

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



FERNANDA DEMARCHI MATIELO

PONDERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A QUESTÃO DO CONTROLE DE RACIONALIDADE

CANOAS

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FERNANDA DEMARCHI MATIELO

PONDERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A QUESTÃO DO CONTROLE DE RACIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Luterana do
Brasil como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito.
Área de concentração: Direitos Fundamentais.
Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz

CANOAS

2007

FERNANDA DEMARCHI MATIELO

PONDERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
A QUESTÃO DO CONTROLE DE RACIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Luterana do
Brasil como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito.
Área de concentração: Direitos Fundamentais.
Aprovada em: 18/12/2007

Dr. Wilson Antônio Steinmetz
(ULBRA, Presidente e Orientador)

Dr. Carlos Alberto Molinaro
(PUCRS, Membro Externo)

Dr. Germano André Doederlein Schwartz
(ULBRA)

Dr. Jayme Weingartner Neto
(ULBRA)

**De tudo ficaram três coisas:
A certeza de que estamos sempre começando.
A certeza de que precisamos continuar.
A certeza de que seremos interrompidos antes de
terminar.
Portanto, devemos:
Fazer da interrupção um caminho novo.
Da queda, um passo de dança.
Do medo, uma escada.
Do sonho, uma ponte.
Da procura, um encontro.**

Fernando Pessoa

**Obrigada a todos que acreditaram em mim, em
especial aos que ficaram ao meu lado e
compartilharam os piores e os melhores momentos
da minha vida;
Obrigada ao meu orientador Dr. Wilson Steinmetz pela
força e dedicação, em especial por ser mais do que
um Mestre, mas sim um amigo, saiba que sem sua
ajuda nada seria possível;
Aos meus pais, mais uma vez, muito obrigada!
Aos amigos, obrigada pela força, especialmente pela
compreensão da minha ausência;
Ao meu amor, minha eterna gratidão!**

“É através da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir publicamente o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão se transformar num fórum de extraordinária relevância dentro do sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário. Com isto não se pretende estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático, mas estabelecer ainda que idealmente - um procedimento racional para discussão e aplicação dos princípios de justiça que servem como limites habilitadores do sistema democrático.”

(John Rawls)

RESUMO

Analisa-se a possibilidade da ponderação e da proporcionalidade representarem ferramentas racionais na solução de conflitos entre direitos fundamentais e desses com outros bens constitucionalmente protegidos, ou simples instrumentos subjetivos e irracionais legitimadores de decisionismos e arbitrariedades judiciais. Para tanto, parte-se da análise da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais, em especial no que se refere à possibilidade de restrição desses direitos no âmbito judicial, ou seja, quando dois direitos concorrem para solução de um caso concreto, sem que o processo subsuntivo e os métodos tradicionais sejam capazes de solucionar o conflito, remetendo-se ao Poder Judiciário o dever de interpretar e ponderar a fim de solucioná-lo. Nesse sentido, a proporcionalidade e em especial a ponderação aparecem como instrumentos de extrema importância para conformar o ordenamento jurídico à realidade social. Assim, a análise desenvolvida pretende demonstrar a importância da ponderação e da proporcionalidade no ordenamento jurídico, bem como que as decisões ponderativas não conduzem a posições orientadas pelo subjetivismo, arbitrariedade ou decisionismo, mas sim que tais decisões são justificáveis e controláveis por meio da argumentação racional, obtida não apenas pela adoção de parâmetros objetivos e estáticos de racionalidade, uma vez que os parâmetros existentes no ordenamento jurídico não afastam definitivamente os riscos da subjetividade, haja vista que a ponderação não conduz a uma única resposta, mas sim à melhor resposta para o caso em análise, mas sim por meio da interpretação racional, ou seja, levando-se em conta que a racionalidade não está apenas no procedimento do qual resultou a decisão ponderativa, mas sim nos argumentos utilizados na interpretação em cada fase desenvolvida, que são capazes de legitimar e racionalizar o resultado obtido, tornando-o válido e aceitável juridicamente. Nesse sentido, verifica-se que a racionalidade da decisão proporcional ou ponderativa, reside na interpretação desenvolvida, sendo a argumentação o instrumento de aferição de legitimidade à aplicação da proporcionalidade, na medida em que limita a atuação do intérprete na sua esfera de discricionariedade, exigindo a fundamentação racional da decisão ponderativa e demonstrando assim a racionalidade possível dos institutos e não apenas na adoção de parâmetros objetivos.

Palavras-Chaves: Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Ponderação, Racionalidade. Controle.

ABSTRACT

It examines the possibility of the balance and proportionality tools represent the rational solution of conflicts between fundamental rights and those with other constitutionally protected property, or simple instruments subjective and irrational legitimizing of decisions and judicial arbitrariness. Thus, it is part of the analysis of the theory of the principles and theory of fundamental rights, in particular as regards the possibility of restriction of rights under judicial, or when two rights compete for solution of a case, without that the process subsuntivo and traditional methods are capable of resolving the conflict, referring to the Judiciary the duty to interpret and consider in order to resolve it. In that sense, proportionality and in particular the weighting appear as instruments of extreme importance to the legal system conform to the social reality. Thus, the analysis developed seeks to demonstrate the importance of balance and proportionality in the legal system, and that the decisions do not lead to ponderativity positions targeted by subjectivity, arbitrary or decisions, but that such decisions are justifiable and verifiable through rational argument, obtained not only by the adoption of goals and static parameters of rationality, since the parameters exist in the legal system does not definitively exclude the risk of subjectivity, it is seen that the balance does not lead to a single answer, but the best answer to the case under review, but by rational interpretation, that is, taking into account that rationality is not only in the procedure which resulted in the ponderativity decision, but the arguments used in the interpretation in each phase developed, which are capable to legitimize and rationalize the result, making it valid and legally acceptable. Thus, it appears that the rationality of the decision or proportional ponderativity, lies in the interpretation developed, the argument being the instrument of measurement of legitimacy to the application of proportionality, in that it limits the role of interpreter within its sphere of discretion, requiring a rational reasoning of the ponderation decision and thus demonstrating the possible rationale of the institutes.

Key Words: Fundamental Rights. Proportionality. Weighting, Rationality. Control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS	14
2.1	Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais e a sua posição no ordenamento jurídico	14
2.2	A estrutura das normas de direitos fundamentais: regras e princípios	20
2.3	A possibilidade lógica de restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e externa.....	28
2.3.1	Limites aos direitos fundamentais	33
2.3.2	Colisão de direitos fundamentais	39
3	PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE	45
3.1	Ponderação: aspectos conceituais gerais:	45
3.2	A máxima da proporcionalidade: aspectos conceituais	49
3.2.1	Aspectos históricos, normativos e âmbito de aplicação da proporcionalidade	52
3.2.2	Natureza jurídica da proporcionalidade	56
3.2.3	Dimensões da proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação.....	58
3.3	Estruturas da ponderação	63
3.3.1	Estruturas da ponderação segundo Alexy e Pulido	63
	a) A lei da ponderação.....	64
	b) A fórmula de peso	65
	c) As cargas de argumentação.....	66
3.3.2	Processo ponderativo de Barroso e Barcellos.....	66
3.3.3	Processo ponderativo de Ávila	68
3.4	Objecções à aplicação da proporcionalidade e da ponderação	69
3.4.1	O princípio da proporcionalidade como um critério irracional e subjetivo	70
4	PARÂMETROS DE RACIONALIDADE À PONDERAÇÃO E À PROPORCIONALIDADE	76
4.1	Racionalidade, motivação e argumentação.....	76
4.2	Ponderação e proporcionalidade: racionalidade ou decisionismo judicial?.....	86
4.3	Parâmetros de racionalidade da ponderação e da proporcionalidade.....	93
4.4	A racionalidade possível: critérios de interpretação racional à aplicação da ponderação e da proporcionalidade	101
5	CONCLUSÃO	105
6	REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são amplamente discutidos pela doutrina e pela jurisprudência em razão de sua capital importância no ordenamento jurídico de cada Estado - dimensão objetiva -, bem como na vida de cada indivíduo, uma vez que tais direitos representam um conjunto de prerrogativas vinculado materialmente à dignidade humana - dimensão subjetiva. Nesse sentido, os direitos fundamentais são previsões absolutamente necessárias para a concepção de um Estado Democrático de Direito.

Em virtude de sua importância jurídica, na dimensão objetiva e subjetiva, os direitos fundamentais, na sua maioria, se apresentam com estrutura de princípios no texto constitucional, ou seja, como mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, tendo em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas (Robert Alexy), razão pela qual tais direitos são protegidos por todo o ordenamento jurídico, que restringe as possibilidades de sua limitação à existência de previsão expressa no texto constitucional.

Nesse viés, tem-se que os direitos fundamentais são direitos de defesa do indivíduo contra as interferências do Estado, isto é, limites às ingerências do Poder Público e hoje também de particulares, buscando assegurar a concretização do princípio da dignidade humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual estão dispostos em um vasto catálogo no texto constitucional pátrio e protegidos contra restrições arbitrárias.

Entretanto, onde vige um texto constitucional com extenso rol de direitos fundamentais, não é rara a ocorrência de colisão entre esses direitos, uma vez que nem sempre se verifica uma realização plena, harmoniosa e simultânea entre eles, razão pela qual muitos desses direitos, mesmo assegurados pela Constituição Federal, na prática social e jurídica, acabam restringidos em razão da existência de interesses diversos da sociedade ou do próprio Estado.

Assim, um dos temas de maior relevância dentro da Teoria dos Princípios e dos Direitos Fundamentais reside na questão de suas restrições, bem como das colisões com outros direitos de mesma espécie ou interesses protegidos constitucionalmente, uma vez que tais direitos não são absolutos e tampouco existem critérios objetivos para limitá-los, necessitando adentrar na esfera da interpretação para encontrar uma solução ao caso concreto.

A despeito da aceitação genérica da tese de que os direitos fundamentais não carregam a qualidade de absolutos no ordenamento jurídico, existem na doutrina vários posicionamentos contrários, motivo pelo qual o tema referente às restrições de direitos fundamentais está sempre no centro de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse contexto, destaca-se que a esfera das restrições de direitos fundamentais é composta por duas teorias, ditas teoria interna e teoria externa, as quais são aplicadas e fundamentadas na esfera da interpretação jurídica. A teoria interna rechaça a possibilidade de restrição defendendo que ou o direito fundamental existe ou não, e que dentro de cada direito existem limitações desde o seu início, ou seja, limites determinados no seu próprio conteúdo, sendo tarefa do operador jurídico apenas identificar o conteúdo constitucional do direito e verificar a sua aplicação ao caso concreto, razão pela qual essa teoria não aceita a tese de colisão entre direitos fundamentais e tampouco admite a ponderação de direitos.

Já no que se refere à teoria externa de restrição aos direitos fundamentais, verifica-se a total oposição de conceitos e métodos com relação à teoria interna, uma vez que a externa admite as restrições que decorrem de conflitos entre direitos fundamentais e outros bens constitucionais. A constitucionalidade da restrição é examinada mediante juízo de ponderação, isto é, do sopesamento dos bens em conflito, afastando, parcial ou totalmente, um deles no caso concreto.

No ordenamento jurídico pátrio, admite-se a teoria externa referente às restrições de direitos fundamentais, ou seja, admite-se a possibilidade de limitação de tais direitos mediante juízos de ponderação.

Importante ressaltar que existem esferas distintas de restrição a direitos fundamentais, as chamadas restrições legislativas e as restrições judiciais.

Esta dissertação situa-se no âmbito das restrições judiciais, com foco nas colisões de direitos caracterizadas pelo conflito entre direitos fundamentais ou desses com outros bens constitucionalmente protegidos. Caso em que se aplica a proporcionalidade para que, através da decisão ponderativa, um dos direitos colidentes seja afastado do caso concreto possibilitando a efetivação do outro direito.

Nesse sentido, a análise das referidas colisões é remetida ao Poder Judiciário que, por meio do processo hermenêutico, busca resolver o conflito utilizando elementos e métodos interpretativos constitucionais, com os quais busca solucionar

o caso concreto aplicando a ponderação de bens, tendo-se em conta à máxima da proporcionalidade.

Assim, verifica-se que os temas referentes às restrições de direitos fundamentais e aplicação da proporcionalidade, em especial da ponderação, são extremamente importantes, pois estão vinculados diretamente à proteção da dignidade humana e do próprio Estado Democrático de Direito, por meio da efetivação dos referidos direitos.

Com efeito, é em razão da inexistência de hierarquia entre os princípios em conflito, isto é, pela impossibilidade da adoção de uma regra de prevalência definitiva entre os direitos fundamentais, que surge a necessidade de análise das circunstâncias e relevâncias do caso concreto, remetendo-se a responsabilidade pela valoração e supressão de um dos direitos colidentes ao Poder Judiciário, que através do processo interpretativo e da ponderação dos bens em conflito, medida aplicada com fulcro na proporcionalidade, chega à solução do caso concreto.

A aplicação da ponderação e da proporcionalidade permite a conformação da realidade social com o mundo jurídico. Para tanto exige a valoração dos bens em conflito, razão pela qual admite certa dose de discricionariedade do intérprete, ensejando muitas críticas com relação à legitimidade e racionalidade da decisão ponderativa, haja vista a inexistência de critérios objetivos de controle de sua aplicação, que é de extrema relevância na solução adequada aos problemas referentes à efetivação dos direitos fundamentais em sociedade.

Assim, a aplicação da proporcionalidade e da ponderação está na seara da interpretação e discricionariedade judicial, na qual, muito embora seja necessária a observância das parciais da adequação, necessidade e ponderação para sua efetivação, a falta de critérios objetivos para sua aplicação permite ao intérprete uma valoração subjetiva do caso concreto e a utilização do fator ideológico para solução do conflito. Desta feita, nas decisões ponderativas ou proporcionais, em razão das mesmas determinarem a supressão de um direito fundamental na solução do caso concreto, atingindo a esfera mais importante do indivíduo que é a proteção a sua dignidade, exige-se a fundamentação racional da escolha, sem a qual não se afere legitimidade à decisão.

Nesse contexto, a obrigatoriedade do intérprete de justificar sua decisão na solução de uma colisão de direitos fundamentais através de critérios racionais e objetivos faz com que se priorize a busca de parâmetros de racionalidade para

aplicação da proporcionalidade e, em especial, da ponderação, sendo esse um dos pontos mais controvertidos com relação a sua utilização, haja vista que os mesmos são instrumentos interpretativos de efetivação e restrição de direitos fundamentais.

Com efeito, a própria estrutura da ponderação e da proporcionalidade, de análise do caso concreto sem possibilitar a adoção de procedimentos formais e rígidos que conduzem a uma única resposta correta, enseja dúvidas com relação a sua racionalidade.

Nesse contexto, a inexistência de parâmetros capazes de estabelecer e demonstrar a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade cria a impressão e dá azo ao argumento de que tais instrumentos sejam reconhecidos como meras artimanhas para legitimar decisões políticas e de interesses subjetivos dos intérpretes, isto é, que tais instrumentos são dotados de irracionalidade, tornando-os meros legitimadores de decisionismos judiciais, aferindo legitimidade às decisões orientadas pelo subjetivismo e pela arbitrariedade.

Assim, muito embora a existência de procedimento para aplicação da proporcionalidade e construção de decisões ponderativas, as quais são submetidas à análise da adequação, necessidade e ponderação, que por sua vez é submetida aos critérios da lei de ponderação para estabelecer os pesos de cada bem em conflito, resta uma pequena margem de discricionariedade do magistrado em razão da própria atividade interpretativa.

Nesse contexto, analisa-se a possibilidade da ponderação e da proporcionalidade representar instrumentos racionais ou meros instrumentos legitimadores de escolhas subjetivas, orientadas pela arbitrariedade, configurando o que se chama de decisionismo judicial, ou seja, analisa-se o controle da racionalidade da ponderação e da proporcionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Para tanto, foram desenvolvidos três capítulos específicos, buscando uma possível solução ao problema proposto. Na primeira parte da pesquisa, analisa-se a posição e estrutura das normas de direitos fundamentais, remetendo especial atenção à questão das restrições e colisões desses direitos, uma vez que é nessa seara que reside o foco da aplicação da proporcionalidade, em especial da ponderação.

Após, no segundo capítulo, propõe-se à análise da ponderação e da proporcionalidade, bem como dos seus subprincípios, em especial a ponderação,

que hoje é utilizada não só como parcial da proporcionalidade, mas, também, como método próprio de interpretação constitucional. Ainda, analisam-se as estruturas da ponderação e da proporcionalidade, bem como sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, como instrumentos hermenêuticos de solução de conflitos entre direitos fundamentais e as objeções apresentadas a esses institutos, em especial as críticas referentes à irracionalidade e ao subjetivismo de suas decisões.

Por fim, no terceiro capítulo faz-se a análise de parâmetros de racionalidade aplicados ao processo ponderativo, no qual se busca afastar a subjetividade das decisões e a idéia de que a ponderação e a proporcionalidade sirvam apenas como meros legitimadores de decisões políticas e parciais dos intérpretes constitucionais.

Cabe ressaltar que embora muito já se tenha escrito sobre o tema referente aos direitos fundamentais, suas restrições e os instrumentos com os quais se solucionam conflitos entre os referidos direitos, ou seja, a proporcionalidade e a ponderação, sua relevância jurídica e acadêmica permanece inalterada, pois tais institutos precisam superar as críticas de irracionalidade e encontrar critérios capazes de aferir legitimidade e demonstrar a racionalidade das suas decisões, afastando-as da esfera de discricionariedade, subjetividade e arbitrariedade do julgador.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais e a sua posição no ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico de um Estado é formado por diversas normas jurídicas que representam a positivação de valores sociais de uma civilização, em que a Constituição significa a carta máxima para positivação e proteção desses valores dentro do sistema jurídico, por isso seu objeto é a estruturação do Estado como uma nação política e juridicamente organizada, bem como a positivação e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal¹ representa a norma de maior importância do ordenamento, à qual as outras normas devem se adequar, uma vez que constitui um conjunto de enunciados normativos que formam um sistema coeso de mandamentos jurídicos, razão pela qual é a base do sistema jurídico, uma vez que além de estabelecer a estrutura e o funcionamento dos órgãos de comandar e regular o Estado, alberga as normas fundamentais do mesmo e os princípios com os quais restam positivados os valores fundamentais da sociedade.

Nesse contexto, quando se fala na proteção dos valores fundamentais da sociedade se fala na proteção e positivação dos direitos do homem, que inseridos nos texto constitucional adquirem status de direitos fundamentais. Importante ressaltar que muito embora as expressões direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos sejam utilizadas habitualmente como sinônimas, há uma distinção teórico-conceitual entre elas.

Em princípio, os direitos do homem significavam simples direitos subjetivos, entendidos como a faculdade ou prerrogativa outorgada à pessoa em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu, ou seja, é o reconhecimento da vontade do indivíduo, cujo exercício dependia da simples vontade do seu titular, que deles podia dispor, renunciar ou transferir; porém, em decorrência da evolução social, esses

¹ Para BARCELLOS (2002, p. 14) as Constituições “vem tomando a forma de um repositório geral de esperanças, muitas vezes até excessivamente idealizado em suas potencialidades”, tendo em vista que a Constituição ampliou seus papéis e além de conter normas de estrutura do Estado passou a conter também normas políticas, contendo decisões políticas fundamentais e definindo prioridades e objetivos públicos. É o que se vê na Carta de 1988 que de um lado apresenta as normas de estrutura do Estado, de outro os seus fundamentos como a dignidade da pessoa humana, seguidos de direitos fundamentais e, veiculados ao seu lado encontram-se programas, diretrizes e prioridades para o Poder Público.

direitos tornaram-se normas universais positivadas, deixando de ser meras reivindicações políticas, para transformarem-se em direitos absolutos, invioláveis e imprescritíveis.

Para Alexy (1999, p. 206), os direitos do homem se distinguem de todos os outros direitos em razão de representarem direitos universais, morais, fundamentais, preferências e abstratos. Direitos que são titularizados por todos os homens sobre todas as coisas, cuja positivação e transformação em direitos fundamentais teve por escopo a proteção e efetivação de tais direitos. Nesse contexto, Alexy (1999, p. 209) afirma que “o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo”, razão pela qual “os direitos do homem estão em uma relação necessária com o direito positivo, que está caracterizado pela prioridade dos direitos do homem”.

Com efeito, “os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem”, os quais são direitos inerentes ao indivíduo pela sua mera condição humana e anteriores a qualquer contrato social, são direitos não positivados e chamados de “direitos do homem” (SARLET, 2004, p. 36).

Nesse sentido, Canotilho (1998, p. 369) aduz que

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Assim, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera da ordem jurídica interna de cada Estado, ou seja, são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados pela Constituição do Estado; ao passo que a expressão “direitos humanos”, corresponde aos direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, decorrentes da própria natureza humana, o que lhes confere o seu caráter inviolável e universal, sendo utilizada no âmbito do direito internacional.

No mesmo sentido, Luño (1997, p. 222) afirma que

os direitos humanos representam um conjunto de faculdades e instituições que em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional

[...] quando essa recepção se produz no direito interno, nos encontramos com os direitos fundamentais. No plano internacional tem se mantido a denominação direitos humanos [...].

Com efeito, segundo Pereira (2007, p. 75) do ponto de vista terminológico a expressão “direitos fundamentais” traduz uma noção própria da teoria constitucional recente, uma vez que muito embora a origem do referido termo remonte ao contexto político e cultural que precedeu a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão do séc. XVIII, sua expansão no discurso jurídico só se deu após o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949.

A expressão “direitos fundamentais” designa um conjunto de prerrogativas inerentes à dignidade humana, cujo principal objetivo é garantir uma convivência social digna e livre de privações, pois são os direitos do homem positivados na ordem constitucional de um país. Tais direitos são reconhecidos a todos os indivíduos, independente de suas qualidades sociais e econômicas, representando previsões absolutamente necessárias para consagrar o respeito à dignidade humana e garantir a limitação do poder do Estado sobre o indivíduo, ou seja, representam o principal instrumento para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.²

Segundo Miranda (1998, p. 09),

[...] precisamente por direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.

