas e não pela questão qualitativa do princípio abstrato.

A terceira razão é a hipossuficiência dos detentores de direitos subjetivos em face dos detentores de interesses coletivos. Em qualquer Estado Democrático de Direito que siga uma Constituição, há o pressuposto de obediência da vontade da maioria, por meio do processo democrático, mas sempre respeitando a proteção das minorias em face das tentativas de opressão de seus direitos. Uma coletividade terá mais facilidade de proteger seus direitos do que um indivíduo de forma autônoma. Não se afirma aqui que os direitos subjetivos são mais difíceis de serem protegidos em todas as oportunidades. Essa afirmação só é possível de forma abstrata, pois no caso concreto deve ser levado em consideração não apenas o peso abstrato para entender como os princípios são otimizados em suas perspectivas fáticas e normativas, mas também a intensidade de intervenção no princípio.

Em suma, os argumentos apontam: primeiro, para a impossibilidade de se manter os direitos subjetivos e os interesses coletivos remanescentes dentro do mesmo nível dos pesos abstratos; segundo, para impossibilidade de se atribuir preferência de forma abstrata aos interesses coletivos sobre os direitos subjetivos; terceiro, para a necessidade dos direitos subjetivos que não estão abrangidos nos primeiros níveis do peso abstrato terem posições privilegiadas sobre os interesses coletivos.

Dessa forma, é possível justificar que os direitos subjetivos não abrangidos nos quatro primeiros níveis tenham posição privilegiada em relação aos interesses coletivos remanescentes dentro da atribuição dos níveis dos pesos abstratos.

3.1.2.3.5.1 Direitos subjetivos com absoluta prioridade

Com o estabelecimento da prevalência abstrata dos direitos subjetivos em relação aos interesses coletivos, seria possível afirmar que o próximo nível dos pesos abstratos é o dos direitos subjetivos. Entretanto, há uma previsão constitucional que promove a preferência de um determinado grupo de sujeitos em relação aos direitos e, por extensão, aos princípios de direitos fundamentais. Esse enunciado normativo está exposto no artigo 227 do texto constitucional:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”

A expressão “absoluta prioridade” deve ser interpretada com cautela pois, se fosse realmente absoluta, inviabilizaria a colisão de princípios quando existisse em apenas um dos lados da colisão uma criança, um adolescente ou um jovem. Uma interpretação mais adequada ao Sistema Constitucional Brasileiro seria de que o Estado deve assegurar aos sujeitos que se enquadrem no conceito de “criança”, “adolescente” ou “jovem”, sempre que possível, uma prioridade no que se refere aos princípios englobados no âmbito dos direitos subjetivos.

Esses direitos subjetivos que se diferenciam pelos sujeitos de direito são denominados aqui como direitos subjetivos com prioridade, compondo o quinto nível dos pesos abstratos, com o valor numérico de 2⁴.

O enunciado normativo aponta uma lista de possíveis direitos subjetivos que teriam essa preferência. Entendemos que não é uma lista exaustiva, e sim exemplificativa, por conter termos genéricos como “dignidade”, “liberdade” e “convivência comunitária”.

Estariam incluídos nessa lista todos os direitos subjetivos que não estavam presentes nos primeiros níveis, desde que o sujeito de direito fosse um dos três apresentados pelo enunciado normativo.

Os direitos subjetivos que se encaixam nos quatro primeiros níveis, não podem sofrer uma diferenciação por motivo de critérios pessoais, pois isso desvirtuaria a função que os referidos direitos exercem no Sistema Constitucional Brasileiro.

Desse modo, os direitos subjetivos com prioridade seriam todos aqueles direitos subjetivos que não foram abrangidos nos quatro primeiros níveis e que teriam como destinatários crianças, adolescentes ou jovens, nos termos do Sistema Constitucional Brasileiro.

3.1.2.3.5.2 Direitos subjetivos

O sexto nível dos pesos abstratos corresponde aos direitos subjetivos que não estão presentes nos quatro primeiros níveis e que não têm como destinatários de proteção no caso concreto o sujeito de direito “criança”, “adolescente” ou “jovem”. Esse nível dos pesos abstratos tem o valor numérico de 2³.