Portanto, os direitos fundamentais representam os direitos do homem juridicamente constitucionalizados, ou seja, reconhecidos e positivados na ordem interna de cada País e que buscam limitar a atuação do Estado sobre o indivíduo, assegurando a dignidade, liberdade e igualdade, bem como a existência e soberania da democracia. Enquanto os direitos humanos representam os direitos inerentes à pessoa humana que visam garantir a integridade da mesma, bem como, uma vida social digna, livre e igual para todos, são direitos reconhecidos para todos os povos

² Segundo PEREIRA (2006, p. 75) “quando se fala em direito fundamental, aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques. Isso ocorre porque o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento.”

e em todos os tempos, daí o seu caráter universal e a importância de serem reconhecidos e protegidos por todos os Estados, em nível nacional e internacional³.

Ainda, há que se referir que como categoria dogmática do direito constitucional, os direitos fundamentais podem ser compreendidos do ponto de vista formal como aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tal, enquanto do ponto de vista material eles representam aqueles direitos que ostentam maior importância e devem ser reconhecidos em qualquer constituição legítima como forma de efetivação da dignidade humana, bem como para identificar direitos fundamentais fora do catálogo (PEREIRA, 2007, p. 77).

Outrossim, os direitos fundamentais podem ser analisados a partir do enfoque funcional e de uma perspectiva estrutural em que

desde o ponto de vista funcional, é largamente aceita a idéia de que os direitos fundamentais assumem hoje um duplo caráter, ou dupla função, na ordem constitucional. Por um lado atuam no plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual [...] De outro lado, os direitos sustentam uma função (ou dimensão) objetiva, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual. Já a partir de um foco de análise estrutural, cabe, nesse prisma, examinar se estas normas devem ser entendidas como regras ou princípios, ou seja, se o sistema de direitos fundamentais deve ser entendido como um acervo composto apenas de normas-regras, apenas por normas-princípios ou por ambas as espécies normativas (PEREIRA, 2007, p. 77).⁴

Hoje, a positivação dos direitos do homem, chamados de "direitos humanos" (quando positivados na esfera internacional) ou "direitos fundamentais" (quando reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado), representam os direitos que dão fundamento a todos os outros direitos. Por isso, quando inseridos na ordem jurídica positiva de um Estado são garantidos pela Constituição, lei maior que dá origem e validade a todas as demais normas, responsáveis pela criação e proteção dos outros preceitos jurídicos.

A positivação dos direitos fundamentais na ordem interna de cada País revela-se extremamente necessária na medida em que garante ao indivíduo a

³ Oportuna é a afirmação de Branco (2000, p. 125-126), de que muito embora seja evidente a distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, não significa que pertençam a esferas estanques e incomunicáveis entre si, pois há uma interação recíproca entre eles, fato comprovado pela Declaração Universal de 1948 que serviu de base e inspiração para muitas constituições do pós-guerra.

⁴ Ressalta-se que na ordem jurídica pátria, a concepção de direitos fundamentais abarca tanto normas regras como normas princípios. Contudo, tendo em vista o entendimento teórico-constitucional de Robert Alexy, com base no Tribunal Constitucional Alemão, que serve como referência da presente pesquisa, adota-se a idéia de que os direitos fundamentais são formados na concepção de princípios e não de regras.

efetivação de seus direitos, bem como a possibilidade de tutela jurídica frente a ações omissivas ou comissivas violadoras dos mesmos, haja vista que sua constitucionalização não representa apenas uma enunciação formal de princípios, mas sim a plena exigibilidade de direitos garantidores da dignidade humana, razão pela qual a sua proteção judicial e garantia de efetividade é absolutamente essencial para a concretização da democracia.

Nesse viés, verifica-se que as constituições contemporâneas abarcam um texto repleto de direitos fundamentais, preocupando-se essencialmente em estabelecer um regime especial de proteção aos indivíduos. Segundo Pereira (2007, p. 1-2), tal construção se deve em razão do modelo de constitucionalismo adotado na metade do século XX, cuja principal objetivo era reconstruir os sistemas jurídicos dos países europeus e afastar a banalização dos direitos humanos, bem como promover a sua proteção e reconhecimento na esfera internacional, construindo as bases de um estado democrático de direito.

Atualmente, a preocupação do constitucionalismo “é a generalização do esforço de tutelar juridicamente os direitos fundamentais” e garantir sua efetividade jurídica, uma vez que até a metade do século XX tais direitos, como outras disposições constitucionais, não possuíam valor normativo⁵ (PEREIRA, 2007, p. 4).

Ressalta-se que a positivação dos direitos do homem, agora chamados de direitos fundamentais, carrega forte influência da falta de eficácia das declarações de direitos existentes até a metade do século XX e pela necessidade de garantia e proteção aos direitos já declarados. Assim, a história dos direitos fundamentais coincide com a história do constitucionalismo⁶, esse explica as reivindicações que redundaram na consagração de tais direitos e reivindica a segurança jurídica negada pelo Estado Absolutista, uma vez que ambos representam limites normativos ao poder estatal, servindo como instrumento para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito (MENDES, 1998, p. 107).

⁵ Segundo Pereira (2007, p. 4) “os direitos na Europa do século XIX não são nada além de expressão do princípio da legalidade”, ainda afirma que “nessa etapa do pensamento jurídico imperava a idéia de infalibilidade da lei e menosprezo da Constituição e do poder judicial como instrumentos de tutela dos direitos do homem. Com exceção do ambiente norte-americano, onde direitos constitucionalizados e o *judicial review* já eram realidade no século XIX, a discussão relativa aos limites e possibilidades da proteção judicial dos direitos fundamentais em face do parlamento só se disseminou a partir de meados do século XX.”

⁶ Neste sentido Lewandowski (1984, p. 53) afirma que “o objetivo que presidiu à elaboração das primeiras constituições e que ainda permanece o mesmo para as atuais, constitui, basicamente, na contenção do poder e na defesa dos direitos individuais.”

Nesse contexto, a positivação constitucional dos direitos fundamentais representa um marco histórico da humanidade, pois consagra o reconhecimento racional de direitos básicos e universalmente considerados como essenciais à realização digna do ser humano e a garantia do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, depreende-se que se não existir Constituição, não existirá direitos fundamentais, muito embora possam existir direitos do homem, razão pela qual se pode afirmar que os direitos fundamentais alcançaram sua eficácia no âmbito de um Estado Constitucional Democrático, haja vista que

[...] existe um estreito nexo de interdependência genético funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito. (LUÑO apud SARLET, 2004, p. 69)

Nesse sentido, segundo Häberle (apud PEREIRA, 2007, p. 6) em razão dos diversos níveis e formas de eficácia dos direitos fundamentais, bem como na sua onipresença no Estado Constitucional, não se pode achar exagero falar em Estado Constitucional como Estado dos direitos fundamentais.

Assim, é seguro afirmar que a violação sistemática aos direitos do homem fez com que surgisse a necessidade de estabelecer mecanismos de proteção a tais direitos, que a partir do século XX receberam força normativa e asseguraram sua força por meio da vinculação da lei a seus preceitos fundamentais (PEREIRA, 2007, p. 04).

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a idéia de proteção aos direitos fundamentais antes mesmo desses terem adquirido caráter de proteção universal, uma vez que os direitos fundamentais foram inseridos na ordem jurídica interna brasileira ainda nas primeiras constituições, muito embora somente com a Constituição de 1988 a expressão “direitos fundamentais do homem” tenha compreendido os direitos do homem em um amplo sentido, abrangendo os direitos individuais, sociais e políticos⁷.

Desta forma, é na Constituição que se encontram as normas de direitos fundamentais, ou seja, os direitos que garantem ao homem uma vida digna, razão

⁷ Segundo Pereira (2007, p. 5) “no Brasil, a influência norte-americana teve por conseqüência a implantação do controle de constitucionalidade desde a primeira Carta republicana, em 1891. No entanto, os diversos retrocessos autoritários que marcaram a história constitucional brasileira acabaram por tornar inviável um efetivo desenvolvimento da tutela dos direitos individuais antes do advento da Constituição de 1988.

pela qual toma relevo a análise da estrutura das normas que veiculam tais direitos, uma vez que essas normas estão organizadas na Magna Carta com equilíbrio de tal forma que todas estão no mesmo grau de importância e hierarquia, sendo indispensável para aplicação ou restrição dos direitos fundamentais uma investigação sobre a estrutura das normas de definem e regulam tais direitos, ou seja, examinar se essas normas devem ser entendidas como regras ou princípios.

2.2 A estrutura das normas de direitos fundamentais: regras e princípios

Há muitas classificações para as normas, em especial para as normas constitucionais. Entretanto consolidou-se a classificação das normas em regras e princípios, em especial no que se refere às normas de direitos fundamentais⁸.

Vale salientar que a classificação estrutural da norma em regras e princípios é extremamente importante, haja vista a classificação das normas de direitos fundamentais e a sua repercussão quanto à interpretação e restrição de tais direitos. Para Pereira (2007, p. 89), o tema é polêmico em razão do próprio conceito de regra e princípio que é extremamente impreciso, uma vez que, muito embora, o reconhecimento da natureza normativa dos princípios seja objeto de consenso entre os juristas, persistem os problemas relativos a sua conceituação e aos critérios de distinção das regras.

Com efeito, a discussão sobre os princípios e regras ocupa um papel de grande destaque no mundo jurídico atual, razão pela qual são analisados por meio da chamada Teoria dos Princípios⁹. Para Pereira (2007, p. 89-90) nunca se viu tantos estudos e discussões referentes à aplicação, abrangência e importância dos princípios, o que motiva o posicionamento de Ávila (2005, p. 15) de que hoje se vive em um Estado Principiológico.

Outrossim, Pereira (2007, p. 92) refere que

a intensificação do debate sobre os princípios está intrinsecamente conectada às características do constitucionalismo recente e à superação

⁸ Tal classificação aparece na doutrina através de várias referências como Esser, Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy, sendo os dois últimos de maior repercussão e importância no estudo da matéria. Na doutrina nacional, Ávila, Bonavides, Grau, Silva, Steinmetz, Barcellos, Barroso e Pereira se destacam sobre o assunto.

⁹ Expressão empregada por Robert Alexy e amplamente divulgada na doutrina.

do pensamento jurídico formalista, que, como é sabido, atribuía a estes uma função meramente coadjuvante na interpretação.

Ainda, é relevante destacar que a atual posição dos princípios no ordenamento jurídico como instrumentos normativos, foi deflagrada pelos pós-positivistas, uma vez que os positivistas tradicionais negavam a natureza normativa dos princípios alegando que o Direito era concebido como um sistema puro de regras, em que os princípios serviam apenas como auxiliares, ou seja, orientadores na solução de lacunas da lei (PEREIRA, 2007, p. 92).

Nesse contexto, a distinção entre princípios e regras tem grande importância em toda vida da norma, ou seja, em sua interpretação enquanto norma-regra ou norma-princípio, em seu papel no ordenamento a que pertence, bem como em sua eficácia jurídica (BARCELLOS, 2002, p. 45).

Ressalta-se que a análise referente às diferenças entre regras e princípios, configura uma premissa essencial ao estudo das restrições e limites de direitos fundamentais, uma vez que por meio dessa definição e classificação das normas de direitos fundamentais, pode-se chegar à solução de um conflito entre eles.

Para Dworkin (2002, p. 39),

[...] a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem.

Alexy (1997, p. 83), apresenta a teoria dos princípios, fundada em dois elementos basilares, o primeiro referente à distinção teórico-estrutural entre regras e princípios e o segundo referente à tese das precedências ou caráter *prima facie*. Para o autor, as normas são classificadas em normas-regras e normas-princípios, uma vez que tanto as regras como os princípios são razões para a formação do juízo concreto do “dever ser”. Entretanto, as regras correspondem às normas que possuem aplicação específica, ou seja, são prescrições valorativas dirigidas a situações futuras, que proíbem ou permitem algo de forma categórica, sendo aplicadas diretamente ao caso concreto específico.

Nesse contexto, verifica-se que as regras estão dispostas hierarquicamente no ordenamento jurídico, onde em existindo conflito entre elas, resolve-se através da análise da validade das mesmas, excluindo-se uma delas, uma vez que não se permite a convivência simultânea de normas contraditórias no ordenamento jurídico (Alexy, 1997, p. 83).

Para Dworkin (2002, p. 39), as regras são aplicadas ao modo do “*tudo ou nada*”, ou seja, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Ainda, segundo o autor (2002, p.43), “as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes”, desempenhando papéis diferentes na regulação do comportamento. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm.

Nesse caso, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida no ordenamento jurídico. Ainda, segundo Dworkin (2002, p. 43) no caso de conflito entre regras, uma delas não pode ser válida e a decisão de saber qual delas é válida decorre do próprio sistema jurídico ao qual estão inseridas.

Assim, conforme Barcellos (2005, p. 169), as regras são enunciados que estabelecem precisamente os efeitos que pretendem produzir, ou seja, que possuem efeitos determinados e específicos no mundo dos fatos.

Nesse viés, entende-se que as regras representam preceitos impositivos, que impõe mandamento ou ordem, ou seja, são previsões que tutelam situações futuras, ou reconhecem a certas pessoas a faculdade de exigir ou realizar determinados atos. Desta forma, são expressões da conduta humana dirigida a um determinado fim e representam regras impositivo-atributivas que dirigem a vida do homem em sociedade no sentido de obrigar ou proibir determinadas condutas humanas.

Quanto aos princípios, esses se caracterizam pelo seu caráter genérico e aplicação abstrata, exigindo a satisfação e proteção de determinado bem jurídico da melhor forma possível. Assim, os princípios representam instrumentos que dão unidade ao sistema jurídico (CANOTILHO, 1998), isto é, representam, de forma geral, o fundamento e a finalidade do Direito, ou seja, são unidades valorativas de todo o sistema, instrumentos com os quais se pretende dar unidade ao ordenamento como um sistema.

Para Pereira (2007, p. 91) não há uma abordagem doutrinária uniforme sobre princípios, uma vez que “estes são usualmente definidos como pautas que sintetizam certas noções ou valores basilares do sistema jurídico, conferindo-lhe unidade e coerência”.

Silva (1998, p. 81) afirma que a expressão “princípio” exprime a idéia de “mandamento nuclear de um sistema”, ou seja, representa o verdadeiro fundamento

ou a base de todo o sistema, pois através dele pode-se reconduzir, dentro do valor jurídico nele contido, todas as demais normas para o deslinde do caso concreto. Etimologicamente, princípio significa começo, origem, que quando transcrito para a esfera jurídica, expressa a noção de

um enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas posições normativas, postando-se como uma norma de validade geral, cuja abrangência é maior do que a generalidade de uma norma particularmente tomada (BULOS, 2002, p. 37).

Ainda, assevera Freitas (1998, p. 47) que se entende por princípio a diretriz basilar do sistema jurídico, hierarquicamente superior a outras normas e valores, traduzindo-se como norte ao intérprete.

Para Sarmiento (2002, p. 50), os princípios assumem funções essenciais no ordenamento jurídico, pois operam como alicerces desse, representando o fundamento e a finalidade do Direito na medida que fornecem valores a serem aplicados da maior forma possível, com os quais se pode solucionar conflitos concretos, bem como, na ausência de regras específicas exercem a função de normas de conduta, ou seja, servem como meios de integração no ordenamento jurídico para suprir possíveis lacunas.

Os princípios, segundo Alexy (1997, p. 86), são *mandamentos de otimização*, que não se aplicam integralmente e plenamente a qualquer situação, são normas jurídicas que instituem obrigações *prima facie*, na medida que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível podendo ser cumpridos em diferentes graus e segundo as condições reais e jurídicas existentes, ou seja,

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização* que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas [...] (ALEXY, 1997, p. 86)

Castro (apud BONAVIDES, 2005, p. 256), afirma que os princípios são verdades objetivas que na qualidade de normas jurídicas são dotados de vigência, validade e obrigatoriedade, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas de Direito Positivo, e doutro, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

Nesse viés, todo discurso normativo tem que colocar em seu raio de abrangência os princípios, que oferecem clareza sobre o entendimento das

questões jurídicas, por mais complicadas que sejam, no interior de um sistema de normas (BONAVIDES, 2005, p. 275).

Ainda, tendo em vista a importância dos princípios no ordenamento jurídico, afirma o autor que os princípios são classificados em duas categorias: a dos princípios abertos, que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos princípios normativos que se cristalizam em regra jurídica de aplicação imediata, uma vez que não são meros *ratio legis* mas sim *lex* propriamente dita (BONAVIDES, 2005, p.272).

Outrossim, conforme Barcellos (2005, p. 170), um dos pontos que diferencia os princípios das regras repousa no fato de que

[...] as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente ações que devem ser praticadas para obtenção desses fins.

Assim, verifica-se que as regras são enunciados que estabelecem desde logo as ações e os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, enquanto os princípios se preocupam com os objetivos a serem alcançados, sem prescreverem os meios ou ações para obtê-los.

Um dos critérios de distinção entre regras e princípios é a análise da generalidade. Desse modo, verifica-se que as regras são normas dotadas de um grau relativamente baixo de generalidade, uma vez que determinam de forma direta os efeitos de sua aplicação, enquanto os princípios são dotados de alto grau de generalidade.

Outro critério distintivo entre regras e princípios encontra-se na seara dos conflitos normativos. No caso de existir regras incompatíveis para regular um mesmo comportamento ou ação no sistema jurídico, uma delas deve ser eliminada, utilizando-se para tanto o critério da validade da norma, ou seja, os critérios cronológico, da especialidade e hierárquico. Enquanto que, em se tratando de conflito de princípios, o que acontece é que um deles deve ceder ao outro, utilizando-se o critério da ponderação, sem a necessidade de eliminar um deles do sistema jurídico.

Segundo Dworkin (2002, p. 39), o principal fator que diferencia normas regras de normas princípios reside no fato dos princípios ostentarem uma dimensão de peso específico que não está nas regras. Aspecto que é notado nos conflitos

internormativos, pois diante da colisão de dois princípios a decisão resolutiva leva em consideração o peso de cada um deles, onde um cede em favor do outro, já nos conflitos envolvendo regras não é possível adotar a ponderação, pois essas não ostentam dimensão de peso, sendo necessário o afastamento de uma delas a partir da aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias, quais sejam: hierárquico, cronológico e da especialidade.

Nesse viés, tem-se que os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade, isto é, ou a regra é válida e aplicável ou deverá ser afastada do ordenamento. De outro modo, os conflitos entre princípios são solucionados na dimensão de peso ou valor, ou seja, um deles cede em favor do outro na análise do caso concreto, mas não é afastado do ordenamento.

Essa diferença é fundamental na aplicação do Direito, uma vez que permite estabelecer um escalonamento valorativo das regras e princípios, possibilitando uma solução mais adequada ao caso concreto e justificando a unidade e coerência do sistema jurídico.

Ainda, enquanto as regras são impositivas, ou seja, imperativos concretos, que obrigam a todos os seres sociais impondo sanções pelo não cumprimento, os princípios são juízos de valor, portanto não estabelecem razões definitivas, mas apenas critérios ou justificações para aplicações concretas. Com efeito, em virtude dos princípios representarem normas com alto grau de indeterminação, em razão da abstração e generalidade, não são concretizados por meio do processo subsuntivo, requerendo a via interpretativa para sua efetivação, “sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação ao caso concreto” (BONAVIDES, 2005, p. 257).

Nesse contexto, os princípios caracterizam-se como enunciados normativos de caráter aberto, com conteúdo indeterminado, marcado pela abstração, generalidade e elasticidade, razão pela qual representam as normas definidoras dos direitos fundamentais que são concretizados através do processo hermenêutico, na análise do caso concreto¹⁰.

Outrossim, para Pereira (2007, p. 94)

¹⁰ Nessa concepção, todas as normas de direitos fundamentais tem estrutura de princípios, é o chamado modelo puro de princípios que muito harmonizou-se com a noção, já superada, do Direito Europeu de que os direitos fundamentais representavam meros comandos programáticos postos a disposição do legislador. Atualmente, o entendimento dos direitos fundamentais como princípios já não implica negar que esses ostentam um caráter normativo, mas está vinculado à idéia de que as normas de direitos fundamentais podem ser submetidas a ponderação. (PEREIRA, 2007, p. 124)

a relevância dogmática conferida aos princípios não pode ser dissociada da progressiva importância que os direitos fundamentais passaram a ostentar no constitucionalismo atual. De fato, sem embargo da existência de teses que pretendem conferir aos direitos fundamentais o caráter de regras, o fato de estes serem positivados sobre tudo por meio de disposições constitucionais dotadas de abertura semântica e forte carga valorativa favorece sobremaneira a aceitação da idéia de que se trata de princípios.

Assim, segundo Andrade (1987, p. 202) os enunciados que expressam normas de direitos fundamentais fazem referência a conceitos indeterminados e de valor que transportam a história das idéias filosóficas e políticas, motivo pelo qual não podem ser interpretados com os métodos tradicionais existentes no sistema jurídico, haja vista a importância que eles representam para uma convivência social digna.

Desta forma, tendo em vista o conteúdo aberto e variável dos direitos fundamentais, suas normas são estruturadas como princípios no ordenamento jurídico¹¹, possibilitando, na sua efetivação, a ocorrência de choques entre si e com outros valores protegidos constitucionalmente, do que se impõe a restrição de um bem ou direito constitucionalmente protegido.

Importante ressaltar que a relevância sobre a estrutura de direitos fundamentais reside na análise de restrição ou não a suas normas no caso concreto, uma vez que a restrição de uma regra, em razão do seu caráter específico e impositivo, exige o seu afastamento por inteiro do ordenamento jurídico, tendo em vista que ou a norma é válida e aplicável ou não é. Já a restrição de um princípio exige a aplicação da ponderação, pois sua restrição não exige a exclusão do ordenamento jurídico, apenas o seu afastamento na solução do caso concreto.

Nesse viés, a solução para o conflito entre direitos fundamentais vai exigir do operador jurídico a utilização de cânones específicos para interpretação constitucional, onde se fará a ponderação dos interesses em conflito por meio da máxima da proporcionalidade.

Assim, o conflito de princípios se dá não na dimensão da validade, como as regras, mas sim na dimensão do peso de cada um deles (ALEXY, 1997, p. 89), haja vista que as regras representam mandamentos definitivos, destinados a casos

¹¹ Conforme Pereira (2007, p. 125), deve-se ressaltar que a Teoria dos Princípios preconiza um modelo misto de regras e princípios para as normas de direitos fundamentais, conciliando a rigidez do modelo das regras com a flexibilidade do modelo de princípios. “Assim, os catálogos de direitos fundamentais veiculam normas com a estrutura de regras e de princípios. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm a estrutura de regras, mas, atrás e ao lado das regras existem princípios.”

específicos e aplicados por meio da subsunção, obedecendo ao modelo do “tudo ou nada”, isto é, ou é válida ou não no ordenamento jurídico; enquanto os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados na medida mais ampla possível dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas, com aplicação determinada pela ponderação, ou seja, através da valoração dos interesses em conflito, buscando estabelecer qual deles deve prevalecer no caso concreto, levando-se em conta os critérios de justiça prática (MENDES, 2000, p. 181-182), sem exigir a eliminação de um dos princípios colidentes do ordenamento jurídico.

Destarte, é através do processo interpretativo que se dá a aplicação e concretização dos princípios e em especial a ponderação entre eles, ou seja, a valoração dos interesses em conflito e a concretização do texto constitucional e dos direitos fundamentais, independentemente de norma infraconstitucional.

Tal processo interpretativo não segue os métodos hermenêuticos tradicionais, exige a análise da hermenêutica constitucional e têm como instrumentos os cânones apresentados por Hesse, dentre os quais se destaca a unidade da constituição, a eficiência ou interpretação efetiva do texto constitucional e o cânone da concordância prática ou da harmonização, onde se leva a efeito a máxima da proporcionalidade e suas parciais de adequação, necessidade e ponderação.

Com efeito, Andrade (1987, p. 221-222) preleciona que na análise do caso concreto de conflito entre direitos fundamentais, não se pode ignorar que a Constituição protege os diversos valores ou bens em conflito e que não é lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro, sendo necessário procurar a solução através do princípio da unidade da Constituição, isto é, respeitando a proteção dispensada pela norma constitucional aos diferentes direitos ou valores e tentando harmonizar os preceitos divergentes.

Nesse contexto, a colisão de direitos fundamentais, em razão da importância de tais direitos no ordenamento jurídico, bem como a estrutura de suas normas, representa uma colisão de princípios onde, através do processo interpretativo e análise da situação fática, um deles deverá ser restringido na solução do caso concreto.

Tal restrição pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, com observância da importância que cada princípio exerce e o grau de afetação na esfera fundamental de cada indivíduo, razão pela qual é regulada pela máxima da

proporcionalidade que ordena uma relação adequada, necessária e ponderada entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado para tanto.

Importante ressaltar que em se tratando de direitos fundamentais, a conformação de tais direitos entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos se dá por meio de limitações aos preceitos dispostos no texto constitucional, ou seja, por meio de restrições de direitos fundamentais.

Nesse prisma, segundo Pereira (2007, p. 127),

vê-se que a questão concernente ao modelo estrutural das normas constitucionais é extremamente relevante para o tratamento dos problemas concernentes às restrições e limites dos direitos fundamentais. É que entender os direitos como regras, leva a concebê-los como comandos absolutos, insusceptíveis de serem restringidos, enquanto o modelo de princípios conduz à concepção de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Assim, as normas que vinculam direitos fundamentais são estruturadas na forma de princípios e em razão do seu caráter aberto, variável e relativo, admitem colisões entre si e assim exigem determinadas restrições, conforme se analisará no próximo tópico.

2.3 A possibilidade lógica de restrições aos direitos fundamentais: teoria interna e externa

A constituição brasileira vigente, como constituição democrática, abriga um catálogo aberto de direitos fundamentais que, abstratamente, mantêm uma relação harmônica entre si e com outros valores constitucionalmente protegidos. Tais direitos são atribuídos por normas constitucionais estruturadas na forma de princípios, motivo pelo qual se encontram na mesma ordem hierárquica, sem que um possa excluir o outro em razão de especialidade, hierarquia e vigência no tempo.

Entretanto, na vida social, tanto nas relações individuais, quanto nas relações com o Estado, podem ocorrer colisões de direitos fundamentais, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental exclui ou limita o exercício do mesmo ou de outro direito da mesma espécie por outro titular, onde um dos direitos deverá ser restringido para garantir a eficácia de outro.

No plano jurídico positivo, segundo Pereira (2007, p. 133), é necessário harmonizar a ampla gama de direitos consagrados nos textos constitucionais, entre

si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica, razão pela qual, para garantir sua efetividade, se impõem as limitações dos direitos fundamentais, sob pena de se conduzir à ineficácia dos mesmos.

Nesse viés, cabe referir que muito embora os direitos fundamentais carreguem como principal característica a “universalidade”, eles não são absolutos, uma vez que a universalidade significa dizer que tais direitos são atribuídos a todas as pessoas, o que por si só impõem uma limitação ordenadora, capaz de viabilizar a fruição e coexistência dos mesmos num ordenamento jurídico único. Ainda, há que se referir que os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto de direitos e não isoladamente, razão pela qual necessitam ser organizados e coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição (PEREIRA, 2007, p. 133).

Todavia, embora haja concordância quanto ao caráter relativo dos direitos fundamentais, a possibilidade de restrição dos mesmos se apresenta como um dos temas mais polêmicos da teoria dos direitos fundamentais.

Há posicionamento que defende a impossibilidade de restrições de direitos fundamentais, sustentando que “toda atividade legislativa reguladora dos direitos só pode ser de delimitação, ou seja, de fixação de seus contornos (ou limites internos), tendo em vista que o conteúdo constitucional dos direitos não submetidos à reserva legal é irrestringível”, bem como que “a atividade judiciária de interpretação não pode importar em restrições ou afastamento dos direitos, devendo limitar-se a buscar o enquadramento da situação fática posta em juízo na definição constitucional” (PEREIRA, 2007, p. 140).

Dogmaticamente apresentam-se duas teorias que analisam a possibilidade e o alcance das restrições de direitos fundamentais. A primeira é dita Teoria Interna sobre os limites dos direitos fundamentais - ou concepção estrita - e sustenta a impossibilidade de restrições externas aos mesmos considerando que os direitos fundamentais em que não exista restrição expressamente autorizada pela Constituição “não podem ser objetos de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto” (PEREIRA, 2007, p. 141).

Tal teoria rechaça a existência de conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que os limites desses direitos já existem no seu próprio conteúdo, restando à

interpretação judicial a tarefa de identificar o âmbito de proteção, ou seja, o conteúdo constitucionalmente estabelecido e os seus contornos, adequando o fato à norma.

Assim, na teoria interna não há que se falar em conflitos entre direitos fundamentais e tampouco em ponderação de bens. Para Müller (apud PEREIRA, 2007, p. 141), adepto dessa teoria, não existe colisões entre direitos fundamentais ou desses com outros bens constitucionalmente protegidos. O que ocorrem são “pseudocolisões, sendo desnecessário recorrer ao método da ponderação de bens ou valores, pois se trata unicamente de um problema dogmático de interpretação do conteúdo do direito em questão.”

Para Pulido (2005, p. 444), “a teoria interna dos direitos fundamentais constitui um segundo grupo de teorias estruturais, que buscam oferecer critérios para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais vinculativo ao legislador”, representa uma teoria mais elaborada que a teoria do conteúdo essencial, uma vez que não possibilita a divisão do conteúdo dos direitos fundamentais em uma parte essencial e outra periférica, bem como garantindo que tais direitos não sejam afetados por normas restritivas, pois os direitos fundamentais possuem uma validade definitiva, sendo que os únicos limites que conhecem os direitos fundamentais são os que definem os contornos de seu conteúdo.

Vale salientar que a teoria interna se opõe severamente à ponderação de interesses como método de interpretação constitucional, sustentando a impossibilidade lógica de autênticos conflitos entre direitos fundamentais, sustentando que o subjetivismo do processo interpretativo é causa de enfraquecimento dos direitos fundamentais, afirmando, ainda que “a forma adequada de interpretar os direitos em situações de aparente colisão é determinar, a partir de uma leitura teleológica e sistemática, o conteúdo dos direitos” (PEREIRA, 2007, p. 145).

Contrária a teoria interna está à teoria externa dos limites dos direitos fundamentais - ou concepção ampla - defendida por Alexy e sustentando a tese de que os direitos fundamentais são restringíveis tão somente através de necessidades externas de compatibilizar os direitos de vários indivíduos, como também os direitos individuais e coletivos (ALEXY, 1997, p. 268).

A teoria externa de limitação dos direitos fundamentais admite a restrição, mas tendo em consideração a necessidade e adequação da mesma. Assim, a teoria externa esta intimamente ligada à aceitação dos conflitos de direitos fundamentais e

aplicação da ponderação de bens como forma de interpretação constitucional e restrição de tais direitos na solução do caso concreto. Segundo essa teoria os direitos fundamentais admitem restrição desde que estas sejam determinadas pela estrita observância da proporcionalidade.

Nesse sentido, segundo Pereira (2007, p. 151),

[...] a teoria externa é correlativa do modelo de ponderação e da teoria dos princípios. Ampara-se na idéia de que há conflitos entre direitos fundamentais e entre estes e outros bens constitucionais. Sendo os direitos fundamentais concebidos como princípios [...] é possível que sejam restringidos em decorrência de razões antagônicas que em determinadas situações assumiriam maior peso [...] O direito definitivo será extraído depois de empregado o raciocínio ponderativo, tendo-se em conta o imperativo de proporcionalidade.

Assim, conforme dispõe a teoria externa os direitos fundamentais são restringíveis e tais limitações são motivadas pela existência de conflitos entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos, sendo que a legitimidade constitucional da restrição deve ser examinada mediante juízo de ponderação através da aplicação da proporcionalidade.

A doutrina pátria já se posicionou sobre a aceitação da teoria externa de limitação dos direitos fundamentais tendo em consideração a coerência de seus argumentos quanto a existência de conflitos entre tais direitos e desses com outros bens constitucionais, bem como levando em consideração a necessidade da limitação e a aplicação da máxima da proporcionalidade e ponderação de bens para legitimação da restrição.

Quanto à teoria interna, as críticas que se faz remontam ao repúdio referente à existência de conflitos entre direitos fundamentais e a negação da ponderação como método interpretativo, uma vez que num ordenamento formando por um conjunto de direitos fundamentais a existência de conflitos entre tais direitos é uma experiência freqüente.

Ainda, com relação às teorias interna e externa sobre limitação de direitos fundamentais, importante ressaltar a concepção de Vieira de Andrade (1987, p. 281) que associa elementos das duas teorias, sustentando que os direitos não sujeitos à reserva legal são irrestringíveis no plano abstrato e que é possível recorrer à ponderação para solucionar conflitos entre tais direitos no plano concreto. Assim, afirma que só cabem restrições legislativas quando expressamente permitido pela Constituição, sendo restrições aplicadas em caráter abstrato, enquanto as restrições

judiciais operam em caráter concreto, ou seja, nos casos de colisão, por meio da ponderação dos bens em conflito, que deve ser orientado pelo princípio da concordância prática.

Nesse contexto, afirma o autor que a ponderação pode ser empregada pelo legislador quando se esta frente a direitos sujeitos à reserva de lei, e pelo magistrado quando se tem um conflito concreto entre direitos fundamentais e desses com outros bens constitucionalmente protegidos (ANDRADE, 1987, p. 282).

Com efeito, a própria existência de um conjunto de direitos fundamentais, titularizados por todas as pessoas num mesmo ordenamento jurídico, faz surgir, na sua aplicação, uma forte tendência de colisão entre eles. No caso concreto, direitos idênticos se tornam antagônicos, necessitando de limitações recíprocas para solução dos conflitos existentes.

Assim, Pereira (2007, p. 134) afirma que é necessário “promover uma acomodação hermenêutica” devendo um dos direitos fundamentais ceder, parcial ou totalmente, em favor do outro, uma vez que a proteção desses direitos não pode ser efetivada mediante a “prevalência absoluta ou incondicionada de alguns, mas com a afirmação da vigência debilitada de todos.”

Nesse sentido, para garantir a coexistência de direitos fundamentais universais no texto constitucional, definiu-se a existência de limites internos e externos a tais direitos. Os “limites internos” são resultantes do conflito entre valores que representam facetas da dignidade humana, e os “limites externos” são responsáveis pela conciliação das exigências naturais do homem com as exigências da sociedade (ANDRADE, 1987, p. 213).

Importante ressaltar que as restrições aos direitos fundamentais se materializam de várias formas, não apenas nos casos de colisão. Desse modo, tem-se que, por vezes, a limitação de um direito é necessária em razão da própria posição que ocupam no texto constitucional; ou há casos onde o legislador detém autorização constitucional para definir os contornos práticos de aplicação do direito, as chamadas reservas de lei; e, ainda, há os casos de conflitos entre direitos fundamentais, onde a análise e limitação desses direitos são remetidas ao Poder Judiciário que por meio da ponderação dos bens envolvidos afasta a incidência de um deles do caso concreto.

Assim, da própria existência e exercício dos direitos fundamentais verifica-se a necessidade de sua limitação, conforme dispõe a concepção ampla de restrição,

razão pela qual se faz necessário estabelecer o verdadeiro âmbito de proteção, bem como delinear as limitações legalmente cabíveis a tais direitos e os critérios de restrição.

Ainda, a importância da análise das restrições de direitos fundamentais reside na diferença entre limites e colisão desses direitos, uma vez que as limitações apenas definem contornos dos mesmos, enquanto as colisões determinam o seu afastamento.

2.3.1 Limites aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais representam direitos de defesa do indivíduo, tanto contra as interferências de particulares, quanto do Estado, buscando assegurar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se fala tanto na proteção de tais direitos, inclusive na impossibilidade de restringi-los.

Entretanto, muito embora a proteção aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana represente o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, não se pode classificá-los como direitos absolutos ou ilimitados, em razão dos mesmos acompanharem as transformações sociais e carregarem, com isso, um caráter conceitual aberto, o que permite, excepcionalmente, determinadas restrições na sua aplicação. Assim, clara é a existência e a possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais, razão pela qual necessária é a análise de seus efeitos e critérios de aplicação.

Importante ressaltar que várias são as expressões trabalhadas no âmbito de restrição aos direitos fundamentais com o objetivo de definir os contornos, alcance ou afastamento desses direitos na realidade social. Dentre as expressões mais comuns aparecem limites e delimitação, restrição e configuração, ou, ainda, conformação e intervenção.

Dessas expressões, aplica-se restrição e limitação como sinônimas, correspondendo aos “limites ou intervenções que operam uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito que pode ser extraída de sua definição constitucional, mediante o estabelecimento de condições e obstáculos ao seu exercício”, ou seja, a restrição que, legítima ou ilegítima, possa ser produzida no

conteúdo ou no exercício do direito. Enquanto a configuração, conformação, delimitação ou regulação corresponde “a densificação do conteúdo normativo do direito, extraída do detalhamento de seu conceito, da especificação de suas formas de exercício e do estabelecimento de garantias processuais aptas a salvaguardá-los” (PEREIRA, 2007, p. 138).

Nesse sentido, as restrições impostas aos direitos fundamentais representam limitações ao seu âmbito de proteção que, segundo Naranjo de La Cruz (2000, p. 36), outorga uma proteção *prima facie* que só poderá ser destruída mediante a imposição de um limite justificado constitucionalmente.

Segundo Gavara de Cara (1994, p. 158), restrição é a “modificação normativa ou factual, não contrária a Constituição, de algum dos elementos configuradores do direito fundamental (titular, destinatário e objeto) que como consequência afeta o seu exercício.”

Com efeito, se o objetivo dos direitos fundamentais, isto é, seu âmbito de proteção, é garantir o amparo e a efetivação da dignidade humana, a sua restrição não pode importar em desrespeito ao texto constitucional.

Assim, restrição é a limitação autorizada pela Constituição ou não contrária a ela, de um dos elementos caracterizadores do direito fundamental, consistentes no elemento subjetivo, ou seja, nos sujeitos do direito (titular e destinatário), no elemento objetivo, chamado de “âmbito de proteção” ou objeto do direito, e no elemento formal, isto é, nos limites do mesmo e de sua justificação constitucional (STEINMETZ, 2001, p. 28).

No caso de restrição de direitos fundamentais, destaca-se a proteção ao segundo elemento, ou seja, o seu âmbito de proteção, que representa o objeto assegurado por tal direito, isto é, “aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental” (MENDES, 2000, p. 211), ou ainda a extensão máxima de abrangência do direito que representa o conjunto de faculdades ou condutas invioláveis, consideradas como tal em razão de gozarem de uma proteção iusfundamental *prima facie* definitiva, salvo que se demonstre a possibilidade de lhe impor um limite constitucionalmente admissível (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 36).

O âmbito de proteção de um direito fundamental está relacionado à extensão e abrangência da proteção outorgada a seus titulares, bem como à possibilidade de restrições ao mesmo, pois

[...] quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo. (MENDES, 2000, p. 212)

Assim, os direitos fundamentais, em razão de não possuírem como característica geral a condição de “absolutos”, podem, dependendo da necessidade, relevância e análise do caso concreto, sofrer restrições, sem que isso signifique sua total relativização, bem como que não haja ofensa ao seu núcleo essencial, ou seja, ao núcleo inviolável sob pena de afetar a sua existência no ordenamento jurídico, haja vista que isso representaria a destruição da Constituição, que por meio do princípio da unidade impõem a harmonização dos direitos fundamentais entre si, bem como com outros bens constitucionalmente protegidos.

Entretanto, tendo em vista a sua importância, para que um direito fundamental seja limitado é necessário que exista autorização constitucional, em não existindo tal autorização, ou sendo a restrição contrária à Constituição, essa não será válida no sistema jurídico vigente.

Nesse sentido, Alexy (1997, p. 272) afirma que as restrições são normas que estabelecem privações de certas formas de exercício dos direitos, sendo que “as normas só são restrições de direitos fundamentais se são constitucionais”. Assim, não sendo norma constitucionalmente legítima, sua imposição pode ter caráter de uma intervenção, mas não de uma restrição.

Com efeito, Steinmetz (2001, p. 37) afirma que “toda restrição apenas será válida se de alguma maneira for justificada constitucionalmente”.

Segundo Pereira (2007, p. 138), no plano hermenêutico, restrição representa toda interpretação do direito que “conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”. Razão pela qual a restrição representa a parte negativa da norma de direito fundamental, sendo o seu âmbito de proteção a parte positiva (ALEXY, 1997, p. 292).

Ainda, importante ressaltar que as restrições de direitos fundamentais não compõem apenas a esfera abstrata dos direitos, mas também podem surgir na esfera de concretização desses, ou seja, a restrição poderá ser legislativa, quando abordada em lei geral, ou poderá ser produto de interpretação judicial quando levada a efeito através do juízo ponderativo na análise do caso concreto.

Nesse sentido, as restrições podem ser classificadas em duas espécies: as restrições legais, ou ditas abstratas, quando efetivadas no plano legislativo; e as restrições aplicativas, ou ditas concretas, quando efetivadas no plano de concretização do direito. Pereira (2007, p. 205) afirma que

[...] as restrições legislativas operam no plano abstrato e geral, de modo que implicam alterações no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. O recorte operado pelas leis restritivas determina o âmbito de proteção legal vigente do direito, transformando seu conteúdo constitucional *prima facie* em conteúdo legal definitivo. Já as restrições aplicativas operam no plano concreto e individual, repercutindo na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sem afetar seu conteúdo objetivo enunciado na Constituição e nas leis restritivas.

Alexy (1997) propõem a classificação das restrições em direta e indiretamente constitucionais. Desta feita, as restrições diretamente constitucionais derivam de cláusulas restritivas constitucionais expressas ou tácitas, e as restrições indiretamente constitucionais são aquelas autorizadas pelo texto constitucional e que são estabelecidas por normas infraconstitucionais, as chamadas reservas legais.

Convém salientar que as restrições aos direitos fundamentais têm natureza de regras e se apresentam sob a forma da lei, sendo classificadas como limites internos ou restrições diretamente constitucionais, quando expressas no texto constitucional como parte do enunciado normativo que confere um direito fundamental, ou podem aparecer como reserva legal para um determinado direito fundamental, chamado de limites externos ou restrições indiretamente constitucionais, isto é, são normas infraconstitucionais que permitem o legislador ordinário limitar, restringir ou intervir num direito fundamental, com autorização constitucional (STEINMETZ, 2001, p. 29-42).

Neste sentido, as restrições legislativas aos direitos fundamentais, denominadas como reserva legal, podem ser classificadas como restrições legais simples, quando a Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção de tais direitos, exigindo apenas que tal restrição seja prevista em lei diante de expressões como “na forma da lei” ou “a lei regulará”, e restrições legais qualificadas, quando a Constituição não se limita a exigir que a restrição seja prevista em lei, estabelecendo as condições, os meios e os fins a serem utilizados (STEINMETZ, 2001, p. 34-36).

Importante ressaltar que, muito embora a doutrina alemã disponha sobre a existência de uma limitação legislativa a direitos fundamentais sem disposição

expressa de reserva legal, através da chamada teoria dos limites imanentes¹², no ordenamento jurídico pátrio em não existindo reserva de lei expressa aos direitos fundamentais, a Constituição não prevê intervenção legislativa. Assim, diante da falta de reserva legal, somente a colisão entre direitos fundamentais legitimaria o estabelecimento de restrição não prevista no texto constitucional, via análise judicial.

Nesse contexto, Mendes (2000, p. 240) afirma que

[...] apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal.