É o grupo de direitos fundamentais mais amplo entre os pesos abstratos, absorvendo princípios completamente distintos uns dos outros, como o direito à intimidade e a liberdade de associação. Como dito anteriormente¹⁷⁹, os direitos subjetivos abrangem as liberdades jurídicas, os direitos contra o Estado a uma situação de não-embaraço e as competências para questionar judicialmente a violação de direitos. Para a análise dos pesos abstratos, apenas serão relevantes os direitos subjetivos que se apresentam sob a forma de princípio.

3.1.2.3.5.3 Interesses coletivos com prioridade

Os interesses coletivos compreendem os próximos dois níveis dos pesos abstratos. De forma semelhante aos direitos subjetivos, alguns interesses coletivos podem surgir quando a coletividade que detém o interesse coletivo seja composta apenas de grupos de “crianças”, “adolescentes”, ou “jovens”, nos termos do artigo 227

¹⁷⁹ Capítulo 1.5.1.

da Constituição da República, formando um interesse coletivo distinto. Esses interesses coletivos com prioridade constituem o sétimo nível dos pesos abstratos e apresentam o valor numérico de 2².

3.1.2.3.5.4 Interesses coletivos

O oitavo nível dos pesos abstratos é constituído pelos interesses coletivos não abrangidos nos primeiros quatro níveis, bem como não provenientes de uma coletividade que proteja de forma exclusiva grupos de “crianças”, “adolescentes” ou “jovens”. Esse nível tem valor numérico de 2¹.

Interesses coletivos, conforme o exposto em capítulo anterior¹⁸⁰, são direitos fundamentais que têm caráter não distributivo, ou seja, que não podem ser associados a indivíduos como partes. Para a atribuição dos pesos abstratos, apenas importam aqueles interesses coletivos que surgem sob a forma de princípio, pois apenas os princípios podem ingressar na colisão.

3.1.2.3.6 Princípios residuais

O nono nível dos pesos abstratos será denominado de princípios residuais, com o valor numérico de 2⁰. Estão inclusos nesse agrupamento todos os princípios que não se encaixaram nos outros oito níveis, ou seja, que não têm uma função específica dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, que não são direitos subjetivos e que não são interesses coletivos.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido alguns princípios fora do Título II da Constituição com base na cláusula de abertura do artigo 5^o, §2^o. É o caso, por exemplo, do “princípio” da anterioridade tributária (artigo 150, III, b da Constituição da República) e do “princípio” da não-cumulatividade (artigo 154, I da Constituição). Poderia se alegar que esses são casos de princípios residuais. Entretanto, entendemos que, na verdade, o que ocorreu foi uma compreensão equivocada do conceito de princípio pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos sob a ótica da concepção sobre regras e princípios de Alexy. Ambas, a não-cumulatividade e a

¹⁸⁰ Capítulo 1.5.2.

anterioridade, são regras e não princípios. São mandamentos definitivos e não mandamentos de otimização.

Mesmo que haja distorções por parte do intérprete da constituição, não podemos afastar de plano a possibilidade de existirem princípios de direitos fundamentais que não possam ser enquadrados como direitos subjetivos e nem como interesses coletivos. O Sistema Constitucional Brasileiro possibilita uma abertura aos direitos fundamentais de diversas fontes distintas e, dessa maneira, a possibilidade de existir um princípio residual não pode ser descartada.

Esses princípios vão ocupar a posição abstrata mais enfraquecida. Porém, dependendo do caso concreto, eles podem adquirir um peso concreto mais relevante que o princípio concorrente na colisão, com base na resolução da fórmula do peso.

3.1.2.3.7 Síntese

Os nove níveis das relações de precedência dos pesos abstratos são:

- a) Primeiro nível - princípio do Estado Democrático de Direito com valor de 2^8 ;
- b) Segundo nível – princípios fundamentais da Constituição da República com valor de 2^7 ;
- c) Terceiro nível - direito à vida com valor de 2^6 ;
- d) Quarto nível - forma ampliada do princípio da liberdade de expressão com valor de 2^5 ;
- e) Quinto nível - direitos subjetivos prioritários com valor de 2^4 ;
- f) Sexto nível - direitos subjetivos com valor de 2^3 ;
- g) Sétimo nível - interesses coletivos prioritários com valor de 2^2 ;
- h) Oitavo nível - interesses coletivos com valor de 2^1 ;
- i) Nono nível - princípios residuais com valor de 2^0 .