Entretanto, muito embora a adoção da teoria externa de restrição, cabe ressaltar que os direitos fundamentais não são passíveis de restrição de forma desordenada, uma vez que tais restrições são limitadas ao disposto na própria Constituição, que serve como ente protetor dos referidos direitos, referente à necessidade de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como a juízos ponderativos.

Outrossim, cabe observar que, no Estado Democrático de Direito, não basta apenas previsão constitucional para que um direito fundamental seja limitado, uma vez que tais direitos formam a base do referido modelo de Estado, sendo necessário que

[...] as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na própria Lei Maior, devem atender ao princípio da

¹² Para Steinmetz (2001, p. 44), os limites imanentes fazem parte da discussão sobre restrições de direitos fundamentais, principalmente no que se refere à colisão de tais direitos em não existindo previsão de reserva de lei aos mesmos, haja vista que tais direitos, apesar de não existir uma previsão expressa de limitação, não possuem a característica de absolutos. Tais limites são considerados limites que derivam da ligação interna entre os direitos fundamentais e ou bens constitucionalmente protegidos em razão de uma tensão no exercício dos mesmos por diferentes titulares, tais limites têm por finalidade a justificação das restrições legislativas dos direitos fundamentais sem reserva de lei, uma vez que tal limitação faz parte do próprio sistema de direitos fundamentais, pois “são limites que estão implícitos no sistema, basta explicitá-los ou concretizá-los” (STEINMETZ, 2001, p. 43-44). Porém, a teoria dos referidos limites só será útil se justificar a possibilidade de concretização de limites imanentes pelo legislador ordinário, se assim não o fizer, o conceito de colisão de direitos absorve a noção de tais limites (STEINMETZ, 2001, p. 44). Conforme preleciona Andrade (1987, p. 231), a justificativa para adoção da teoria dos limites imanentes encontra-se no fato de que os direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei podem, na prática, entrar em conflito com outros direitos também protegidos pela norma constitucional. A falta de preceitos constitucionais que autorizem a restrição de tais direitos, pode ser suprida através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que permite ao legislador estabelecer limites aos direitos fundamentais, a fim de assegurar o respeito a esses e às liberdades de outrem, bem como o respeito às exigências da moral, da ordem pública e do bem estar em geral da sociedade democrática (ANDRADE, 1987, p. 232).

proporcionalidade ou da justa medida. Como doutrina Canotilho, uma lei pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias *desmedidas, desajustadas ou desproporcionais* aos resultados obtidos (GOMES FILHO, 1999, p.125).

As normas referentes a direitos fundamentais não possuem finalidade exclusiva de restringir tais direitos, pois muitas vezes têm por fim complementar, ou seja, conferir conteúdo e efetividade aos mesmos, garantindo-os. Assim, as normas referentes a esses direitos podem ser classificadas como normas reguladoras, quando buscam limitar ou restringir o âmbito de proteção de um determinado direito, e normas conformadoras, quando se destinam a complementar e concretizar tais direitos, dando efetividade à garantia constitucional.

Observe-se que, tanto as normas reguladoras, quanto as normas de conformação, deverão ser proporcionais e adequadas para proteção e garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, as normas reguladoras não podem restringir determinado direito tornando-o incompatível com seu núcleo essencial, bem como, uma norma conformadora não pode permitir que seja redesenhado determinado instituto, criando graves conseqüências ao seu titular. Dessa forma, o legislador, ao regular um direito fundamental através de uma norma reguladora ou restritiva, ou, ainda, através de uma norma conformadora, deverá fazê-lo levando em consideração a compatibilização do direito do indivíduo com o interesse da comunidade, ou seja, fazendo a ponderação entre tais interesses, de forma que não haja uma restrição desproporcional e abusiva a um direito fundamental (MENDES, 2000, p. 212).

Nesse sentido, Mendes (2000, p. 213) analisando as restrições aos direitos fundamentais, fazendo referência especialmente ao direito da propriedade, afirma que “as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.”

No texto constitucional pátrio, as principais restrições legais aos direitos fundamentais decorrem da decretação de regime especial ao Estado, em razão de extrema necessidade pública, ou seja, quando se decreta o estado de sítio ou o estado de defesa, onde os referidos direitos poderão ser suspensos, enquanto perdurar a excepcionalidade de regime.

Desta forma verifica-se que o texto constitucional brasileiro não prevê uma reserva geral de lei ao exercício dos direitos fundamentais, porém também não

exclui a possibilidade de limitação dos mesmos. Assim, em não existindo restrição expressa ou previsão de reserva legal a certos direitos fundamentais, considera-se possível que o legislador aplique a teoria dos limites imanentes, sendo que se não o fizer cabe ainda a possibilidade de restringi-los através da interpretação constitucional e da análise em concreto de colisões entre direitos fundamentais.

2.3.2 Colisão de direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamentais é uma experiência freqüente quando se tem um texto constitucional democrático, consagrador de um extenso catálogo de direitos fundamentais, ou seja, de um ordenamento jurídico voltado para a proteção dos direitos do homem, onde os princípios basilares são a dignidade da pessoa humana, a supremacia da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, submetendo todos os indivíduos ao respeito incondicional do disposto no texto constitucional, haja vista que embora os direitos fundamentais mantenham uma relação abstratamente harmoniosa entre si e com os demais valores constitucionalmente protegidos, no seu âmbito de aplicação nem sempre se verifica uma realização simultaneamente harmoniosa, uma vez que o exercício de um direito fundamental, pode limitar o exercício do mesmo ou de outro direito da mesma espécie por outro titular.

Nesse contexto, verifica-se que há colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito por um titular obstaculiza ou se contrapõem ao exercício de um direito de outro titular, podendo se tratar de direitos iguais ou diferentes, ou seja, existe um verdadeiro choque de direitos preceituados no texto constitucional, sem que exista previsão legal de restrição para qualquer um deles. Assim, “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta” (ANDRADE, 1987, p. 220).

Destaca-se que a existência de conflitos entre direitos fundamentais não afeta a estrutura do ordenamento jurídico, uma vez que as normas de direitos fundamentais são, na sua maioria, classificadas como normas-princípios e não normas-regras, uma vez que regras correspondem às normas que possuem aplicação específica, ou seja, são prescrições valorativas dirigidas a situações

determinadas, na regra do tudo ou nada, estando dispostas hierarquicamente no ordenamento jurídico, onde em existindo conflito entre elas, resolve-se através da análise da validade das mesmas, excluindo-se uma delas.

Enquanto os princípios correspondem a “mandatos de otimização” (ALEXY, 1997, p. 86), isto é, representam os instrumentos que dão unidade ao sistema jurídico, possuem caráter genérico e aplicação abstrata, exigindo a satisfação e proteção de determinado bem jurídico da melhor forma possível, sendo analisados na dimensão de peso, onde o conflito entre eles deverá ser resolvido através da valoração dos mesmos ao caso, afastando-se um deles do caso concreto mas mantendo-o no ordenamento.

Desta feita, o conflito de direitos fundamentais, representados por normas constitucionais, decorre da existência de enunciados vagos e abertos no ordenamento jurídico, que, por sua vez, são frutos das constantes evoluções sociais e que não encontram no processo subsuntivo uma resposta para a restrição dos direitos conflitantes.

Ressalta-se que os princípios ocupam posição de relevo no ordenamento jurídico, pois operam como alicerces desse, representando instrumentos que orientam a interpretação e aplicação do Direito, dando coerência ao sistema jurídico e conformando-o aos novos valores e transformações sociais.

Nesse sentido, os princípios assumem grande importância no ordenamento jurídico na medida em que fornecem valores a serem aplicados na maior forma possível (ALEXY, 1997, p. 86), servindo como meios integradores na ausência de regras específica solucionando conflitos concretos do ordenamento jurídico.

Com efeito, destaca-se que os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações, encontrando-se no mesmo grau hierárquico do ordenamento jurídico. Assim, representando direitos fundamentais, os princípios são albergados pelo texto constitucional, cuja aplicação deverá atender a maior abrangência possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, função exercida pelo magistrado no processo de interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

Nesse contexto, Mazzaresse (2002, p. 199-201) afirma que “os conflitos entre direitos fundamentais derivam da proteção de interesses sociais diversos e/ou valores conflitantes que os direitos fundamentais tendem a atuar” e apresenta dois dos principais tipos de conflitos existentes entre direitos fundamentais, os conflitos

que derivam de diversas concessões e de divergência de valores e os conflitos que derivam da impossibilidade de tutela ou atuação de um direito sem violar o outro, “ou ao menos sem delimitar uma possível efetivação”.

Para Barroso (2005, p. 284), em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Assim, no caso de conflito de direitos fundamentais, em razão da inexistência de normas capazes de solucionar o caso concreto, haja vista tratar-se de um conflito de princípios, permite ao intérprete uma valoração subjetiva dos interesses em conflito e a utilização, quase freqüente, do seu fator ideológico para encontrar a solução adequada, possibilitando que em caso de matrizes ideológicas antagônicas dos operadores do Direito existam soluções opostas a uma mesma situação fática, ofendendo o princípio da harmonia e o da unidade da constituição.

Com efeito, na existência de conflito entre direitos fundamentais a análise recai sobre as teorias de restrição de tais direitos. Nesse contexto, conforme afirma Pereira (2007, p. 214)

[...] a tutela dos direitos fundamentais como um conjunto implica, necessariamente, que estes se restrinjam reciprocamente. A positivação simultânea de diversos direitos fundamentais e fins constitucionais, que podem revelar-se conflitantes, opera como uma autorização implícita ao legislador e ao Judiciário para restringi-los, respectivamente, no momento legislativo e no momento aplicativo. O fundamento dessa interpretação é o princípio da unidade da Constituição.

Assim, muito embora não exista previsão específica de restrição no texto constitucional, entende-se que há restrição implicitamente autorizada pela Constituição, autorizando a aplicação de juízo ponderativo.

Nesse viés, em se tratando de conflito entre direitos fundamentais aplicar-se-ão os critérios relativos aos conflitos entre princípios, haja vista que ao contrário do que acontece no conflito entre regras, onde, através da análise no plano da validade, se exclui uma das regras colidentes, no caso de conflito entre princípios a colisão será solucionada pelo Judiciário através da máxima da proporcionalidade e suas parciais de adequação, necessidade e ponderação, onde se levando em consideração o peso e a relevância de cada princípio o juiz escolhe qual deles deverá prevalecer no caso concreto, sem que o outro seja suprimido do ordenamento.

Com efeito, Alexy (1997, p. 89) adverte que

[...] as colisões de princípios devem ser resolvidas de forma totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão [...], um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que tenha que se introduzir no princípio desprezado uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa.

Muito embora a solução para o conflito entre direitos fundamentais possa ser resolvida no âmbito legislativo, quando há previsão constitucional de restrição legislativa, ou seja, através da reserva de lei, é no âmbito do judiciário que se encontra a maior parcela de casos, haja vista que a maioria dos direitos fundamentais dispostos na Magna Carta não possui restrição direta, remetendo ao intérprete a função de afastar um dos direitos colidentes através do processo interpretativo, ou também chamado, hermenêutico constitucional.

Para Farias (1996, p. 93), a solução para o conflito existente entre direitos fundamentais é remetida ao legislador quando o texto constitucional prevê a possibilidade de restrição de tais direitos por lei ordinária, isto é, quando existir a reserva de lei, pela qual o legislador poderá restringir um dos direitos colidentes para solução do conflito, desde que respeitado o núcleo essencial do mesmo. Em se tratando de direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução é remetida à interpretação e análise dos juízes e tribunais, que deverão solucionar o conflito através dos meios existentes no ordenamento jurídico.

Assim, em se tratando de conflito de regras, remete-se o caso para que o intérprete, utilizando o processo subsuntivo, analise a validade das regras envolvidas, no sistema do tudo ou nada, revelando qual delas poderá permanecer no ordenamento jurídico em razão do critério da coerência. Desta forma, frente ao conflito entre regras se utilizam os critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade para solucionar quais das regras é válida e deve ser aplicada ao caso concreto.

Contudo, no caso de conflito de direitos fundamentais, tais critérios revelam-se incapazes de solucioná-lo, haja vista tratar-se de um conflito entre princípios expressos no mesmo grau hierárquico na Constituição, sem que um direito suceda ao outro no tempo, haja vista a função comum de proteção ao princípio da dignidade humana.

Insta salientar que o choque de direitos fundamentais e desses com outros valores protegidos constitucionalmente, resulta do conteúdo aberto e variável destes

direitos, estruturados na forma de princípios, características que se revelam apenas frente a um caso concreto. Nesses casos, a colisão pode ocorrer de duas formas: quando existe colisão entre o exercício de dois direitos fundamentais, ou quando o exercício de um direito fundamental se choca com outros valores constitucionais, ou seja, quando o interesse individual se contrapõe ao interesse da comunidade protegido pelo texto constitucional (FARIAS, 1996, p. 93).

Segundo Steinmetz (2001, p. 64-65), são três as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais: a concorrência entre tais direitos, onde há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais que concorrem para a aplicação no caso concreto; a colisão, propriamente dita, de direitos fundamentais, onde o exercício de um direito fundamental implica no prejuízo do exercício de um direito também fundamental por parte de outro titular; e, por fim, os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.

Outrossim, o conflito de direitos pode envolver interesses individuais ou coletivos, isto é, pode se manifestar entre um direito fundamental individual contra outro direito individual (indivíduo *versus* indivíduo), chamado de colisão horizontal de direitos, ou de um direito individual contra um direito coletivo (indivíduo/particular *versus* Estado/comunidade), chamada de colisão vertical (STEINMETZ, 2001, p. 139).

Dessa forma, ao contrário do que acontece no conflito entre normas, em que, através da análise no plano da validade, se exclui uma das regras colidentes, em se tratando de conflito entre princípios, o mesmo será solucionado através do Judiciário, com meios hermenêuticos próprios, levando-se em consideração o peso e a relevância de cada princípio, a fim de obter qual deles deverá prevalecer no caso concreto, sem que um seja suprimido em favor do outro, através da ponderação de interesses.

Assim, a ponderação representa o método de interpretação constitucional pelo qual se dá a efetivação de um direito fundamental colidente, uma vez que “o princípio através do qual cabe determinar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais, e através do qual se solucionam os conflitos que surgem entre bens jurídico-constitucionais é o princípio da ponderação de bens” (HABERLE apud PEREIRA, 2007, p. 156).

Nesse contexto, para solução da colisão de direitos fundamentais, necessário se faz estabelecer uma restrição a um dos direitos em conflito através da aplicação

da proporcionalidade, tendo em consideração o processo ponderativo, ou seja, a ponderação de bens, conforme prevê a teoria externa de limitação de tais direitos.

3 PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

3.1 Ponderação: aspectos conceituais gerais

Quando se fala em ponderação não se fala simplesmente num conceito jurídico, uma vez que o verbo ponderar está vinculado às idéias de equilíbrio e prudência, razão pela qual faz parte da maioria das escolhas humanas no sentido de analisar e atribuir pesos as situações em análise para se alcançar a melhor hipótese no caso concreto. Nesse contexto, afirma Barcellos (2005, p. 1) que “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”.

No mundo jurídico esse conceito ganhou fundamental importância, pois está presente em todas as esferas do Poder Público, participando principalmente das decisões judiciais, nas quais o intérprete diante de um conflito de enunciados normativos válidos decide identificando qual deles é o mais indicado para a solução do caso concreto, operando assim a ponderação de bens jurídicos.

Segundo Pulido (2003, p. 225) “a ponderação representa a forma pela qual se aplicam os princípios jurídicos”, razão pela qual é um critério metodológico indispensável para o exercício da função jurisdicional, especialmente para aplicação dos direitos fundamentais.

Atualmente a ponderação é reconhecida como método de interpretação e por alguns é equiparada à própria interpretação. Para Pereira (2007, p. 220) “ponderação é a técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto”. Entretanto, conforme expõe a autora, “nas últimas décadas, veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas”.

Nesse sentido, pode-se observar que

o vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada. (PEREIRA, 2007, p. 220)

Para Pulido (2005, p. 563)

por ponderação se pode entender uma forma de tomar decisões, consistentes em sopesar razões que jogam a favor e contra uma específica solução, um método jurídico contraposto à subsunção para aplicar as normas jurídicas, uma forma de fundamentar as decisões em direito e o resultado que essas decisões contém.¹³

Com efeito, a ponderação diz respeito a um sistema de valoração e aplicação de princípios-normas que, conforme Alexy (1997), têm estrutura de “mandamentos de otimização”, sem determinar exatamente o que deve ser feito, mas sim que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, a ponderação opera a valoração do conteúdo dos princípios em conflito, detectando se o conteúdo valorativo do direito protegido é superior ao do direito restringido, ou seja, onde se verifica a relevância e peso dos bens envolvidos no conflito, criando uma ordem de precedência de um direito sobre outro para solução do caso concreto. Dessa forma, a ponderação aparece juntamente com a categorização e a hierarquização como uma técnica para solucionar colisão entre princípios, em especial entre colisões de direitos fundamentais.¹⁴

Ávila (2005, p. 94) define a ponderação como um postulado normativo inespecífico, ou seja, um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”, representando, assim, “mera idéia despida de critérios orientadores de aplicação”. Nesse sentido, defende o autor que a ponderação sem critérios de aplicação é muito mais ampla que o postulado da proporcionalidade (2005, p. 94).

Ainda para o autor em comento, é em razão da inexistência de critérios específicos de aplicação da ponderação e da sua necessidade para tornar o referido postulado em algo útil para o Direito que se busca estruturá-la com os postulados da

¹³ Para Pulido (2003, p. 225), existem duas formas básicas para aplicar as normas: a ponderação e a subsunção. As regras se aplicam mediante a subsunção, ao passo que a ponderação é a maneira de aplicar os princípios. Em sentido contrário encontra-se o pensamento de Pereira (2007, p. 217-218) segundo a qual “o conceito de ponderação não se opõe ao de subsunção, mas o complementa. O juiz, em qualquer caso - seja ele fácil ou difícil - inicia e finaliza o processo hermenêutico com uma operação de tipo subsuntivo. Ainda, a ponderação complementa a subsunção, uma vez que mesmo diante dos casos em que cabe aplicar o juízo ponderativo, o intérprete, antes de ponderar, deverá aplicar o raciocínio subsuntivo para identificar as normas aplicáveis à situação fática, bem como que uma vez construída à decisão ponderativa, a regra de solução do conflito é aplicada mediante ponderação”.

¹⁴ Categorizar significa definir os contornos do direito, ou seja, qualificar as situações fáticas em que se aplica a norma, razão pela qual se pode dizer que a categorização “corresponde ao primeiro estágio do raciocínio judicial”, uma vez que está associada ao modelo de regras e ao processo subsuntivo. Enquanto hierarquização significa o critério pelo qual se estabelecem “hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados”. (PEREIRA, 2007, p. 244)

razoabilidade e da proporcionalidade, bem como direcioná-la mediante a utilização de princípios constitucionais fundamentais.

Destarte, Alexy (2007, p. 110) defende exatamente o oposto afirmando que “a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade”. Refere, ainda, que a proporcionalidade é estruturada e lógica, uma vez que é formada por três subprincípios que analisam a situação fática e jurídica, valorando e sopesando os bens em conflito e otimizando a aplicação de um princípio assim como o próprio conceito determina.

Nesse contexto, as posições contraditórias podem ser entendidas a partir da posição de Gavara de Cara (1994, p. 332) para quem a ponderação de bens “consiste em adotar uma decisão de preferência entre vários bens jurídicos que estão em conflito”, exigindo para tanto a descrição prévia da situação conflituosa, ou seja, da colisão de direitos fundamentais entre si ou com outros bens protegidos constitucionalmente. Bem como, defende o autor, que “o método da ponderação de bens tem se desenvolvido a partir de dois sistemas: a ponderação abstrata e ponderação concreta”.

Segundo o autor (1994, p. 332), a ponderação abstrata é uma comparação fictícia entre bens jurídicos de igual hierarquia constitucional para adotar uma decisão de preferência entre eles, que pode estar prevista expressamente na constituição ou dela pode ser deduzida, mas que deve estar vinculada ao texto constitucional. Com relação à ponderação concreta sustenta que não se pode determinar uma decisão de preferência entre bens constitucionais em conflito, tendo em vista a sua mesma hierarquia, razão pela qual para solução do conflito deve-se adotar o princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto, existindo um conflito real de bens constitucionalmente protegidos a solução resulta da ponderação concreta, ou seja, pela aplicação da proporcionalidade e não pela ponderação abstrata de bens. Entretanto, conforme expõe Steinmetz (2001, p. 143) “parece claro que a ponderação abstrata e a concreta não se excluem”, uma vez que nada impede o intérprete de, antes da aplicação da proporcionalidade, fazer uma ponderação abstrata “apenas com finalidade heurística, como por exemplo, para verificar se há uma colisão real (autêntica) ou se há uma carga argumentativa a favor de um dos direitos em colisão”.

Todavia, não se pode ter apenas na ponderação abstrata a solução de um conflito real entre bens constitucionalmente protegidos, uma vez que nessa espécie de ponderação a valoração dos bens tem elevado coeficiente subjetivo, ou, como diz Larenz (1997, p. 586), de “valoração judicial pessoal”, sendo que

a ponderação de bens não é simplesmente matéria de sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável.

Nesse contexto, é a ponderação concreta que apresenta critérios racionais de aplicação e representa “um método de desenvolvimento do Direito, pois serve para solucionar colisões de normas - para as quais falta uma regra expressa na lei”, exigindo a “observância de princípios gerais do Estado de Direito, como o da proporcionalidade” (LARENZ, 1997, p. 587).

Assim, surge a discussão referente à ponderação concreta servir para operacionalizar a proporcionalidade ou se a proporcionalidade é o instrumento pelo qual se operacionaliza a ponderação. Para Steinmetz (2001, p. 143) é a proporcionalidade que operacionaliza a ponderação. Já Alexy (2007, p. 110) entende a ponderação dentro da proporcionalidade. Concordamos com Steinmetz (2001, p. 144) no sentido de que do ponto de vista prático essa discussão tem pouca relevância uma vez que “de fato, não há como separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade”, haja vista que a proporcionalidade é levada a cabo pela ponderação que constitui seu terceiro elemento estrutural, sendo que em um ou outro existem critérios aplicáveis para legitimar a decisão ponderativa.