3.1.2.4 Segurança das suposições empíricas e normativas

As grandezas da segurança das suposições são desenvolvidas por Alexy para gerar mais certeza epistêmica no momento de estabelecimento dos pressupostos fáticos e normativos que são analisados na colisão de princípios. Caso a segurança não fosse tão elevada, a fórmula do peso encontraria uma forma de rebaixar o peso concreto do princípio em análise, concedendo valores negativos aos referenciais

numéricos das grandezas (valor de 2^{-1} em caso da premissa ser plausível e valor de 2^{-2} em caso da premissa ser não evidentemente falsa).

Entretanto, essas grandezas devem ser afastadas da análise das colisões dentro do Sistema Constitucional Brasileiro. A adaptação da teoria de Robert Alexy que defendemos objetiva incrementar a segurança jurídica e oferecer a resposta mais adequada possível, com base em um julgamento de igual balanceamento entre os critérios subjetivos e objetivos da fórmula do peso.

Ao acrescentar as grandezas da segurança das suposições empíricas e das suposições normativas na fórmula do peso, o equilíbrio entre os tipos de análise da fórmula é deturpado, por oferecer três tipos de variáveis subjetivas contra apenas uma de caráter possivelmente objetivo, qual seja, a categoria dos pesos abstratos.

O estabelecimento das variáveis da segurança das suposições não consegue ser realizado de forma objetiva por todos os intérpretes. Cada um deles vai analisar as suposições com base em elementos extrajurídicos, como a moral, por exemplo. Esse fato desequilibra a construção de uma fórmula do peso balanceada, como é o método proposto nessa pesquisa, pois as análises subjetivas poderiam ter mais importância na resolução da fórmula do que a análise objetiva. Apenas uma fórmula equilibrada, na qual a capacidade valorativa das duas análises atinja o mesmo patamar¹⁸¹, poderia gerar uma segurança jurídica real sem afastar as avaliações individuais dos magistrados dos aspectos do caso concreto.

Mesmo no caso da segurança das suposições normativas, quando o intérprete tem dúvida entre quais princípios devem ser reconhecidos na colisão, não há necessidade de acrescentar uma nova variável à fórmula do peso. Essa situação pode ser resolvida apenas com a argumentação jurídica no estabelecimento dos dois princípios que estão em colisão no caso concreto, em um momento anterior à resolução da fórmula do peso.

Assim, é necessário desconsiderar a análise das variáveis da segurança das suposições na fórmula do peso dentro do Sistema Constitucional Brasileiro. O suposto benefício que essas grandezas fornecem não pode ser aferido de maneira tangível e,

¹⁸¹ No caso da fórmula equilibrada, as análises objetivas e subjetivas só podem atingir o patamar numérico entre 2^0 e 2^8 .

ao mesmo tempo, a incerteza gerada na estipulação do nível de segurança das suposições pode sepultar o objetivo da fórmula do peso brasileira, qual seja, de incrementar a segurança jurídica ao aproximar, na medida do possível, as respostas que a fórmula do peso oferece em todos os casos concretos com interpretes distintos. Em consequência disso, a lei epistêmica do sopesamento é afastada da fórmula do peso no Sistema Constitucional Brasileiro e os princípios formais não podem ser invocados em colisões de princípios.

3.2 Fórmula do peso do Sistema Constitucional Brasileiro

A fórmula do peso do Sistema Constitucional Brasileiro foi estabelecida com apenas duas grandezas. A primeira grandeza, a intensidade da intervenção nos princípios, que é realizada por uma análise subjetiva do julgador com base nos pressupostos do caso concreto, resultando em um dos nove níveis do modelo triádico duplo. A segunda grandeza, o peso abstrato dos princípios, que é estabelecida de forma *prima facie* por meio de um modelo racional, resultando em nove níveis que agrupam todos os princípios de direitos fundamentais existentes no Sistema Constitucional Brasileiro. A fórmula é a seguinte:

$$P_e P_{x,y} C = \frac{I_x C \cdot P_e P_x A}{I_y C \cdot P_e P_y A}$$

Para simplificar a fórmula e deixá-la mais acessível para uso cotidiano nos tribunais do país, propomos a seguinte formulação:

$$P_{x,y} C = \frac{I_x C \cdot P_x A}{I_y C \cdot P_y A}$$

A nova fórmula do peso do Sistema Constitucional Brasileiro, que passamos a denominar de “fórmula do peso brasileira”, apresenta os seguintes referenciais:

- a) $P_{x,y} C$ significando “resultado do peso concreto dos princípios X e Y”;
- b) $I_x C$ significando “intensidade de intervenção no princípio X no caso concreto”;
- c) $I_y C$ significando “intensidade de intervenção no princípio Y no caso concreto”;
- d) $P_x A$ significando “peso abstrato do princípio X”;
- e) $P_y A$ significando “peso abstrato do princípio Y”.