Ressalta-se que, mesmo sendo amplamente utilizada como simples processo dialético inerente ao raciocínio jurídico, a ponderação representa, na verdade, o método pelo qual se resolvem conflitos entre princípios, ou seja, o instrumento metodológico destinado a solucionar conflitos envolvendo normas que veiculam direitos fundamentais (PEREIRA, 2007, p. 262).

Entretanto, salienta-se que existe uma parcela de doutrinadores que admite a ponderação não apenas como técnica de solução de conflitos principiológicos, mas sim como técnica de prevalência de regras, isto é, juízo ponderativo para aplicação de regras no caso concreto. Tal posição não reflete o posicionamento do presente trabalho, uma vez que se entende a ponderação como um subcritério da proporcionalidade, ou seja, significando a proporcionalidade em sentido estrito,

razão pela qual se tem a ponderação como o método pelo qual se dá a efetivação da regra da proporcionalidade, construindo uma regra de prevalência relativa na solução do conflito entre princípios.

Nesse contexto, adota-se a posição de Alexy (2007, p. 110) para quem a ponderação faz parte de um princípio mais amplo chamado de princípio da proporcionalidade ou máxima da proporcionalidade, utilizado para resolver conflito entre princípios, principalmente no que se refere a restrição de direitos fundamentais e conflitos entre eles e com outros bens constitucionalmente protegidos, estando assim intimamente ligada a Teoria dos Princípios.

3.2 A máxima da proporcionalidade: aspectos conceituais

O termo “proporcionalidade” representa uma noção de proporção, moderação ou, ainda, de medida adequada, harmônica, justa. Juridicamente, se confere duas noções à referida expressão, a primeira trazendo um sentido amplo, onde a proporcionalidade aparece como uma regra fundamental a ser observada e obedecida por todos que exercem ou suportam o poder; e a segunda, em sentido estrito, onde a proporcionalidade se caracteriza por apresentar uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios através dos quais são efetivados (MÜLLER apud BONAVIDES, 2005, p. 393).

Considerando a primeira noção, a proporcionalidade se estrutura no ordenamento jurídico como um princípio geral do Direito, isto é, um princípio estruturante de toda organização social, uma vez que estabelece uma regra geral não só ao Direito, mas a todas as relações de poder, sejam elas jurídicas, políticas ou sociais, cujos destinatários são todos aqueles que participam da sociedade. Já na segunda noção, a proporcionalidade aparece com um sentido menos abrangente, mas não menos importante. Através dela, se estabelece a relação de controle entre os meios aplicados para chegar a determinado fim, identificando os meios apropriados ou adequados para se alcançar um objetivo legítimo.

Nesse contexto, é através da segunda acepção, de adequação entre meios e fins, que a proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional como um princípio de extrema importância para efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica e social, fortalecendo, com isso, o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a proporcionalidade serve para analisar a relação entre direitos e bens conflitantes, razão pela qual representa “um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais” (PULIDO, 2005, p. 533).

Assim, a proporcionalidade se apresenta como um princípio essencial da Constituição, uma vez que representa uma “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito”, fundado na dignidade da pessoa humana e solidez constitucional (BONAVIDES, 2005, p. 396).

Para Larenz (1993, p. 144-145), o princípio da proporcionalidade deriva da idéia de justiça e representa um critério jurídico-constitucional de ponderação visando a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que

o princípio da proporcionalidade fornece um critério jurídico-constitucional para levar a cabo uma ponderação ajustada de interesses a proteger, sendo o campo de proteção dos direitos fundamentais, por um lado, e dos interesses de dignos de defesa, por outro (...) é um princípio de Direito justo que deriva imediatamente da idéia de “moderação” e de “medida de justiça” no sentido de equilíbrio.

No ordenamento jurídico pátrio a máxima da proporcionalidade¹⁵, muito embora não esteja expressa constitucionalmente, assim como ocorre em vários países¹⁶, representa o meio mais utilizado para a solução dos casos de colisão de direitos fundamentais entre si, bem como desses com os demais valores constitucionais em conflito, pois tem a função de ponderá-los, analisando a adequação entre meios e fins, bem como a utilidade de um ato para a proteção de

¹⁵ Para a maioria dos juristas brasileiros, dentre eles Guerra Filho, Steinmetz, Virgílio da Silva entre outros, a expressão mais utilizada é “princípio da proporcionalidade”. Alexy utiliza a expressão “máxima da proporcionalidade” em razão do conceito de princípio. Para Ávila a expressão mais adequada é “postulado” ou “dever de proporcionalidade”. Barroso entende a proporcionalidade como um princípio instrumental constitucional. Contudo, a imprecisão terminológica da expressão, cuja polêmica do tema serviria para um trabalho próprio, motivo pelo qual não será trabalhada na presente pesquisa, não afeta a sua aplicação pela doutrina e jurisprudência brasileira. Muito embora os Tribunais adotem a expressão “princípio da proporcionalidade”, levando em consideração o sentido de exigência de proporcionalidade, no presente trabalho utilizar-se-á a expressões “princípio, regra e máxima da proporcionalidade” como sinônimas, uma vez que “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 da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente em contraposto a regra jurídica” (VIRGÍLIO DA SILVA, 2002, p. 26).

¹⁶ Cabe referir que a inexistência de previsão expressa no texto constitucional suscita várias discussões com relação ao seu fundamento normativo, mas não com relação a sua aplicação, razão pela qual há na doutrina várias posições com relação ao seu fundamento.

um determinado direito, estabelecendo uma relação de precedência entre tais direitos, que vale como lei na solução do conflito.

Segundo Guerra Filho (2005, p. 406), a essência e destinação da proporcionalidade residem na preservação e proteção dos direitos fundamentais, coincidindo com a essência e destinação da Constituição, razão pela qual é a proporcionalidade reconhecida como “princípio dos princípios”, dando fundamento a um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, para o sistema jurídico brasileiro, a proporcionalidade representa um princípio instrumental de interpretação constitucional. Nesse sentido, essencial referir que a interpretação constitucional assume grande importância no Direito em razão das normas constitucionais representarem um sistema aberto de regras e princípios, em que a Constituição deve ser compreendida como um sistema normativo amplo, dinâmico e intimamente ligado à realidade social, cujos enunciados têm caráter principiológico e estão carregados de conteúdos gerais e abstratos, permitindo a existência de vários choques dentro do próprio texto, exigindo o processo interpretativo como forma de solucionar tais conflitos e concretizar o texto constitucional.

Assim, o processo interpretativo faz parte da aplicação do Direito e principalmente da concretização e efetivação do texto constitucional, uma vez que “sem interpretação o texto é uma mera expressão gráfica posta no mundo, uma justaposição de significantes e enunciados lingüísticos sem importância para a vida social” (STEINMETZ, 2001, p. 77). A atividade interpretativa representa uma forma de interação entre o texto constitucional e a realidade social, em que a “interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição” (STEINMETZ, 2001, p. 77).

Dessa forma, a proporcionalidade e em especial a regra da ponderação representam um importante instrumento interpretativo do texto constitucional, uma vez que constituem uma premissa conceitual, metodológica ou finalística, não expressa no texto constitucional, mas que antecede no processo intelectual do intérprete a solução concreta do problema em exame, motivo pelo qual é reconhecido pela doutrina e jurisprudência (BARROSO, 2005, p. 287-289).

Nesse sentido, a proporcionalidade é considerada pelo jurista como

[...] um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim

constitucional nela embutido ou decorrente do sistema [...]. O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no caso concreto. (BARROSO, 2005, p. 303)

A máxima da proporcionalidade exige do julgador a compreensão e interpretação da norma e da realidade social, no intuito de, através da menor intervenção possível na esfera de atuação dos direitos fundamentais protegendo o seu núcleo essencial, afastar um dos direitos colidentes na solução do caso concreto e efetivar o texto constitucional, promovendo a dignidade da pessoa humana.

3.2.1 Aspectos históricos, normativos e âmbito de aplicação da proporcionalidade

Muito embora a máxima da proporcionalidade desempenhe uma função essencial no ordenamento jurídico, ocupando uma posição de destaque na área constitucional, como o principal meio pelo qual se solucionam conflitos entre direitos fundamentais, restringindo tais direitos tanto no âmbito legislativo quanto judicial, historicamente esse princípio foi “consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade” (D’URSO, 2007, p. 49), uma vez que servia como instrumento de controle de excesso de poder, razão pela qual muitos doutrinadores a chamam de princípio da proibição do excesso.

Mais precisamente, a proporcionalidade surgiu no campo do Direito Administrativo prussiano, no século XIX, estendendo-se para todo Direito Administrativo no século XX, com base na limitação do poder estatal em benefício dos cidadãos, até atingir o Direito Público e o *status* de princípio constitucional na Alemanha no segundo pós-guerra (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Nesse sentido, leciona Steinmetz (2001, p. 147) que

[...] historicamente, verifica-se que o princípio da proporcionalidade surge como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, desenvolve-se e expande-se, e, na contemporaneidade, afirma-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais; no princípio dirigia-se ao Poder Executivo, agora vincula a todos os Poderes Públicos.

Com efeito, para Bonavides (2005, p. 398-399) o princípio da proporcionalidade é antiqüíssimo e teve aplicação clássica no campo do Direito

Administrativo. Entretanto no fim do século XX passou a ser utilizado amplamente no domínio do Direito Constitucional, contudo

enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula ao doutrinariamente ao *princípio da legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra em ascensão, atada ao *princípio da constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade (...) A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. (...) Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Nesse contexto, atualmente a proporcionalidade representa um postulado de máxima importância no direito constitucional de âmbito universal, uma vez que serve para conciliar o direito com as transformações sociais, em especial nos casos de colisão entre direitos fundamentais, principalmente na esfera de vigência dos Estados Democráticos de Direito, cujo fundamento se encontra na proteção e efetivação desses direitos.

Muito embora não exista referência explícita do princípio da proporcionalidade no texto constitucional vigente, isso não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência e aplicação como forma de alcançar a justa aplicação do Direito, uma vez que se trata de um princípio denominado aberto (GUERRA FILHO, 2005, p. 406-407), cujo principal objetivo é o equilíbrio, isto é, a harmonização dos direitos fundamentais concorrentes em busca de sua máxima eficiência.

Entretanto, a ausência de enunciado normativo expresso traz como conseqüência a discussão sobre a fundamentação normativa referente a tal princípio, "*conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultado", uma vez que não existe certeza sobre qual a sua base específica no ordenamento jurídico (STEINMETZ, 2001, p. 159).

Nesse sentido, surgiram vários posicionamentos para justificar a existência do referido princípio no ordenamento jurídico, como a utilização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda

do próprio Estado de Direito, conforme entendimento do Tribunal Constitucional Alemão (STEINMETZ, 2001, p. 160).

Contudo, parte da doutrina¹⁷ admite como legítimo fundamento ao princípio da proporcionalidade a cláusula do *due process of law*, ou seja, o princípio do devido processo legal, cuja base normativa foi a cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215¹⁸, e inserido no texto positivo através das emendas 5^a e 14^a da Constituição americana (BARROSO, 1998, p. 198). No ordenamento jurídico brasileiro o referido princípio aparece enunciado no artigo 5^o, LIV, da CF/88, representando garantia especial e assegurando que toda intervenção estatal na esfera de direitos fundamentais respeite a exigência de necessidade, adequação e justa medida, objetivando a harmonização e eficácia dos direitos concorrentes (BUECHELLE, 1999, p. 147).

Nesse contexto, Barroso (1998, p. 199) defende que a proporcionalidade decorre do princípio do devido processo legal que, por sua vez, aparece ao lado do princípio da igualdade e desempenha um importante instrumento de defesa dos direitos individuais, através do controle das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Ainda, como base para justificar a existência e aplicação da máxima da proporcionalidade, aparece uma corrente que defende a pluralidade de fundamentos normativos constitucionais, onde ora se concebe a proporcionalidade como princípio geral do direito, implícito com fundamento no Estado de Direito, ora com fundamento no princípio da dignidade humana, ora no princípio do devido processo legal e até como um princípio decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como a teoria dos princípios de Alexy (STEINMETZ, 2001, p. 167).

No ordenamento jurídico brasileiro, existem inúmeras bases normativas válidas para justificar a existência e aplicação do princípio da proporcionalidade; contudo, merece destaque o princípio do Estado de Direito¹⁹, que justifica a proporcionalidade como um meio de concretização da justiça, e o princípio do devido

¹⁷ Citem-se, por exemplo, Mendes (2000, p. 83) e Barroso (1998, p. 198).

¹⁸ Cabe ressaltar a posição de Luis Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o Razoável, RT-798, 2002) no sentido de que a Magna Carta de 1215 é fonte do princípio da razoabilidade e não da proporcionalidade. Ainda, que a aplicação da proporcionalidade só ganhou importância entre os ingleses a partir de 1998, com o *Human Rights Act*.

¹⁹ Segundo Steinmetz (2001, 160), a posição de que a proporcionalidade deriva do Estado de Direito foi adotada principalmente na Alemanha e na Espanha. Canotilho concebe a proporcionalidade como um subprincípio concretizador do Estado de Direito, tese que também foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio.

processo legal, que limita a intervenção do Estado na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, buscando assegurar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, muito embora a vigência da proporcionalidade no ordenamento constitucional pátrio não esteja expressa textualmente, sua utilização na solução de conflitos de direitos fundamentais é incontroversa, sendo adotado em todas as instâncias, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões.

Quanto ao âmbito de atuação, segundo Canotilho (1998, p. 264-268), a máxima da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, assume hoje a função de controle sobre a adequação dos meios administrativos aos fins almejados, bem como de valoração e balanceamento dos direitos ou interesses em conflito, sendo que

[...] o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por *actos* dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos e bens jurídicos de qualquer espécie (SARMENTO, 2001, p. 58).

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, subentendido no princípio da proibição do excesso, aplica-se a todos os atos do Poder Público, bem como de particulares, relativos a conflitos e limitações ou restrições de direitos fundamentais, de tal sorte que representa a mais concreta concepção de Estado Democrático de Direito, uma vez que tem a função de proteção dos direitos fundamentais, colaborando, então, para a redução das desigualdades sociais.

Para Sarmiento (2001, p. 57), a proporcionalidade desempenha um papel extremamente relevante no controle de constitucionalidade dos atos do poder público, na medida em que permite, de certa forma, a penetração no mérito do ato normativo para aferição da sua razoabilidade²⁰ e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida.

Assim, no contexto de aplicação da proporcionalidade verifica-se a sua direta vinculação ao Direito Constitucional, em especial a Teoria dos Princípios e dos Direitos Fundamentais, principalmente no que se refere à concretização e

²⁰ Importante ressaltar que o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade não se confundem, muito embora a posição de muitos doutrinadores, dentre eles Mendes, Barroso, Buechele, Toledo, entre outros, seja no sentido de que tais expressões são sinônimas.

fundamentação das normas de direitos fundamentais na solução de conflitos entre eles.

Nesse contexto, Pulido (2005, p. 134) afirma que “o princípio da proporcionalidade se aplica quando se deve concretizar e fundamentar uma norma adscrita de direito fundamental”.

Desta forma, a proporcionalidade aparece como meio de efetivação dos direitos fundamentais na medida em que determina através da ponderação a aplicação de determinado princípio e/ou direito na solução de um caso concreto.

3.2.2 Natureza jurídica da proporcionalidade

Quanto à natureza jurídica da proporcionalidade tem-se a existência de duas correntes: a substancialista e a formalista. A primeira atribui um caráter material ou substancial a proporcionalidade, constituída de conteúdo determinado e valorativo, classificando-a, segundo Larenz (apud STEINMETZ, 2001, p. 155), como um “princípio jurídico-material” porque decorre diretamente da noção de justiça. Dessa forma, “a doutrina material ou substancialista enxerga a proporcionalidade como medida de justiça” (GOES, 2004, p. 63).

Em razão desse conteúdo valorativo material, decorrente da idéia de justiça, segundo a corrente substancialista, a proporcionalidade indica critérios materiais conformadores da decisão normativa que soluciona o conflito constitucional (GOES, 2004, p. 63), remetendo o intérprete a uma única solução, uma vez que ele estará subordinado aos critérios existentes para o caso a ser analisado.

Já a corrente formal atribui à proporcionalidade uma aplicação procedimental, ou seja, a proporcionalidade é um procedimento cuja finalidade é solucionar o caso concreto através da análise das normas substanciais, revelando-as por meio da adequação, necessidade e ponderação, sem apontar os critérios materiais para a solução dos conflitos (GÓES, 2004, p. 63).

Desta forma, segundo a corrente formal, pode-se chegar a várias soluções para um conflito de direitos fundamentais, tendo em vista a peculiaridade de cada caso concreto.

Para Serrano (apud STEINMETZ, 2001, p. 156) a proporcionalidade não possui um caráter meramente substancial e tampouco formal, uma vez que

[...] à primeira vista o princípio parece ser meramente formal, no sentido de que apenas obriga a ponderar, sem indicar critérios materiais para a solução dos conflitos. Porém, uma análise mais rigorosa, que considere principalmente o desenvolvimento histórico do princípio, desde o Direito Administrativo de polícia até o Direito Constitucional contemporâneo, mostra que o princípio da proporcionalidade é, ao mesmo tempo, um princípio formal e material. Tem, portanto, dupla dimensão. O princípio não é uma cláusula neutra, que apenas manda ponderar, sem considerar os interesses e valores em jogo. [...] o princípio tem que ser compreendido considerando-se os interesses que protege. Não é um princípio vazio de conteúdo. Ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados.

Nesse sentido, quanto à natureza jurídica da proporcionalidade, há as correntes substancial e formal, bem como uma terceira que considera a proporcionalidade com natureza mista.

Entretanto, a sustentabilidade da corrente material não encontra argumentos quando se está frente às críticas e exigências de quais os critérios materiais devem ser adotados diante do caso concreto, uma vez que levando-se em consideração a noção de justiça, a proporcionalidade assume diferentes conteúdos materiais conforme os diferentes casos em que é aplicado e os interesses em jogo (STEINMETZ, 2001, p. 156-157).

Com efeito, afirma Góes (2004, p. 64) que

[...] enquanto na seara formal tem-se a situação definida, objetivada procedimentalmente, no aspecto material aflora o subjetivismo, a vagueza e a inconsistência do modelo, ao se vincular à investigação da justiça.

Nesse sentido, aderindo ao entendimento de Alexy, Ávila, Guerra filho, dentre outros, adota-se a corrente formal como natureza jurídica, uma vez que sua aplicação em cada caso não leva a uma única decisão, mas a decisões diversas conforme a especificidade do conflito em análise. Assim, a proporcionalidade é considerada uma máxima formal “porque abstratamente não possui conteúdo determinado, apenas concretamente” (STEINMETZ, 2001, p. 157), razão pela qual não apresenta um critério material de decisão, mas um procedimento que conduz à solução do caso concreto.

Para tanto, a máxima da proporcionalidade é formada por três parciais (que também podem ser chamados de subprincípios, postulados ou critérios), ditas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação propriamente dita (ALEXY, 1997, p. 111-112). Tais parciais representam o parâmetro para regular a conduta do magistrado quando se encontram em pauta

conflitos e limitações de direitos fundamentais, dando legitimidade ao ato judicial de restrição a um desses direitos colidentes na solução do caso concreto.

3.2.3 As dimensões da proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação

A máxima da proporcionalidade está composta por três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essas dimensões são de extrema importância na formação e aplicação da proporcionalidade, na medida em que fornecem argumento para legitimar a aplicação ou restrição de um princípio ou direito fundamental, bem como, em razão dos subprincípios da proporcionalidade, expressarem a real pretensão contida no conceito de princípio, qual seja: de alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas (ALEXY, 2002, p. 27).

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade está vinculado à teoria dos princípios e à teoria dos direitos fundamentais, em especial à idéia de aplicação dos princípios e inclusive da definição de “otimização” dos mesmos, uma vez que “os três subprincípios da proporcionalidade definem o que deve se entender por otimização” (ALEXY, 2002, p. 26).

Assim, para concretização do princípio da proporcionalidade, as parciais devem ser aplicadas de maneira sucessiva e escalonada na análise do caso concreto, de tal forma que a impossibilidade de qualquer uma delas interrompe o processo, sem submeter o caso à parcial subsequente, ou seja, afasta a aplicação da proporcionalidade naquele caso concreto.

Desta forma, para aplicação da máxima da proporcionalidade na solução de um conflito entre princípios constitucionais, é imprescindível a observância da adequação e necessidade do sacrifício de um dos valores constitucionais para salvaguarda de outros, ou seja, só se justifica o sacrifício, a restrição de um direito fundamental se tal medida mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, isto é, de outro direito também essencial ao ser humano, bem como se não houver outra alternativa menos gravosa para o caso concreto, uma vez que o benefício obtido com a restrição ao direito antagônico compensa o sacrifício imposto (ANDRADE, 1987, p. 223).

Nesse contexto, para aplicação da máxima da proporcionalidade e legitimidade da decisão restritiva de um direito fundamental, necessário se faz a análise da adequação, necessidade e ponderação da medida.

A primeira etapa de aplicação da proporcionalidade para restrição de um princípio ou bem constitucionalmente protegido, em especial direitos fundamentais, se refere à análise do subprincípio da adequação da medida ao fim pretendido.

Nesse contexto, o critério da “adequação” representa a compatibilidade, a conformação entre o meio e o fim pretendido, determinando que “toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir na obtenção de um fim constitucionalmente legítimo” (PULIDO, 2005, p. 689).

O critério da adequação é também chamado de princípio da idoneidade ou da conformidade, em que a decisão normativa, meio de restrição ao direito fundamental, deve ser apropriada para atingir o fim perseguido, ou seja, através da adequação deve-se verificar, no caso concreto, se a decisão restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Nesse sentido, Ávila (2005, p. 120) defende que a adequação do meio escolhido pelo Poder Público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribui para a promoção do fim.

Para Pereira (2007, p. 324-325) a adequação “exige que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo”. Com efeito, para que se tenha a legitimidade do fim é imprescindível que “a restrição atenda dois requisitos: em primeiro lugar, que vise a atingir um fim constitucionalmente legítimo; e em segundo lugar, que consubstancie um meio instrumentalmente adequado à obtenção desse fim.”

Outrossim, quanto à parcial da idoneidade ou adequação, no que se refere a sua capacidade de contribuir para realização de um fim, pode-se classificá-la em duas escalas: idoneidade qualitativa e idoneidade quantitativa.

Nesse sentido, Pereira (2007, p. 328) leciona que

uma medida é qualitativamente idônea quando, por sua própria natureza, revela-se apta para facilitar o atendimento do fim perseguido. Isso significa que determinado meio pode contribuir com maior ou menor eficácia e qualidade para consecução da finalidade buscada. E do ponto de vista quantitativo, um meio pode ser considerado idôneo conforme contribua mais

ou menos para obtenção do fim, ou seja, segundo viabilize a implementação de um número maior ou menor de aspectos concernentes ao fim.

Assim, no juízo de adequação da medida restritiva de direitos fundamentais é necessário que se identifique claramente o meio e o fim que estruturam a restrição, sendo que caso se verifique que o meio a ser aplicado na solução da colisão de direitos fundamentais não é considerado adequado, ou seja, idôneo ou capaz de atingir o fim pretendido, qual seja: a realização do outro direito em conflito, a mesma não poderá ser aceita no ordenamento jurídico.

A dimensão da necessidade constitui a segunda fase do processo de concretização da proporcionalidade e se refere à análise das medidas restritivas de direitos fundamentais, impondo-se à adoção da medida menos lesiva aos referidos direitos.

O critério da “*necessidade*” ou “*exigibilidade*” representa o exame referente à existência de meios que possam promover o mesmo fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados (ÁVILA, 2005, p. 122), ou seja, representa a comparação entre a medida adotada e outros meios para chegar a solução do caso concreto, sendo considerada como “necessária” a medida quando não existe outra forma mais eficaz e menos gravosa de restrição dos direitos fundamentais colidentes.

Nesse sentido, Bonavides (2005, p. 397) expõe que a análise do critério da necessidade deve levar em consideração que “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.”

O subprincípio da necessidade trabalha o grau de afetação dos princípios para definir qual deles é a melhor escolha para o caso concreto do que se pode reconhecer claramente a idéia de otimização dos princípios uma vez que exige a escolha, dentre dois meios igualmente idôneos, do mais benigno com o direito fundamental afetado, razão pela qual representa uma expressão do ótimo de Pareto (ALEXY, 2002, p. 28-29).

Nesse sentido, Alexy (2002, p. 29) afirma que a existência de um meio benigno e igualmente idôneo pode melhorar uma posição sem que isto represente custo para a outra, igual o que ocorre com a idoneidade que leva a cabo uma seleção de meios.

Dessa forma, verifica-se que o subprincípio da necessidade é uma complementação do subprincípio da idoneidade, uma vez que esse seleciona vários meios para aplicar ou restringir um princípio e a necessidade determina qual deles é o mais benéfico para atingir o fim pretendido sem aumentar a afetação dos outros.

A terceira dimensão do princípio da proporcionalidade é a “*proporcionalidade em sentido estrito*”, ou seja, a “ponderação”²¹ propriamente dita. Essa dimensão representa a concretização do princípio da proporcionalidade uma vez que é nela que se dá efetivamente a aplicação de um princípio, bem como a valoração dos princípios em conflito, ou seja, é a dimensão que trabalha efetivamente com o sopesamento dos conteúdos envolvidos.

Segundo Alexy (2002, p. 30)

enquanto mandamentos de otimização, os princípios não só exigem a maior realização possível com as possibilidades fáticas, mas também a maior realização possível em relação as possibilidade jurídicas. Estas últimas se determinam fundamentalmente pelos princípios que jogam em sentidos opostos. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, como terceiro subprincípio da proporcionalidade, expressa o que significa otimização em relação aos princípios que jogam em sentido contrário.

Com efeito, a ponderação faz parte da estruturação lógica da proporcionalidade. Assim, para se proceder à análise da ponderação, a medida restritiva de um dos princípios deve ter passado pelas dimensões de adequação e necessidade, para só então ser analisada na ótica ponderativa.

Todavia, até a aplicação da ponderação, a análise que se faz é meramente de adequação e necessidade da medida restritiva, ou seja, se contribui para promover o fim proposto e se realmente é necessária, se não existe outro meio de solucionar o conflito. Assim, se a medida restritiva for considerada idônea e exigível, passa-se à ponderação, pela qual se faz a valoração dos interesses em conflito, isto é, se analisa o conteúdo e peso de cada princípio colidente e através de uma relação de precedência relativa afasta-se um deles da solução do caso concreto.

Tal critério está baseado na “lei da ponderação” de Alexy (1997, p. 161): “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tão maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.

²¹ Ávila entende que a ponderação é um postulado e não se confunde com a proporcionalidade, uma vez que aquele “exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.” (2005, p. 116)

Assim, para fazer a valoração dos bens em conflito, com o fim de determinar a precedência de um sobre o outro no ordenamento jurídico, uma vez que todos estão no mesmo grau hierárquico e de importância na efetivação da dignidade da pessoa humana, deve-se passar por três estágios. No primeiro define-se o grau de interferência em um dos princípios; no segundo define-se a importância da satisfação dos princípios que atua em sentido contrário; e no terceiro, verifica-se se a importância do princípio contrário justifica ou não a afetação do primeiro princípio (BUSTAMANTE, 2006, p. 88).

Quando se fala em ponderação deve-se analisar o custo-benefício da medida adotada, bem como se é justificável a interferência na esfera dos direitos fundamentais do cidadão e até que ponto tal interferência é adequada e necessária para solução do caso concreto. Nesse contexto, a ponderação de bens representa o método pelo qual se aplica o princípio da proporcionalidade, através do qual se realiza a real comparação e moderação entre os bens envolvidos no caso concreto, de tal forma que um deles prevalecerá sobre o outro.

Nesse sentido, Góes (2004, p. 78) afirma que a ponderação é “um critério de interpretação constitucional, método que objetiva integrar a proporcionalidade no seu exercício”, razão pela qual se afirma que a “proporcionalidade é o gênero enquanto a ponderação é a espécie na qual se dá a atividade de avaliação de custo-benefício da aplicação ou restrição da norma na solução do caso concreto”.

Entretanto, só se justificará o sacrifício, a restrição de um princípio - em especial de um direito fundamental - se tal medida mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, ou seja, de outro direito também essencial ao ser humano, bem como se não houver outra alternativa menos gravosa para o caso concreto, uma vez que “o benefício obtido com a restrição ao direito antagônico compensa o sacrifício imposto ao mesmo” (ANDRADE, 1987, p. 22).

Dessa forma, uma decisão normativa para se conformar ao princípio da proporcionalidade deverá ser apta para os fins a que se destina, bem como representar o meio menos gravoso para que se atinjam tais fins, sendo os seus benefícios sempre superiores às desvantagens que possam proporcionar.

Assim, a decisão só vai ser considerada proporcional e legítima se, primeiramente, o fim a que se destina seja constitucional, depois se for considerada adequada, depois necessária e, por fim, se for ponderada, estabelecendo, conforme

Alexy (1997, p. 92), uma relação de precedência condicionada entre os direitos em conflito.

3.3 Estruturas da ponderação

Com efeito, o exame da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, exige a comparação entre a importância da realização de um fim e a intensidade da restrição de um direito fundamental, razão pela qual é classificado como um exame complexo, ainda mais pelo fato da análise referente ao que será considerada vantagem ou desvantagem para o resultado ponderativo depender de uma avaliação fortemente subjetiva, abrindo a possibilidade de ao invés de combater a prática de atos arbitrários de restrição a direitos fundamentais, criar subterfúgios para a própria prática de tais atos (ÁVILA, 2005, p.113-124).

Nesse contexto, em razão da importância da ponderação no ordenamento jurídico, uma vez que a mesma representa o meio pelo qual se dá a aplicação dos princípios, bem como se legitimam as suas restrições - em especial de direitos fundamentais -, para sua concretização é necessária a adoção de um processo de ponderação capaz de legitimar a valoração feita na decisão final. Tal processo está baseado na Lei de Ponderação.

Ressalta-se que não se fala aqui na aplicação das dimensões da proporcionalidade para legitimar a decisão ponderativa, mas sim da existência de estruturas próprias para aplicação da ponderação, isto é, para aplicação da terceira dimensão - a proporcionalidade em sentido estrito -, que faz parte do processo de operacionalização da proporcionalidade.

O processo de ponderação é composto por etapas chamadas de estruturas da ponderação, cujo principal objetivo é legitimar a decisão ponderativa apresentando a forma pela qual se chegou à valoração final dos bens em conflito.

3.3.1 Estrutura da ponderação segundo Alexy e Pulido

Na visão de Alexy (2002) e Pulido (2003) para estabelecer uma relação de precedência entre os princípios em conflito é necessária a aplicação da Lei da

Ponderação que é complementada pela fórmula de peso e pelas cargas de argumentação.

Nesse contexto, três são os elementos que formam a estrutura da ponderação: a lei da ponderação, a fórmula de peso e a carga de argumentação.

a) A lei da ponderação

Nesse sentido, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tão maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1997, p. 161).

Com efeito, para aplicação da lei da ponderação há três passos claros, o primeiro referente ao grau de afetação de um dos princípios colidentes, o segundo referente à definição de conteúdo e importância do princípio contraposto e o terceiro no qual se analisa se a importância do princípio contraposto justifica a afetação ou não-satisfação do outro, isto é, o seu afastamento para o caso concreto (ALEXY, 2002, p. 32).

Ressalta-se que o primeiro e o segundo passo da lei da ponderação são análogos, pois em ambos os casos a análise procura estabelecer o grau de afetação do primeiro princípio e a importância da satisfação do segundo princípio (PULIDO, 2003, p. 227).

Dessa feita, tem-se que a principal operação da lei da ponderação é determinar o grau de afetação dos princípios. Segundo Alexy (2002, p. 40), tal grau pode ser determinado pela aplicação do denominado “modelo triádico”, composto por uma escala de três intensidades de valoração e afetação dos princípios (leve, médio, intenso).

Ressalta-se que tal análise leva em consideração o caso concreto, uma vez que a valoração dos princípios ocorre pela contraposição, razão pela qual o referido “sistema de valoração tem lugar tanto na prática cotidiana como na argumentação jurídica” (ALEXY, 2002, p. 41).

Todavia, conforme Pulido (2003, p. 228), a análise do grau de afetação dos princípios no caso concreto, não representa a única variável relevante para determinar se a satisfação de um justifica a afetação do outro, pois existe uma segunda variável chamada de “peso abstrato” dos princípios relevantes.

Nesse contexto, Pulido (2003, p. 228) afirma que

a variável do peso abstrato se funda no reconhecimento de que, apesar de as vezes os princípios que entram em colisão tenham a mesma hierarquia em razão da fonte de direito em que aparecem – por exemplo, dos direitos fundamentais que estão na Constituição e tem a mesma hierarquia normativa-, em ocasiões um deles pode ter uma maior importância em abstrato, de acordo com a concepção dos valores predominantes na sociedade.

Outrossim, conforme Pulido (2003, p. 228) existe na lei da ponderação uma terceira variável, denominada de variável S, “que se refere à segurança das apreciações empíricas, que versam sobre a afetação da medida examinada no caso concreto”. Tal variável determina a existência de um grau distinto de certeza quanto à afetação, cuja classificação levará ao reconhecimento do peso a determinado princípio.

Nesse sentido, a aplicação da lei da ponderação estabelece um peso para cada princípio em conflito, que deverá ser analisado na segunda etapa da ponderação.

b) A fórmula do peso

A valoração dos princípios em conflito é a base da Lei da Ponderação. Entretanto para se chegar ao valor correto de cada interesse analisado deve-se aplicar a fórmula que determina o peso de um princípio frente às circunstâncias do caso concreto. Tal fórmula é denominada como “fórmula do peso” e complementa a lei de colisão e de ponderação (ALEXY, 2003, p. 41).

A fórmula do peso é uma fórmula aritmética que determina o peso de cada princípio no caso concreto, por meio da divisão dos resultados do produto referente à afetação do princípio em concreto, seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas relativas a sua afetação, de cada princípio colidente (PULIDO, 2003, p. 229).

Para tanto, Alexy (2002, p. 43) atribui um valor numérico para cada uma das variáveis no seguinte sentido: levando em consideração o grau de afetação e o peso abstrato, devem-se verificar a classificação na escala e atribuir os seguintes valores: ao grau leve, valor 1; ao grau médio, valor 2; e grau intenso, valor 4. No que se

refere à variável segurança das premissas fáticas, atribui-se os seguintes valores: seguro - 1, plausível - $\frac{1}{2}$, e não evidentemente falso - $\frac{1}{4}$.²²

Assim, os resultados obtidos determinam o peso/valor de cada princípio, definido a precedência entre eles, ou seja, determinando a decisão ponderativa ou, em caso de empate entre esses valores, deixando-os à análise do terceiro elemento que se refere às cargas de argumentação.

c) As cargas de argumentação

O elemento referente à carga de argumentação é aplicado no processo ponderativo no caso de ocorrer empate entre os valores obtidos pela fórmula do peso. Entretanto, Alexy (2002, p. 46) afirma que, com a aplicação da fórmula do peso, na realidade não existe empate entre os valores obtidos para cada princípio e se existirem são em casos muito remotos.

Todavia há que se ressaltar que o próprio Alexy não chega a uma posição adequada com relação à solução no caso de empate, uma vez que apresenta posições diferentes na suas obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Epílogo*, uma vez que na primeira defende a existência de uma carga argumentativa a favor da liberdade e igualdade jurídica, razão pela qual nenhum princípio oposto à liberdade ou igualdade poderá prevalecer sobre eles. Já na segunda obra, o autor se posiciona afirmando que nos casos de empate não se julgaria a favor da liberdade e igualdade, mas sim em favor do legislador e do princípio democrático (PULIDO, 2003, p. 231).

²²Para esclarecer a aplicação da fórmula de peso, Pulido (2003, p. 230) apresenta o seguinte exemplo: “o peso do direito à vida e à saúde da filha de evangélicos poderia ser estabelecida da seguinte maneira, abaixo do pressuposto de que a afetação destes direitos se catalogue como intensa (IPiC = 4) igual ao seu peso abstrato (se trata da vida!) (GPiA = 4), e a certeza das premissas (existe um risco de morte) (SPiC = 1). Paralelamente, esta a satisfação da liberdade de culto e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos pais que pode catalogar-se como média (WPjC = 2), seu peso abstrato como médio (a religião não representa a vida ou a morte) (GPjA = 2) e a segurança das premissas sobre sua afetação como intensa (pois é seguro que ordenar levar a filha a um hospital supõe uma restrição a liberdade de culto) (SPjC = 1). A aplicação da fórmula de peso ao direito à vida e à saúde da menina apresenta o seguinte resultado: $GPi,jC = 4.4.1 / 2.2.1 = 16/4 = 4$. De forma correlata o peso da liberdade de cultos e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos pais seria a seguinte: $GPj,iC = 2.2.1 / 4.4.1 = 4/16 = 0,25$.” Desta forma, o valor da satisfação da liberdade de culto que é de 0,25 não justifica a intervenção no direito à vida e à saúde que são afetados em valor 4. Assim o direito à vida e à saúde precedem ao direito de culto.

3.3.2 Processo Ponderativo de Barroso e Barcellos

Para Barroso (2004, p. 09-11) “a ponderação consiste numa técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”, cujo processo é organizado em três etapas: a) identificação dos elementos normativos em tensão; b) identificação dos fatos relevantes; e c) decisão.

Barcellos (2005, p. 92) defende a ponderação como técnica de solução de conflitos normativos em geral, isto é, tanto para regras como para princípios, razão pela qual estabelece que a ponderação só será necessária se o conflito não puder ser superado pelas técnicas tradicionais de solução de antinomias e, assim como Barroso, organiza a sua aplicação nas mesmas etapas acima, afirmando que

na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta as soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a concordância prática de todos os elementos normativos em jogo (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Na análise do processo ponderativo proposto, verifica-se que as duas primeiras etapas não apresentam nenhuma solução ao caso concreto, representando fases existentes em qualquer processo interpretativo, diferenciado-se pela terceira fase, em que a decisão decorre da análise dos pesos atribuídos a cada elemento normativo em disputa (BARROSO, 2004, p. 11). Nesse sentido, sendo a etapa decisória a de maior relevância no processo ponderativo, Barcellos (2005, p. 125) descreve três diretrizes que devem pautar a atividade do intérprete, afirmando que

em primeiro lugar, o intérprete deve estar comprometido com a capacidade de universalização tanto dos fundamentos empregados no processo, como da decisão propriamente dita. Em segundo lugar, e como já referido, os esforços do aplicador nesta fase devem ter por meta a concordância prática dos enunciados normativos em conflito. Por fim, uma terceira questão que não pode ser negligenciada nesta fase, quando ela envolva direitos fundamentais, diz respeito ao núcleo dos direitos e o limite que ele representa à ponderação.

A ponderação em análise apresenta o princípio da proporcionalidade como fio condutor do processo ponderativo, ou seja, a ponderação como método de aplicação e legitimação do processo ponderativo (BARROSO, 2004, p. 11).

Barcellos (2005, p. 124) admite a ponderação como uma técnica vazia de conteúdo, razão pela qual “a organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições”.

Com efeito, as etapas apresentadas por Barroso e complementadas por Barcellos, em razão de sua clareza de aplicação, podem servir como a alternativa mais própria para legitimar a decisão ponderativa na colisão de princípios e operacionalização da proporcionalidade, uma vez que é de simples aplicação e conduz a uma decisão justificada e legítima para solução do caso concreto, permitindo, ainda, a construção de determinados parâmetros de racionalidade para a ponderação, matéria que é extremamente discutida com relação à ponderação e a própria proporcionalidade.

3.3.3 Processo ponderativo de Ávila

Conforme já exposto, Ávila (2005, p. 94-95) reconhece a ponderação como um postulado inespecífico, ou seja, sem critério de aplicação, que trabalha o sopesamento de bens jurídicos, interesses, valores e princípios. Afirma o autor que “a ponderação sem estrutura e critérios materiais é instrumento pouco útil para aplicação do Direito” razão pela qual propõe três etapas para estruturar a ponderação.

A primeira etapa representa a preparação da ponderação, ou seja, a identificação dos elementos a serem ponderados e dos argumentos cabíveis. A segunda etapa refere-se à realização da ponderação, em que vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. E, por fim, a terceira etapa que representa a reconstrução da ponderação, mediante a formulação de regras de primazia entre os elementos “com a pretensão de validade além do caso” (ÁVILA, 2005, p. 95-96).

Com efeito, cabe ressaltar que a pretensão do autor de encontrar soluções que vão além do caso concreto busca criar uma noção estática da ponderação sem

a análise das circunstâncias do caso concreto, o que pode acarretar muitas implicações negativas com relação a sua utilização, pois criaria uma lista de precedência definitiva entre os elementos em conflito sem dar possibilidade de ter em conta as peculiaridades de cada caso, ou seja, determinando uma única resposta correta na aplicação da ponderação.

Muito embora existam vários processos e estruturas de aplicação da ponderação, várias são as críticas a sua utilização. Tais objeções não se referem apenas à ponderação, mas atingem também a própria proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, o princípio da proporcionalidade e os seus subprincípios, dentre eles a ponderação de bens.

3.4 Objeções à aplicação da proporcionalidade e da ponderação

Muito embora a proporcionalidade seja amplamente invocada como técnica de solução de conflitos entre princípios, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, existem muitas críticas dirigidas a sua aplicação, em especial à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, à ponderação de bens.

No que se refere à proporcionalidade, as objeções mais freqüentes estão compreendidas na ameaça à separação dos poderes, em especial ao equilíbrio entre Poder Legislativo e Poder Judiciário; e a violação dos princípios da segurança jurídica e da igualdade (STEINMETZ, 2001, p. 193-198). Tais objeções já foram, em muito, superada pela própria aplicação e acolhida da proporcionalidade como método de desenvolvimento e aplicação do Direito, razão pela qual não merecem grande aprofundamento.

Todavia, as objeções mais sérias à proporcionalidade são desferidas em face do seu terceiro elemento, qual seja: a ponderação de bens. Tais objeções atacam a ponderação enquanto método, isto é, enquanto procedimento racional e, consecutivamente, a possibilidade de controle e fundamentação de seus resultados (STEINMETZ, 2001, p. 199).

Tais objeções são ditas metodológicas e se fundamentam essencialmente no subjetivismo das decisões valorativas, negando a possibilidade de uma ordem de valores racional. Alexy (1997, p. 152) ao apontar a objeções descreve que existem objeções específicas contra a ordem de valores e contra a ponderação, que se

sustentam pelos argumentos de que o discurso dos valores destruiria a transparência das decisões judiciais e a ponderação atribuiria uma falsa racionalidade privada de fundamentação real. Todavia, afirma o autor que os argumentos de irracionalidade são derrubados pela própria concepção de princípios sustentada em sua teoria.

Pulido (2005, p. 159) apresenta como objeções ao princípio da proporcionalidade a sua aplicação como um critério irracional e subjetivo, bem como a carência de legitimidade do Tribunal Constitucional para aplicá-lo, tendo em vista que os subprincípios da proporcionalidade não podem ser aplicados e nem controlados por critérios jurídicos objetivos, razão pela qual representam meras camuflagens para as valorações políticas do Tribunal Constitucional. Por isso não se pode admitir a legitimidade desse órgão na aplicação da proporcionalidade e tampouco que esse princípio represente um critério confiável para aplicação de direitos fundamentais.