3.3 Resultado da fórmula do peso brasileira

O resultado da fórmula do peso brasileira será estabelecido com base na transformação dos referenciais das grandezas em seus correspondentes numéricos, de acordo com o modelo triádico duplo para as intensidades das intervenções e o modelo de nove níveis de relações de precedência para os pesos abstratos. Após esse momento, a equação deve ser resolvida. Com o resultado do peso concreto acima do valor 1, ocorre a prevalência do princípio X na colisão do caso concreto. Com o resultado do peso concreto abaixo do valor 1, ocorre a prevalência do princípio Y na colisão do caso concreto.

Em um eventual empate, com resultado igual a 1, há discricionariedade do intérprete para resolver o impasse, sempre com base na argumentação jurídica e no Sistema Constitucional Brasileiro.

Uma questão relevante a ser resolvida é sobre o efeito cumulativo da fórmula do peso, ou seja, a possibilidade de invocar mais de um princípio em cada um dos lados da colisão. Robert Alexy afirma no livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” que “a adequação dessa extensão depende de se saber se a importância das razões para restrições aumenta apenas de forma aditiva, à medida que essas razões se incrementam”¹⁸².

Em texto posterior, Alexy apresenta de forma mais nítida como entende a questão:

“[...] se a cumulação de argumentos deixa apresentar-se como adição, então o problema principal da fórmula peso [sic] ampliada reside na questão, o que é cumulável aditivamente. A direção, na qual a resposta a essa questão deve ir, é fácil de reconhecer. Os princípios cumulados não se devem cruzar substancialmente. Seus objetos a serem otimizados devem ser

¹⁸² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 604.

diferentes materialmente. Vale, portanto, a regra que heterogeneidade é condição da cumulação aditiva”¹⁸³

Robert Alexy afirma que o efeito cumulativo só pode ocorrer no caso em que houver princípios materialmente distintos no mesmo lado da colisão. Nesse caso, ocorrerá uma adição entre as grandezas dos princípios.

Entretanto, não adotaremos o mesmo entendimento. Caso o efeito cumulativo fosse permitido, o balanceamento da fórmula do peso no Sistema Constitucional Brasileiro estaria em risco, pois bastaria invocar diversos princípios que estariam presentes indiretamente no caso concreto, para fazer prevalecer um dos lados da colisão, retornando ao problema do decisionismo.

Propomos a seguinte solução no que se refere aos efeitos cumulativos na fórmula do peso: quando houver a possibilidade de se invocar dois ou mais princípios no mesmo lado da colisão, o princípio que integre o nível mais alto dos pesos abstratos deve ser o representante de todos os outros possíveis princípios que poderiam ser invocados. Essa situação só será excepcionada no caso em que os dois lados acabem representados legitimamente pela dignidade da pessoa humana. Caso isso ocorra, conforme exposição anterior¹⁸⁴, ambos os princípios devem ser desconsiderados para a atribuição do peso abstrato, utilizando o segundo princípio mais forte de maneira abstrata em cada um dos lados da colisão. Desse modo, apenas os dois princípios mais relevantes no caso concreto poderão ser invocados na colisão e resolvidos pela fórmula do peso.

Para expor como a resolução da fórmula do peso brasileira ocorre, serão utilizados alguns casos hipotéticos que abrangem grande parte das situações reais que o intérprete pode se deparar nas colisões.

Um pressuposto importante para essa demonstração está no fato de que a intensidade da intervenção será determinada de forma hipotética, pois não temos todos os elementos fáticos do caso concreto para realizar a análise dessa grandeza. Por isso, a exposição dos exemplos terá o valor numérico preestabelecido da

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 153.

¹⁸⁴ Capítulo 3.1.2.3.2.1.

intensidade de intervenção. Na aplicação real da fórmula do peso brasileira, essa atribuição da intensidade de intervenção deve ser realizada com base nos elementos do caso concreto em discussão, expondo a atribuição do nível por meio da argumentação racional.

Outro pressuposto adotado será de que todos os casos hipotéticos já foram analisados nas máximas parciais da adequação e da necessidade, restando apenas a investigação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Nos casos reais, essas duas máximas parciais devem ser analisadas antes do sopesamento.

3.3.1 Primeiro caso hipotético

O primeiro exemplo apresentado é um caso comum de colisão entre liberdade de expressão e direito à intimidade, que vai demonstrar como a maioria das colisões devem ser resolvidas.

Após o reconhecimento da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e do direito à intimidade, o intérprete começa a atribuir os valores numéricos respectivos para cada um dos pesos abstratos. O princípio da liberdade de expressão recebe o valor numérico 2^5 por integrar o quarto nível das relações de precedência e o princípio da intimidade recebe o valor numérico 2^3 por integrar o sexto nível das relações de precedência.

Com o resultado da análise objetiva, o intérprete passa a analisar os aspectos subjetivos do caso concreto e, por meio da argumentação racional, expõe os níveis de intensidade de intervenção da liberdade de expressão (princípio X) e do direito à intimidade (princípio Y).

O grau de não-satisfação da liberdade de expressão pelo princípio da intimidade corresponde, no caso hipotético, ao sétimo nível do modelo triádico duplo, ou seja, a intensidade de intervenção leve quase moderada (ls) com o valor 2^2 . Do outro lado, o grau de não-satisfação da intimidade pela liberdade de expressão corresponde ao terceiro nível do modelo triádico duplo, ou seja, a intensidade de intervenção levemente séria (sl) com o valor 2^6 .

Com o resultado de ambas as análises, resta distribuir os valores. A fórmula do peso brasileira tem a seguinte concepção:

$$P_{x,y}C = \frac{I_x C \cdot P_x A}{I_y C \cdot P_y A}$$

Utilizando os referenciais numéricos sobre a liberdade de expressão e o direito à intimidade no caso hipotético, a resolução da fórmula apresenta a seguinte disposição:

$$P_{x,y}C = \frac{2^2 \cdot 2^5}{2^6 \cdot 2^3}$$

A fórmula é desenvolvida para uma resolução simples e rápida. Por esse motivo, não é necessário encontrar o valor numérico exato da grandeza. Basta apenas somar os exponenciais e descobrir qual dos dois princípios tem o maior valor numérico e, conseqüentemente, deve se sobrepor no caso concreto.

A resolução da fórmula do peso brasileira no primeiro caso hipotético é a seguinte:

$$P_{x,y}C = \frac{2^7}{2^9}$$

Assim, o resultado do peso concreto da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da intimidade no caso hipotético é a prevalência do direito à intimidade.

3.3.2 Segundo caso hipotético

O segundo exemplo mostra como se resolve um caso de colisão que envolve a dignidade da pessoa humana em ambos os lados.

Conforme foi dito anteriormente¹⁸⁵, é necessário analisar o caso concreto para verificar se há a previsão da dignidade da pessoa humana de forma válida em ambos os lados da colisão, sob o risco de resolver a equação de forma equivocada.

No caso hipotético, há a previsão legítima da dignidade da pessoa humana em ambos os lados. Assim, ambos os princípios da dignidade da pessoa humana serão ignorados no caso concreto, passando a ser analisada a colisão entre os princípios

¹⁸⁵ Capítulo 3.1.2.3.2.1.

incidentes mais fortes de cada lado. De um lado, o intérprete identifica o princípio de proteção ao meio ambiente e, do outro, o princípio da liberdade de manifestação.

O princípio da proteção ao meio ambiente integra o oitavo nível dos pesos abstratos, ou seja, o dos interesses coletivos com valor numérico 2^1 . O princípio da liberdade de manifestação pertence ao nível dos direitos subjetivos com valor numérico 2^3 .

O intérprete do caso hipotético, depois de ignorar a previsão da dignidade da pessoa humana em ambos os lados e descobrir os princípios mais fortes depois deles nas relações de precedência, analisa a intensidade de intervenção.

O grau de não-satisfação da proteção ao meio ambiente pelo princípio da liberdade de manifestação corresponde, no caso hipotético, ao oitavo nível do modelo triádico duplo, ou seja, a intensidade de intervenção moderadamente leve (lm) com o valor 2^1 . Do outro lado, o grau de não-satisfação da liberdade de manifestação em relação ao princípio da proteção ao meio ambiente corresponde ao quarto nível do modelo triádico duplo, ou seja, a intensidade de intervenção moderada quase séria (ms) com o valor 2^5 .