Para Barcellos (2005, p. 50-53) várias são as críticas que se fazem especialmente à ponderação, dentre elas destacam-se: 1) a ponderação como uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico, em razão da ambigüidade das noções de balanceamento ou sopesamento e pela inexistência de parâmetros racionais que impede o controle da decisão ponderativa; 2) o elevando subjetivismo na interpretação jurídica, decorrente da inconsistência metodológica e ensejador de arbitrariedade e voluntarismo; 3) a transmutação do Estado de direito, firmado na legalidade e segurança jurídica, para um Estado de ponderação; 4) a violação ao princípio da separação dos poderes; 5) a submissão do texto constitucional à decisões políticas e imprevisíveis; e 6) o enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Com efeito, segundo Pereira (2007, p. 506) as críticas à ponderação podem ser sintetizadas em duas linhas de argumentação, quais sejam:

[...] i) a alegada irracionalidade do raciocínio ponderativo, que ostentaria um inevitável viés subjetivo a permitir que os juízes imponham suas preferências morais, dissociando-se das prescrições emanadas do Poder Constituinte e, correlatamente; ii) a carência de legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para sopesar interesses contrapostos, de modo que o emprego dessa metodologia configuraria uma usurpação da competência do Poder Legislativo para conformar a Constituição.

De fato muitas são as críticas feitas à ponderação e à proporcionalidade, entretanto todas têm como pano de fundo o mesmo argumento de que a ponderação metodologicamente enseja excessiva subjetividade e irracionalidade.

3.4.1 O princípio da proporcionalidade como um critério irracional e subjetivo

A falta de racionalidade e o excesso de subjetividade representam a primeira objeção grave apontada ao princípio da proporcionalidade, uma vez que atinge a estrutura de procedimento metodológico da ponderação.

Nessa concepção, o princípio da proporcionalidade e em especial a ponderação, representam um mero argumento formal e vazio, isto é, uma “metáfora carente de todo ponto de referência objetivo, um tópico ininteligível que graças a sua força persuasiva [...] ostenta uma grande capacidade para mascarar as valorações subjetivas e irracionais” (PULIDO, 2005, p. 160).

Com efeito, a irracionalidade e a subjetividade são apontadas tendo em consideração a idéia de que o princípio da proporcionalidade não admite aplicação racional uma vez que está intimamente ligado à solução de conflitos entre direitos fundamentais, cuja resposta não pode ser alcançada mediante a declaração de nulidade ou invalidez de algum dos direitos, mas sim pela aplicação de uma prevalência condicionada entre os direitos em conflito, fruto da análise do caso concreto e do juízo de ponderação integrante da proporcionalidade (PULIDO, 2005, p.162). Nesse sentido,

toda aplicação do princípio da proporcionalidade resulta arbitrário e incontrolável, e toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não é senão um artifício retórico de camuflagem de uma decisão dotada de razões emotivas, políticas ou de outra índole, mas em todos casos alheio ao direito (PULIDO, 2005, p. 161).

Para os defensores desse ponto de vista, a análise do caso concreto com suas implicações e circunstâncias inviabilizam, na aplicação do princípio da proporcionalidade, a adoção de critérios objetivos para solução dos conflitos, uma vez que esses representariam pontos de referência obrigatórios ao intérprete tolhendo desses a possibilidade de decidir de forma diversa da que determinada pelos critérios.

Nesse contexto, Alexy (1997, p. 157) adverte que a objeção de irracionalidade se sustenta pela concepção de que a ponderação não admite controle racional, uma vez que os princípios e os valores não regulam por si mesmos a sua aplicação, estando sujeitos ao arbítrio de quem os realiza, abrindo um campo de subjetivismo e decisionismo judicial, uma vez que “onde começaria a ponderação, cessaria o controle por meio de normas ou métodos”.

Com efeito, a grande crítica reside no fato de a proporcionalidade ampliar desmedidamente a competência dos intérpretes na valoração dos bens em conflito, permitindo estabelecer em cada caso quais são os critérios mediante os quais se analisa e aplica a ponderação (PULIDO, 2005, p. 165).

No mesmo sentido, Gavara de Cara (1994, p. 293) aponta as insuficiências da ponderação de bens em razão de sua utilização não estar expressamente prescrita no texto constitucional, induzindo valorações subjetivas incontroláveis e a um esvaziamento do conteúdo material dos direitos fundamentais e a sua relativização.

Ainda, seguindo a concepção de irracionalidade e subjetividade, uma segunda objeção é apresentada: a falta de clareza conceitual do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação na solução de problemas jurídicos “consiste basicamente no exercício de uma técnica de poder, mediante a qual se produzem decisões que não são suscetíveis de controle”, resultando assim em decisões subjetivas e irracionais (PULIDO, 2005, p. 174). Para essa objeção, a falta de critérios objetivos para determinar o que é adequado, necessário e proporcional, outorga aos juizes um amplo grau de subjetividade, razão pela qual se critica a aplicação da proporcionalidade.

Por certo as posições analisadas não podem ser subestimadas e possuem certas relevâncias a serem consideradas, como o fato da análise ponderativa ser fruto de concepções subjetivas de quem pondera, haja vista que, segundo Pereira (2007, p. 272) “a ponderação é permeável a considerações morais e acomoda certa dose de discricionariedade”, pela sua própria natureza de análise das situações fáticas e jurídicas envolvidas no conflito a ser solucionado.

No entanto, tais objeções não são suficientes para determinar a irracionalidade da proporcionalidade e da ponderação, bem como para afastar sua aplicação na solução de conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que “aceitar que a ponderação envolve certa dose de discricionariedade não é o mesmo que afirmar que se trata de uma metodologia destituída de parâmetros racionais” (PEREIRA, 2007, p. 273), haja vista que a ausência de objetividade integral não é uma característica exclusiva da ponderação e da proporcionalidade, estando presente em todo processo interpretativo que demanda uma posição do intérprete na aplicação da norma.

Com efeito, nesse sentido, Pereira (2007, p. 273), afirma que “a ponderação pode fornecer maior objetividade e transparência ao discurso judicial do que oferece o esquema puramente subjuntivo”.

Nesse contexto, verifica-se que a própria estrutura da proporcionalidade apresenta elementos argumentativos reais para legitimar a decisão ponderativa, impossibilitando que direitos fundamentais possam ser restringidos por mera liberalidade do intérprete jurídico, bem como que por meio da ponderação se possa justificar e sustentar qualquer resultado arbitrário tomado pelo intérprete.

Conforme sustenta Pulido (2005, p. 177), “a clareza conceitual é desde logo a principal condição de racionalidade que todo o conceito ou critério jurídico deve cumprir para poder ser utilizado na interpretação constitucional”. Nesse sentido, a proporcionalidade é o princípio que apresenta a estrutura mais clara e lógica para proceder a valoração de bens em conflito, uma vez que seus subcritérios são aplicados de forma pontual e sucessiva, onde um complementa a decisão do outro, razão pela qual não se sustenta a objeção de falta de clareza conceitual da proporcionalidade.

Ainda, acrescenta o autor que dois outros argumentos são utilizados para fundamentar a irracionalidade da proporcionalidade e da ponderação, a incomensurabilidade e a dificuldade de identificar os direitos e bens objetos de ponderação. Nesse aspecto cabe referir que o grande ponto de ataque a irracionalidade da ponderação refere-se a impossibilidade de criar uma lista predefinida de pesos e valores a cada princípio, capaz de determinar uma hierarquia entre eles na análise do caso concreto, uma vez que não existe entre os princípios ordem hierárquica e a prevalência de um sobre outro, na solução de um conflito, é relativa, ou seja, leva-se em consideração a análise do caso concreto.

Nesse sentido, refere Pulido (2005, p. 183) que a adoção de uma lista fixa de prevalência entre princípios e direitos fundamentais, acarretaria grandes desvantagens na aplicação da ponderação, uma vez que conduziria a uma jurisprudência mecânica, sem contar com as relevâncias de cada caso e a pluralidade de argumentos desenvolvidos na aplicação da proporcionalidade.

Para Alexy (1997, p. 157) as objeções não possuem força para demonstrar que a ponderação carece de racionalidade, mas são eficazes em demonstrar que o resultado ponderativo é fruto da análise do caso concreto, razão pela qual a ponderação não conduzirá sempre ao mesmo resultado, mas sim ao melhor

resultado para o caso em análise, decisão essa que deverá ser amplamente fundamentada. Tal posição tem como base a lei de colisão, que estabelece uma precedência condicionada dos direitos em conflito e a lei da ponderação, que se operacionaliza através da aplicação da proporcionalidade e seus subprincípios.

A análise das objeções demonstra claramente que a negativa de racionalidade à proporcionalidade está baseada na falta de uma lista ordenada de valores que acarretam na liberdade do intérprete na valoração dos bens em conflito, bem como na possibilidade da ponderação ser utilizada como um instrumento legitimador de arbitrariedades judiciais na esfera de direitos fundamentais, legitimando meras decisões políticas do intérprete, uma vez que não há um resultado definitivo.

Para tanto, Alexy (1997, p. 158) propõe um modelo de fundamentação capaz de justificar o resultado da ponderação como uma decisão racional de preferência condicionada, ou seja, uma fundamentação na qual se distingue o processo psíquico que conduz à determinação do enunciado de preferência, da sua fundamentação, onde o enunciado de preferência possa ser racionalmente fundamentado.

Nesse contexto, “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”. Assim, o problema de racionalidade da ponderação reside na possibilidade de fundamentação racional dos enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre os bens em conflito (ALEXY, 1997, p. 159).

Dessa forma, para verificar a racionalidade da proporcionalidade e a legitimidade de sua decisão, necessário se faz analisar o resultado alcançado pela ponderação, bem como os critérios de fundamentação e argumentação utilizados pelo operador no processo interpretativo.

Com efeito, no processo de operacionalização da proporcionalidade, para que a decisão ponderativa - restritiva de um direito fundamental - seja considerada válida no ordenamento jurídico, além da aplicação das parciais da adequação, necessidade e ponderação, necessária será a sua justificação, uma vez que a ponderação só poderá ser considerada válida se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente (ALEXY, 1997, p.159).

Para Steinmetz (2001, p. 155) o procedimento metódico pelo qual se operacionaliza a máxima da proporcionalidade pressupõe

[...] (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim seja constitucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e, (d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

Com efeito, não basta a aplicação da proporcionalidade e suas parciais para a validade da decisão ponderativa. É necessária a análise da racionalidade e da justificação da medida, uma vez que a proporcionalidade representa um procedimento interpretativo para a efetivação e proteção de direitos fundamentais, restringindo um deles quando se encontra em conflito, envolvendo decisões jurídicas que não são tomadas com base no processo subsuntivo, uma vez que utilizam critérios que não estão no ordenamento jurídico, mas sim critérios interpretativos que possam alcançar a resolução do caso concreto, causando uma grande discussão referente aos critérios objetivos determinantes para sua aplicação, bem como a justificação de tais decisões como forma de legitimá-las.

Assim, a máxima da proporcionalidade representa um meio hermenêutico de efetivação do Direito, uma vez que exerce a função especial de efetivar os direitos fundamentais através da atividade jurisdicional e com isso dar eficácia ao texto constitucional, corroborando a idéia de Estado Democrático de Direito e promovendo a dignidade da pessoa humana. Contudo, a proporcionalidade não se confunde com os cânones da interpretação, haja vista esses operarem no âmbito subsuntivo enquanto a ponderação representa uma alternativa a essa técnica.²³

Nesse contexto, o resultado da ponderação e aplicação da proporcionalidade terá que ser fundamentado racionalmente, em razão da importância dos direitos fundamentais, através de um processo racional e argumentativo contido na decisão judicial, sem o qual a ponderação não passa de um procedimento arbitrário de decisão.

Vale ressaltar que além da fundamentação racional, faz-se necessário a busca de possíveis parâmetros que possam afastar a idéia de subjetivismo extremo e demonstrar a racionalidade do processo ponderativo por meio de critérios lógicos de valoração dos princípios em conflito permitindo a fundamentação e certeza quanto a resposta alcançada.

Nesse contexto, o argumento de falta de parâmetros metodológicos capazes de atestar a racionalidade dos resultados encontrados na aplicação da proporcionalidade e da ponderação serve como pano de fundo para todas as

²³ Nesse sentido, Pulido (2005, p. 538-564). Em sentido contrário, Pereira (2007).

objeções apontadas a esses institutos, razão pela qual necessário se faz a análise da racionalidade para que se chegue a ponderação não como um simples modelo de decisão, mas sim como um modelo de fundamentação de enunciados de preferência entre princípios em conflito.

4 PARÂMETROS DE RACIONALIDADE À PONDERAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE

A racionalidade da ponderação é o objeto de estudo de muitos doutrinadores²⁴ que buscam encontrar parâmetros capazes de assegurar objetivamente a certeza da decisão ponderativa na colisão de princípios, em especial de direitos fundamentais, declarando a solução encontrada como a única ou a melhor resposta para o caso concreto. Todavia, são raros os que esclarecem qual a definição de racionalidade, se essa deve estar presente na própria da ponderação enquanto tal ou se a racionalidade deve ser um predicado das decisões dos intérpretes, portanto, do resultado da aplicação da ponderação.

Assim, muitas são as discussões sobre a racionalidade da ponderação, ora exigindo que a racionalidade apareça na valoração de peso utilizada na lei da ponderação, por meio de escalas objetivas fixadas previamente, ora declarando que a ponderação é racional quando seu resultado pode ser racionalmente fundamentado, ou seja, quando a racionalidade aparece na motivação da decisão ponderativa, por meio da aplicação de critérios ou pela argumentação desenvolvida.

Nesse contexto, antes de falar sobre os critérios de racionalidade referentes à aplicação da ponderação e da proporcionalidade, é necessária uma breve análise sobre a definição geral de racionalidade²⁵.

4.1 Racionalidade, motivação e argumentação

A idéia de racionalidade está ligada à razão, que se traduz na faculdade de estabelecer conceitos e proposições de modo não intuitivo, trabalhando com o discurso segundo as regras da lógica do raciocínio, cujos resultados são passíveis de comprovação. Entretanto, segundo Pulido (2005, p. 236), o termo racionalidade é

²⁴ Dentre eles destaca-se Alexy (2003), Pulido (2005), Barroso (2004), Barcellos (2005), Teixeira (2002).

²⁵ Frise-se que a abordagem não tem o intuito de esgotar o tema e tampouco de discutir filosoficamente as origens da racionalidade fundada na razão e na lógica. Busca apenas localizar o leitor no tema que está sendo abordado. Nesse contexto, em uma análise sintética, buscar o racional nada mais é do que trabalhar com a versão contrária do irracional, uma vez que esse é facilmente detectado na vida social e jurídica.

ambíguo, razão pela qual está no centro dos debates filosóficos durante as últimas décadas.

Para Monteiro (2004, p. 52) “a polissemia do vocábulo *razão* é o primeiro obstáculo para se tratar do tema racionalidade no Direito, em geral, e das decisões judiciais, em particular”.

Destarte, muito embora a ambigüidade do termo, Pulido (2005, p. 237) define a racionalidade como uma propriedade ou um atributo que decorre dos atos que seguem a razão e que quando aplicada no mundo jurídico aparece como uma propriedade que se atribui aos comportamentos dos destinatários do Direito e as ações e decisões dos operadores jurídicos, razão pela qual “um dos principais aspectos da racionalidade é a chamada racionalidade da decisão jurisdicional”.

Para Teixeira (2002, p. 07), a idéia de racionalidade está vinculada ao conhecimento objetivo da realidade, sendo “necessário reduzir o espaço para interferências oriundas de paixões, crenças e demais expressões de subjetividade”, permitindo, assim, “uma progressiva identificação entre racionalidade e verdade, objetividade e necessidade, não sendo considerado racional aquilo que é meramente subjetivo e contingente”.

A racionalidade, nesse contexto, exige do intérprete à utilização de argumentos objetivos, comprováveis e aceitáveis por todos e para todos os casos²⁶, ou seja, deverá buscar a pretensão de universalidade, em que “uma vez seguido as regras da lógica, o resultado alcançado seria sempre o mesmo” (TEIXEIRA, 2002, p. 07).

Nesse sentido, MacCormick (2006, p. 350-351) aduz que a racionalidade não esta vinculada apenas à razão, mas sim a coerência e coesão das atitudes e argumentos, haja vista que “não é a razão que é expressa se atribuirmos valor à racionalidade [...] se atribuirmos valor a ela, vamos acompanhá-la na tentativa de garantir coesão e coerência”.

No mundo jurídico, “um dos principais aspectos da racionalidade é a chamada racionalidade da decisão jurisdicional”, ou seja, quando “se tenta estabelecer quais são as condições que devem cumprir as decisões judiciais para que possam ser

²⁶ Tal idéia funda-se no princípio da razão, que exige para uma deliberação racional onde os diálogos são dirigidos para a tomada de decisões, passando por três níveis de fundamentação racional (ALEXY, 2005, p. 154-156).

consideradas racionais” (PULIDO, 2005, p. 237). Nesse aspecto, a racionalidade judicial é classificada filosoficamente como racionalidade prática²⁷.

Desta feita, segundo Monteiro (2004, p. 54) a modalidade de razão direcionada para a dimensão prática do Direito vem refletida nas decisões judiciais e, muito embora existam perspectivas metodológicas diversas para a sua efetivação, a racionalidade prática pertence ao campo da teoria da argumentação jurídica.

Com efeito, Vigo (2004, p. 174-175) aduz que uma das características essenciais do processo jurisdicional é a necessidade de motivação e fundamentação de suas decisões, construídas com base em argumentos fáticos, normativos, axiológicos e lógicos, sob pena de carecerem de racionalidade e por tal motivo serem afastados do caso em análise.

Nesse viés, afirma Barcellos (2005, p. 125-126) que, para que o discurso jurídico “possa ser considerado minimamente racional, ele deve atender a um conjunto bastante amplo de exigências lógicas”, das quais merece destaque a pretensão de universalidade, que está vinculada à argumentação jurídica propriamente dita e à decisão final do intérprete que deverá aplicar uma argumentação universal. Esta é “assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela esta inserida e racionalmente compreensível por todos”, em que “a solução a que chega o intérprete deve poder se generalizada para todas as outras situações semelhantes e equiparáveis”²⁸.

Para Teixeira (2002, p. 7-8), essa perspectiva representa a idéia de racionalidade acentuada na modernidade, mas que significa apenas uma

²⁷ Segundo PULIDO (2005, p. 237-238), “no mundo do Direito também pode ser aplicada à distinção filosófica entra a racionalidade prática e a racionalidade teórica. A racionalidade prática se refere ao conjunto de condições que deve cumprir o processo mediante o qual se leva a cabo um comportamento humano para ser considerado racional. [...] A racionalidade prática é relacionada com as ações, a maneira em que as condutas se ajustam a um determinado modelo de comportamento para poder ser qualificadas como racionais. [...] A racionalidade teórica se relaciona com as condições que as teorias tem que cumprir e as contextualizações para ser racional. [...] no terreno jurídico o comportamento dos destinatários do Direito e dos operadores jurídicos são assunto da racionalidade prática. Ao contrário, a maneira como a dogmática configura os conceitos, os métodos e os procedimentos jurídicos, constitui objeto da racionalidade teórica.

²⁸ Com efeito, aqui reside um grande ponto de discussão quanto a racionalidade da ponderação, uma vez que na sua análise, verifica-se que muito embora ela alcance o melhor resultado para o caso concreto, não oferece respostas definitivas para serem utilizadas a todas as situações similares, pois sua decisão leva em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o caso concreto, de tal sorte que em outra situação envolvendo os mesmos princípios colidentes não se poderá falar em aplicar a mesma resposta sem analisar as circunstâncias do fato.

possibilidade de racionalidade, uma vez que existe um campo bem mais amplo para o pensamento racional²⁹.

Historicamente, a racionalidade é a “busca incessante pela superação do contingente em busca do necessário universalmente generalizável” (2002, p. 9). Todavia para os sofistas a fundamentação racional nunca exerceu grande papel, uma vez que para esses o importante era convencer pela aparência lógica do discurso, pelo poder de convencimento e domínio através da palavra - da argumentação -, e não pelo conhecimento verdadeiro. Aristóteles foi quem sistematizou as bases do raciocínio e, superando a retórica sofística, construiu uma teoria da argumentação cujo fundamento se dá no convencimento através do conhecimento científico. Contudo foi na modernidade que a racionalidade se desenvolveu teoricamente afastando a retórica e alocando a razão no centro do universo, razão pela qual a racionalidade traduziu-se na busca da verdade absoluta por meio do processo lógico-científico e não só argumentativo (TEIXEIRA, 2002, p. 10-15).

Com efeito, segundo Perelman (2000, p. 142), os racionalistas se afastaram da retórica uma vez que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante de idéias claras e precisas sobre as quais não cabia nenhuma discussão. Todavia, a linguagem nem sempre é clara e precisa, existindo termos ambíguos, os quais a lógica não consegue explicar, razão pela qual se faz necessário desenvolver argumentos capazes de justificar a escolha e a decisão do intérprete, desenvolvendo, assim, a argumentação.

Desta feita, a crise da modernidade também atingiu a racionalidade que hoje vive um descompasso com a sua verdade lógico-científica absoluta e a realidade, uma vez que “a racionalidade dominante da modernidade seria simplesmente insuficiente e inadequada para pensar a realidade”, razão pela qual surgem propostas pós-estruturalistas que buscam a afirmação da contingência e a valorização do subjetivismo, bem como se dá a reaproximação da lógica e da retórica para a contextualização da realidade social dentro dos moldes racionais (TEIXEIRA, 2002, p. 18-22).

Com efeito, tendo em vista essa nova perspectiva, importante ressaltar que “o retorno aos valores éticos exige um discurso jurídico bem fundamentado e

²⁹ Sobre o tema TEIXEIRA (2002) e AARNIO (1991 – o racional como razoável).

justificado, sustentado na argumentação, na busca do consenso e na persuasão do auditório” (AMARAL, 2003, p. 96).