A fórmula do peso brasileira apresenta a seguinte disposição:

$$P_{x,y}C = \frac{2^1 \cdot 2^1}{2^5 \cdot 2^3}$$

A resolução do segundo caso hipotético é:

$$P_{x,y}C = \frac{2^2}{2^8}$$

Desse modo, o resultado do peso concreto da colisão entre os princípios da proteção ao meio ambiente e da liberdade de manifestação no caso hipotético é a prevalência da liberdade de manifestação.

3.3.3 Terceiro caso hipotético

O terceiro exemplo expõe como se resolve o efeito cumulativo na fórmula do peso brasileira. No caso hipotético, de um lado há o princípio do direito à imagem de

uma criança, ou seja, um direito subjetivo com prioridade e, do outro, estão os princípios da liberdade religiosa e da liberdade de expressão.

Analisando os pesos abstratos que estão envolvidos nesse caso, há um princípio do quinto nível (com valor 2^4), um princípio do sexto nível (com valor 2^3) e um princípio do quarto nível (com valor 2^5).

Conforme a proposta de resolução dos efeitos cumulativos, quando houver a possibilidade de se invocar mais de um princípio no mesmo lado da colisão, o princípio que integrar o nível mais alto dos pesos abstratos deve ser o representante de todos os outros princípios possíveis.

Desse modo, a colisão de princípios no caso hipotético ocorreria entre o direito à imagem com prioridade (2^4) e a liberdade de expressão (2^5).

Após o estabelecimento dos valores numéricos dos pesos abstratos, o intérprete analisa a intensidade da intervenção no direito à imagem pela liberdade de expressão e, por meio da argumentação prática, chega ao resultado do sexto nível do modelo triádico duplo, ou seja, uma intensidade de intervenção moderada tendendo para leve (ml) com o valor de 2^3 . Do outro lado da colisão, o intérprete analisa a intervenção na liberdade de expressão por meio do direito à imagem e encontra uma intensidade levemente séria (sl) com o valor de 2^6 .

Com os valores numéricos das grandezas da fórmula do peso, a equação se demonstra assim:

$$P_{x,y}C = \frac{2^3 \cdot 2^4}{2^6 \cdot 2^5}$$

A resolução da fórmula do peso brasileira no terceiro caso hipotético é a seguinte:

$$P_{x,y}C = \frac{2^7}{2^{11}}$$

Dessa maneira, o resultado do peso concreto da colisão do terceiro caso hipotético é a prevalência da liberdade de expressão.

3.3.4 Quarto caso hipotético

O quarto exemplo pretende demonstrar que a fórmula do peso brasileira não estabelece uma hierarquia fixa de princípios de direitos fundamentais ao propor nove níveis de relações de precedência entre os pesos abstratos.

A colisão nesse caso hipotético ocorre entre o princípio da proteção do patrimônio público, que integra o oitavo nível dos pesos abstratos (com valor 2^1), e o princípio do pluralismo político, que participa do segundo nível dos pesos abstratos (com valor 2^7).

A análise da intensidade de intervenção realizada pelo intérprete revela que o grau de não-satisfação do princípio da proteção do patrimônio público por meio do pluralismo político corresponde ao primeiro nível, ou seja, que a intensidade da intervenção é seríssima (ss) com o valor de 2^8 . Por outro lado, o grau de não-satisfação do princípio do pluralismo político por meio do princípio da proteção do patrimônio público corresponde ao oitavo nível, ou seja, uma intensidade de intervenção moderadamente leve (lm) com o valor 2^1 .

A equação do exemplo se expõe do seguinte modo:

$$P_{x,y}C = \frac{2^8 \cdot 2^1}{2^1 \cdot 2^7}$$

A resolução da fórmula do peso brasileira no quarto caso hipotético é a seguinte:

$$P_{x,y}C = \frac{2^9}{2^8}$$

Dessa maneira, o princípio da proteção do patrimônio público se sobrepõe ao princípio do pluralismo político no caso hipotético, mesmo tendo um referencial numérico de peso abstrato bem inferior. Esse exemplo demonstra que não há hierarquia entre os princípios, mas simples relações de precedência entre os pesos abstratos para resolver a fórmula do peso brasileira.

3.3.5 Quinto caso hipotético

O quinto exemplo tem como objetivo demonstrar como se resolve a fórmula do peso brasileira quando há um empate no resultado.

No caso hipotético, há uma colisão entre a liberdade religiosa de um adolescente, ou seja, um direito subjetivo com prioridade, e o princípio da igualdade. A atribuição dos pesos abstratos apresenta um princípio que integra o quinto nível (com valor 2^4) e um princípio que integra o sexto nível (com valor 2^3).

Ao analisar a intensidade da intervenção dos dois princípios, o intérprete demonstra que o grau de não-afetação da liberdade religiosa é leve quase moderado (ls), ou seja, tem valor numérico 2^2 . De outro modo, o grau de não-afetação da igualdade é moderado tendendo para leve (ml), ou seja, com valor numérico 2^3 .

A equação é exposta da seguinte maneira:

$$P_{x,y}C = \frac{2^2 \cdot 2^4}{2^3 \cdot 2^3}$$

A resolução da fórmula do peso brasileira no quinto caso hipotético ocorre do seguinte modo:

$$P_{x,y}C = \frac{2^6}{2^6}$$

Dessa forma, o quinto exemplo gera um empate. Esse impasse é incomum, haja vista que cada lado da colisão pode apresentar até dezessete resultados distintos, ou seja, do valor 2^0 até o 2^{16} . Mas não é impossível que ocorra no caso concreto.

Quando esse empate ocorre, há uma discricionariedade para sopesar a colisão, ou seja, a prevalência de um princípio ou do outro é permitida no caso concreto. Basta apenas o intérprete justificar a escolha por um dos princípios por meio da argumentação jurídica.

3.3.6 Síntese

Com esses cinco casos hipotéticos, foi possível demonstrar como a fórmula do peso brasileira responde aos casos mais prováveis de colisão, ou seja, um caso de colisão comum, um caso em que há o princípio da dignidade da pessoa humana nos dois lados da colisão, um caso em que há mais de um princípio em um dos lados da colisão, um caso em que há uma diferença considerável entre os valores numéricos do peso abstrato dos princípios colidentes e um caso em que a colisão gera um empate.

CONCLUSÃO

A pesquisa pretendeu expor a teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade e a colisão de princípios, realizar uma análise sobre os seus elementos e, por fim, propor uma adaptação da máxima da proporcionalidade ao direito brasileiro.

Partindo dos pressupostos de que a jurisprudência trata a questão da proporcionalidade sem os parâmetros racionais da teoria de Alexy e de que a doutrina jurídica brasileira ignorou a fórmula do peso, foram estabelecidos os conceitos elementares sobre norma, enunciado normativo, princípios, regras, valores, direitos subjetivos, interesses coletivos e argumentação jurídica para tratar sobre a máxima da proporcionalidade no Sistema Constitucional Brasileiro.

Entre as três máximas parciais, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, na qual Alexy apresentou sua fórmula do peso, foi a que sofreu mais alterações na adaptação ao direito brasileiro, pois as outras duas máximas parciais apenas necessitaram da troca do âmbito de aplicação. A fórmula do peso, por outro lado, precisou passar por uma reformulação ampla.

A proposta da “fórmula do peso brasileira” tem como objetivo três pontos principais. O primeiro é adequar o sopesamento realizado pela fórmula do peso ao Sistema Constitucional Brasileiro, haja vista que a fórmula inicialmente foi criada para a aplicação no direito alemão. O segundo é evitar que as decisões sejam baseadas em elementos extrajurídicos, por meio do balanceamento das análises objetiva e subjetiva da fórmula do peso. O terceiro é desenvolver uma fórmula do peso que possa ser utilizada na atuação cotidiana do poder judiciário do país, considerando que o excesso de casos existentes impossibilita a análise de diversas grandezas para cada caso concreto.

Para cumprir essas metas, a proposta divide a fórmula do peso brasileira em apenas duas grandezas: a intensidade de intervenção e o peso abstrato.

A intensidade de intervenção é a face subjetiva da fórmula do peso brasileira, na qual o intérprete avalia os aspectos fáticos do caso concreto para determinar qual é o grau de não-cumprimento de um dos princípios da colisão em relação ao outro. Por meio da argumentação jurídica, o método para se atribuir o nível da intensidade é o

modelo triádico duplo com seus nove níveis, correspondendo ao valor numérico que vai de 2^0 até 2^8 .

O peso abstrato é a face objetiva da fórmula do peso brasileira, na qual o intérprete, aceitando os pressupostos lógicos e jurídicos impostos pela proposta, desvenda quais são os dois princípios de direitos fundamentais em colisão no caso concreto e atribui o valor numérico entre 2^0 a 2^8 , correspondendo aos nove níveis das relações de precedência estabelecidas de forma abstrata.

Com a análise das grandezas de cada um dos princípios em colisão, a equação é resolvida, apresentando qual dos dois princípios prevalece no caso concreto em discussão.

Essa proposta tenta melhorar a maneira pela qual as colisões de princípios estão sendo tratadas nos tribunais brasileiros, que é demasiadamente antidemocrática. Um Estado Democrático de Direito não deve aceitar a utilização de um método que se supõe racional, mas na verdade, depende única e exclusivamente da valoração pessoal do magistrado. O sistema jurídico brasileiro necessita de um método mais adequado, que pode ser a fórmula do peso brasileira, na forma proposta por essa pesquisa.

Entendemos que não é possível acabar com a subjetividade do intérprete, mas é patente a necessidade em atenuá-la quando lidamos com as colisões de princípios. Caso contrário, poderíamos afirmar que regredimos ao ponto de não ser mais necessário um ordenamento jurídico, mas apenas magistrados que julgassem conforme o seu próprio “bom senso”.

Com o debate sobre a fórmula do peso brasileira, a dogmática jurídica nacional pode caminhar em passos largos ao estabelecimento de um padrão decisório para a delicada questão das colisões de princípios, incrementando a segurança jurídica de todos os jurisdicionados envolvidos em casos jurídicos em que há princípios de direitos fundamentais em colisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **La fórmula del peso**. In CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15-49.

ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. **The Construction of Constitutional Rights**. Disponível em <https://goo.gl/W3wfon>. Acesso em 18 de maio de 2017.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 5. ed. Berlim: Suhrkamp Verlag, 2006.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BÄCKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 102, jan./jun. 2011, p. 55-82.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BLANC, Mafalda de Faria. **Introdução à Ontologia**. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010.

BOROSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus nº 82.424/RS)**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

CARVALHO, André Castro. **O impacto orçamentário da atuação do Poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos**. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 13-42.

CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COLOMA, Aurelia Maria Romero. **Las libertades de expresión e información y sus límites**. Madrid: Ediciones Irreverentes, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Deveres fundamentais**. In LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 325-345.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- FISS, Owen M. **La ironia de la libertad de expresión**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 58. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à Sociologia do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da Tecocracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “Ideologia”**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **Em torno da “reserva do possível”**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173-193.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Los deberes constitucionales**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62, año 21, mayo/agosto 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 11-56.

LOCKE, John. **Cartas sobre Tolerância**. São Paulo: Ícone, 2004.

MARCANTONIO, Johathan Hernandes. **Justiça, Moral e Linguagem em Rawls e Habermas: configurações da filosofia do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, André Sposito. **Juízo de Proporcionalidade e Liberdade de Expressão na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: Luiz Guilherme Arcaro Conci;

Marcelo Figueiredo; Konstatin Gerber (Org.). *Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 199-216.

MENDES, André Sposito. **O Instituto da Reclamação para o Controle de Convencionalidade Nacional**. In: Luiz Guilherme Arcaro Conci; Marcelo Figueiredo; Konstantin Gerber (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 41-60.

MENDES, André Sposito; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Os Direitos Humanos como limitadores da mídia ou a Constituição da República como limitadora dos Direitos Humanos?** *Revista Faculdade de Direito PUC-SP*, São Paulo, v. 2, p. 9-24, jul./dez. 2014.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o giro lingüístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: Um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora WMF, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Editora WMF, 2013.

NEVES, Maria Amélia Carreira das. **Semiótica linguística e Hermenêutica do texto jurídico**. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

NOVAES, Adauto. **O avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, Benedito. **Ensaio Filosóficos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

PRADO, José Luiz Aidar. **Habermas com Lacan: Introdução crítica à teoria da ação comunicativa**. São Paulo: EDUC, 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. **La racionalidade de la ponderación**. In CARBONELL, Miguel (coord.). *El principio de proporcionalidade em el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 51-80.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: de Nietzsche à Escola de Frankfurt**, v. 6. São Paulo: Editora Paulus, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2002.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROHDEN, Luiz (org.). **Hermenêutica e dialética: entre Gadamer e Platão**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **A Gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF**. In LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coords.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 285-323.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 10. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Sistema Constitucional das Liberdades e das Igualdades**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?** In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à Fenomenologia**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-551.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Daniel Viana. **Democracia, liberdade e igualdade: desconstrução e abertura de sentido**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-86.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.