Nesse contexto, verifica-se que o campo da racionalidade está associado ao campo da interpretação e argumentação, uma vez que a racionalidade está vinculada à capacidade do intérprete de buscar argumentos capazes de comprovar objetivamente a verdade - de dar caráter de aceitabilidade para a decisão. Motivo pela qual se pode considerar que a racionalidade está inserida no discurso judicial e, assim, faz parte da motivação judicial efetivada pela argumentação jurídica.

Importante ressaltar que a aceitabilidade racional da decisão corresponde à sua validade e legitimidade no mundo jurídico, motivo pelo qual “o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação” (TEIXEIRA, 2002, p. 224).

Assim, segundo Teixeira (2002, p. 225), não é o processo de raciocínio que é aceitável, mas sim o resultado da interpretação, razão pela qual se diz que

[...] no tocante à racionalidade formal das decisões judiciais, é necessária a mudança de enfoque da racionalidade sistêmica para a racionalidade argumentativa. No que concerne ao conteúdo, seria possível identificar a “melhor” decisão quando do processo de argumentação racional resultasse uma decisão aceitável, isto é, razoável.

Ainda afirma o autor que “a busca do juiz pela resposta correta deve acontecer de modo discursivo e, portanto, intersubjetivo”, uma vez que “da teoria do discurso faz depender a aceitabilidade da decisão, não da qualidade dos argumentos, mas da estrutura do próprio processo argumentativo” (GARCIA AMADO apud TEIXEIRA, 2002, p. 225). Desta forma, a motivação da decisão não deve ser determinada por critérios subjetivos, mas sim pela racionalidade da estrutura argumentativa.

Nesse sentido, as decisões devem ser obrigatoriamente motivadas, uma vez que a “motivação encerra verdadeiro discurso justificativo, que visa persuadir a coletividade e obter sua adesão racional” (AMARAL, 2003, p. 111), ou seja, que busca justificar coerentemente a decisão adotada pelo intérprete.

Desta forma, a motivação assume fundamental importância para demonstrar a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade, na medida em que

[...] as razões elencadas pelo operador do direito não devem ser apenas de cunho formal, mas devem buscar o consenso, devem persuadir e não ser

meramente uma justificativa despreocupada com a adesão, conferindo apenas aparência de legitimidade. A motivação não é mero elenco de causas ou razões, mas deve estar fundada em argumentos fortes que conduzam a adesão do auditório. Deve refletir a ética da sociedade, a necessidade de justiça e equidade e não uma ética própria, dissociada do consenso. (AMARAL, 2003, p. 113)

Nesse sentido, verifica-se que não há como falar em racionalidade, sem trabalhar motivação e argumentação, uma vez que são por meio dessas que as razões de objetividade e certeza se concretizam no mundo jurídico e refletem os diversos valores existentes na sociedade, haja vista que o pensamento jurídico racional envolve a interpretação e a argumentação, exigindo do juiz, considerado como interprete autônomo do Direito, uma visão abrangente, de compreensão do texto legal, das circunstâncias do fato e das exigências sociais, em que o discurso jurídico deve ser estabelecido levando em consideração não só a letra da lei, mas a doutrina e a jurisprudência, que aproximam o texto legal da realidade histórica e cultural da sociedade.³⁰

Nesse contexto, “cabe a quem argumenta conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições e sua história, as doutrinas reconhecidas, bem como as conseqüências sociais e econômicas desta ou daquela posição” (CAMARGO, 2003, p. 237), restando à doutrina e à dogmática jurídica agir argumentativamente no sentido de racionalizar e viabilizar a aplicação dos princípios constitucionais, em especial, os direitos fundamentais (VIEIRA, 2005, 253).

Assim, argumentar significa oferecer um conjunto de razões, lógicas e racionais capazes de oferecer dados de sustentação a determinados pontos de vista ou decisões, razão pela qual a argumentação é uma realidade em todas as áreas e a todos os homens, não apenas no mundo jurídico, pois serve aos fins comuns da vida, como diálogo e comunicação social.

Todavia, muito embora a argumentação seja uma realidade comum na vida de todas as pessoas, no campo do Direito ela recebe uma carga especial de importância, haja vista que a prática jurídica consiste fundamentalmente em argumentar. Outrossim, desempenha função essencial no ordenamento jurídico na medida em que trata diretamente da fundamentação das decisões judiciais, servindo por vezes como forma de controle de tais decisões, uma vez que para a validade

³⁰ Só na década de 1950 que Viehweg e Perelman despontam com fundamento na retórica aristotélica para procurar resgatar o conceito de racionalidade prática e estabelecer diretivas para orientar o raciocínio jurídico, criticando a adoção do método lógico-sistemático para descoberta de uma decisão juridicamente adequada.

das mesmas, devem estar racionalmente fundamentadas através de argumentos lógicos e amplamente aceitáveis, capazes de demonstrar a “justiça” na decisão.

Nesse sentido, argumentar significa racionalizar o pensamento, estruturar os argumentos dando coerência às premissas, ou seja, demonstrar as razões pelas quais se justifica determinada decisão ou posição.

Dessa forma, um grande instrumento para racionalizar o pensamento, e em especial as decisões jurídicas, é a técnica da argumentação, seja ela geral ou jurídica.

Para Corrêa (2003, p. 84), a argumentação representa a “expressão escrita ou falada de um raciocínio”, sendo a argumentação jurídica capaz de apresentar fundamentos normativos para determinada decisão judicial, ou seja, buscar justificativas capazes de torná-la aceitável mediante um processo de convencimento.

Nesse contexto, o processo argumentativo não se reduz ao procedimento pelo qual se estabelece determinada premissa (decisão), tampouco a encontrar os argumentos capazes de sustentar determinada decisão ou posição jurídica, mas também de justificar esses argumentos, analisando-os quanto a sua correção e aceitabilidade, razão pela qual é considerado como um processo complexo, cuja maioria dos operadores do direito o utiliza de forma instintiva sem compreendê-lo realmente.

Vale ressaltar que Alexy (2005, p. 210) trabalha a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Aponta a diferença entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral, afirmando que a “argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente” (ALEXY, 2005, p. 210). Todavia, para Atienza (2000, p. 22), a distinção entre o campo da argumentação em geral e da argumentação jurídica em particular reside no fato de que “uma coisa é determinar o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”. A argumentação em geral trata do procedimento para estabelecer a premissa correta e a argumentação jurídica em particular serve para fundamentar a escolha dessa premissa.

A técnica da argumentação jurídica consiste na busca ou criação de argumentos capazes de justificar determinada decisão ou escolha relacionada à interpretação do Direito (ATIENZA, 2000, p. 17-18), razão pela qual se pode dizer

que a argumentação busca oferecer critérios para a aplicação do Direito, relacionando-se, desta forma, à dogmática jurídica (ATIENZA, 2000, p. 19-20).

Segundo Alexy (2005, p. 210), várias são as formas de discussões jurídicas, sendo que a cada tipo existem meios diferenciados de aplicação, em que as semelhanças são tão variadas como as diferenças, mas cujo aspecto comum, e mais importante, reside no fato de todas argumentarem juridicamente³¹.

Atienza (2000, p. 24) defende que a teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente na justificação³² do argumento, classificando como justificação formal quando o argumento é formalmente correto e justificação material “quando se pode considerar que o argumento, num campo determinado, é aceitável”. Para Alexy (2005, p. 212), não basta que a decisão seja apenas racional, devendo ser fundamentada, ou seja, “não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”.

Assim, a finalidade principal da argumentação jurídica consiste na busca e justificação de argumentos que embasam determinada decisão, garantindo a sua racionalidade e tornando-a válida no ordenamento jurídico. Dessa forma, os argumentos representam o principal instrumento de realização e aplicação da argumentação jurídica.

Nesse sentido, Habermas (2003, p. 281), mesmo não estando diretamente vinculado à teoria da argumentação jurídica como Alexy, Perelman, Toulmin, Viehweg, entre outros, mas sim ao discurso racional³³, sustenta que o direito analisa a aceitabilidade racional das decisões judiciais sob o ponto de vista dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Para tanto, define “argumentos” como

³¹ Existem várias discussões sobre tópica, retórica e argumentação, principalmente sobre argumentação e discurso jurídico, sendo muitas as formas a serem analisadas, como a Teoria da Argumentação de Alexy, bem como sua argumentação jusfundamental, as teorias de Perelman, Toulmin, entre outros, e ainda Habermas com o seu discurso racional.

³² Utiliza-se justificação como sinônimo de fundamentação.

³³ Para Habermas o conceito de racionalidade diz respeito a um sistema de pretensões de validez. Na compreensão deste sistema, o autor se socorre da Teoria da Argumentação, sendo que a lógica da argumentação é admitida como uma modalidade da lógica informal, que, para ele, se ocuparia das relações internas entre as unidades pragmáticas, os atos da fala que por sua vez são compostos de argumentos. Assim, a sua Teoria Discursiva trata das tensões permanentes entre as leis politicamente implementadas e as práticas sociais historicamente criadas, debatendo três temas principais: o estudo das relações entre Direito e Moral, o contemplamento das idéias pertinentes ao Direito e ao Estado Democrático de Direito; e a abordagem da problemática da cidadania e da soberania popular. (MONTEIRO, 2004, p. 161-165)

[...] razões que resgatam sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas as proposições normativas ou descritivas. (HABERMAS, 2003, p. 280-281)

Com efeito, no processo argumentativo, centrado na busca de argumentos que possam fundamentar a decisão jurídica, legitimando-a no ordenamento, utiliza-se o método tópico hermenêutico, que trabalha com provas concretas e opiniões amplamente aceitas na elaboração dos argumentos, uma vez que a tópica tem como objeto raciocínios que derivam de premissas capazes de conduzir a verdade e por isso são aceitas (CAMARGO, 2003). Essa argumentação é chamada de argumentação retórica ou dialética tendo em vista o abandono do silogismo e a adoção da dialética em posição contrária à lógica formal, rejeitando o modelo de lógica dedutiva (VENOSA, 2005, p.186).³⁴

Nesse sentido, uma argumentação jurídica será consistente quando se fundar em premissas que não entrem em choque com o ordenamento, devendo o intérprete ajustar a decisão e as provas à realidade, a tornado coerente no aspecto narrativo, bem como no aspecto normativo (VENOSA, 2005, p. 187).

Assim, a argumentação jurídica procura garantir decisões racionais a partir da prática argumentativa (PERELMAN, 2000), uma vez que “existe uma grande margem de liberdade do aplicador de normas jurídicas no momento de sua decisão, dando oportunidade a considerações de ordem axiológica” (MONTEIRO, 2004, p. 141), inviabilizando a tese da neutralidade do operador do Direito e exigindo a adoção de meios coerentes para tornar uma decisão racionalmente aceitável.

Com propriedade, Barroso (1998, p. 356) sustenta que

[...] no caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Conforme leciona Monteiro (2004, p. 131), argumentação e decisão são elementos fundamentais da produção judicial, uma vez que a fundamentação das

³⁴ Segundo Viehweg (BUSTAMENTE, 2005, p. 100) “o raciocínio do jurista partiria do problema para o sistema e não o inverso; assim, não estaria o direito confinado numa lógica dedutiva que procedesse a partir de um sistema fechado, pois na decisão judicial se requer uma solução que atenda às peculiaridades do caso, demandando uma justificação discursiva que necessita de partir de certos *topoi* (“pontos de vista” geralmente aceitos por todas as pessoas razoáveis que lidam com o direito) úteis para garantir sua *plausabilidade*.”

decisões é uma forma de argumentação voltada para obter a compreensão e adesão de seus destinatários ao posicionamento adotado pelo intérprete, promovendo (ou presumindo) a segurança jurídica e a justiça da decisão, “para tanto é necessário que ela incorpore critérios valorativos amplamente aceitos ou fruto do consenso da comunidade histórica que a circunda”.

Quanto à abrangência e utilização da teoria da argumentação, Camargo (2003, p. 209) refere que

[...] a teoria da argumentação enquanto primado da técnica de influenciar os homens pela palavra, e que se mostra essencial na vida ativa, cobrirá todo o campo discursivo voltado para o convencimento e para a persuasão, seja qual for o auditório e a matéria tratada.

Nesse contexto, a teoria da argumentação representa o meio pelo qual se buscam razões capazes de fundamentar através de palavras determinada premissa (decisão), tornando-a aceitável. Quanto a sua abrangência, a argumentação em sentido geral é utilizada em todas as áreas, haja vista representar a forma mais comum de diálogo e comunicação entre os homens. Já a argumentação aplicada ao Direito representa o principal instrumento de legitimação das decisões judiciais, uma vez que exerce um determinado controle das decisões através da utilização dos argumentos. Inexistindo argumentos racionais e aceitáveis, a decisão não será legítima. O intérprete (juiz) deve fundamentar com coerência e consistência suas decisões.

Conforme exposto por Vieira (2005, p. 252), a argumentação exerce a função crucial de legitimar a atividade decisória, através da obrigatoriedade do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. A boa redação dos motivos deve possibilitar o conhecimento com fidelidade de todas as operações da mente que conduziram o juiz à determinada decisão. Nesse sentido,

[...] mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e a conseqüente possibilidade de reavaliação do decidido: “detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação” (VIEIRA, 2005, p. 252).

Dessa forma, a teoria da argumentação jurídica, enquanto método utilizado no processo de justificação aparece como instrumento de controle e legitimação do poder criativo do intérprete judicial, limitando sua discricionariedade, tanto na

interpretação dos enunciados infraconstitucionais, como do texto constitucional, para aferição da relação custo-benefício da decisão judicial e análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida, a fim de alcançar a justiça no caso concreto.

Ressalta-se que o referido controle é realizado através da análise dos argumentos apresentados para sustentar a decisão judicial, em que sua utilização depende do preenchimento das condições de validade exigidas para o juízo valorativo que dá força e aceitabilidade racional a uma decisão no ordenamento jurídico (HABERMAS, 2003, p. 280), em especial quando se trata de decisão referente a uma colisão de direitos fundamentais, tendo em vista a importância desses no ordenamento jurídico.

Assim, a argumentação é o instrumento pelo qual se efetiva e demonstra a construção racional do pensamento, uma vez que exige a utilização de critérios lógicos e coerentes para fundamentar uma determinada premissa e com isso justificar uma determinada decisão, razão pela qual é essencial nas decisões judiciais, em especial nas decisões referentes a aplicação da proporcionalidade e da ponderação.

4.2 Ponderação e Proporcionalidade: racionalidade ou decisionismo judicial?

Muito embora a ponderação e a proporcionalidade representem um meio eficaz para solução de colisão entre princípios, e em especial entre direitos fundamentais, é certo que suas decisões não acarretam uma precedência absoluta de um princípio sobre outro, uma vez que tais colisões não acontecem e se resolvem na dimensão da validade, mas sim na dimensão de peso, que varia frente às condições fáticas e jurídicas de cada caso, isto é, não se realiza pela análise abstrata, mas sim pela análise concreta do conflito.

Com efeito, a aplicação da proporcionalidade pressupõe a impossibilidade de utilização do processo subsuntivo e dos critérios legais existentes para a solução de conflito entre regras, bem como a insuficiência dos cânones interpretativos tradicionais, decorrentes da hermenêutica clássica, razão pela qual se transfere ao Judiciário o dever de solucionar a situação fática, referente a uma colisão entre direitos fundamentais ou um conflito entre princípios no ordenamento jurídico.

Desta forma, ao intérprete constitucional cabe a função de analisar o caso concreto e fazer o juízo de aplicação da proporcionalidade com a incidência de todas as suas parciais, analisando a adequação entre o meio e o fim a ser obtido, bem como a necessidade de tal meio, a ponderação dos valores envolvidos. Tais parciais são pressupostos materiais para a aplicação da proporcionalidade e devem ser racionalmente justificadas através de fundamentos racionais, razão pela qual a decisão que determina a precedência de um princípio sobre outro, ou de um direito fundamental sobre outro, além de passar pela análise da adequação, necessidade e ponderação, deverá ainda ser justificada racionalmente para ser legitimada no ordenamento jurídico.

Entretanto, mesmo com a existência das parciais que representam pressupostos para a aplicação da proporcionalidade, a falta de critérios objetivos para verificação da ponderação enseja as objeções de irracionalidade e subjetivismo da proporcionalidade, na medida em que se transfere ao intérprete a avaliação e análise do caso concreto (BARROSO, 2005, p. 291), abrindo a possibilidade de justificação de meros decisionismos judiciais, ou seja, justificando a discricionariedade e arbitrariedade judicial.

Com efeito, muitas são as críticas apontadas em relação a sua aplicação, cujo principal argumento é a inexistência de critérios objetivos capazes de controlar racionalmente a decisão ponderativa, revelando a proporcionalidade e a ponderação como estruturas valorativas e irracionais, uma vez que se fundamenta no próprio arbítrio do intérprete camuflando decisões subjetivas dos julgadores.

Nesse sentido, segundo a objeção de subjetividade e irracionalidade

[...] ponderação e princípio da proporcionalidade são apenas metáforas convincentes que se prestam a obnubilar as motivações subjetivas e irracionais do Judiciário, tornado-as insuscetíveis de controle por pautas jurídicas objetivas. Assim a retórica ponderativa seria apenas um estratagema utilizado para dissimular a arbitrariedade presente em certas decisões judiciais (PEREIRA, 2007, p. 271).

Ocorre que o fato de existir dentro do processo ponderativo um espaço de valoração de bens, mesmo frente a aplicação da Lei da Ponderação de Alexy, haja vista que mesmo nesse caso cabe ao intérprete atribuir o peso de cada princípio em conflito, não significa dizer que a ponderação e a proporcionalidade sejam instrumentos destituídos de racionalidade, até porque em todos os casos de solução de questões jurídicas controvertidas e inclusive de aplicação da norma se exige a

interpretação do julgador, possibilitando ao mesmo que implemente certas considerações morais e uma certa dose de arbitrariedade, sem que isso represente a irracionalidade desses institutos, uma vez que é da própria natureza da ponderação e da proporcionalidade a ausência de objetividade integral, haja vista a necessidade de análise das situações fáticas e jurídicas do caso concreto para solução do conflito principiológico, bem como a necessidade da argumentação racional para balizar a dimensão criativa do intérprete.

Todavia, conforme afirma Amaral (2003, p. 107),

se é certo que a ponderação, entre os diversos valores que dão fundamento ético ao sistema normativo, é necessária, não menos correto é afirmar que o julgador, ao dimensionar o peso de um princípio em detrimento de outro, deve fazê-lo obedecendo a certos critérios, sob pena de pender para o arbítrio.

Assim, é a falta de critérios objetivos, ou seja, de parâmetros capazes de oferecer ao julgador soluções objetivas integrais, isto é, de estabelecer decisões ponderativas idênticas na solução de conflitos entre princípios, em especial entre direitos fundamentais, que gera o argumento da irracionalidade e subjetividade da ponderação e da proporcionalidade, uma vez que em ambos os casos, a sua aplicação leva em consideração as situações fáticas e jurídicas envolvidas, impossibilitando ao julgador a mera subsunção de regras pré-existentes, ou a aplicação de uma lista de soluções ou graus de hierarquia entre princípios colidentes.

Nesse contexto, Alexy (1997, p. 161) busca afastar o argumento de irracionalidade da ponderação na medida em que estabelece a Lei da Ponderação e de Colisão, segundo as quais o resultado da ponderação estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, levando em consideração o grau de satisfação e afetação. A ponderação pode ser considerada correta se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente.

Não obstante a lei da ponderação e de colisão, Alexy (2002, p. 48) busca fundamentar a racionalidade e o controle da subjetividade da ponderação através da fórmula de peso, por meio da qual a valoração dos princípios não é feita pela simples intuição do intérprete, mas sim levando em consideração a afetação/promoção dos princípios em concreto, o peso em abstrato de cada princípio em jogo e o grau de segurança das premissas.

Todavia, conforme aduz Garrido da Silva (2006, p.193), muito embora os esforços de Alexy na tentativa de proporcionar analiticamente o “controle intersubjetivo dos juízos de valor presentes no procedimento da ponderação, o intérprete ainda dispõe de uma irreduzível margem de subjetividade na atribuição dos graus de intensidade” referentes à aplicação da fórmula de peso. Nesse mesmo sentido, Pulido (2003, p. 235) assevera que como não existem critérios objetivos para produzir os fatores determinantes do peso de cada princípio

o peso abstrato é uma variável muito singular, que remete sempre a considerações ideológicas e torna necessária uma postura por parte do intérprete sobre aspectos materiais relativos a idéia de Constituição, de Estado e de Justiça. Naturalmente, a variável do peso abstrato perde toda sua importância, quando os princípios enfrentados na ponderação são de mesma índole. Os pesos abstratos se anulam, quando, por exemplo, se estabelece uma colisão entre um mesmo direito fundamental exercido por dois titulares diversos.

Efetivamente, no processo ponderativo, a valoração dos princípios em conflito leva em consideração a interpretação do julgador, assim como em qualquer decisão judicial, em especial quando se trata de aplicação de direitos fundamentais, haja vista a sua natureza axiológica³⁵ (MAZZARESE, 2003, p. 200). Todavia, o processo interpretativo não representa mero modelo de decisão subjetiva sobre qual princípio deve prevalecer sobre o outro, mas representa um modelo de fundamentação de enunciados de preferência entre princípios, em que o subjetivismo do julgador deve ser racionalmente fundamentado sob pena de não se justificar a decisão, razão pela qual não permite uma decisão meramente intuitiva como solução do processo ponderativo, pois nesse caso o resultado não poderá ser fundamentado racionalmente e não representará um resultado correto (ALEXY, 1997, p.157-159).

Dessa forma, para evitar a arbitrariedade e o abuso na solução do caso concreto, a aplicação da técnica ponderativa deverá estar racionalmente justificada, uma vez que

[...] a existência da ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso. (BARROSO, 2005, p. 291)

³⁵ Mazzarese (2002, p. 200) defende que “cada direito fundamental pode ser considerado como uma entidade de natureza axiológica. Dito de outra forma, cada direito fundamental exprime e/ou é um instrumento de atuação de valores”.

Assim, a decisão que aplica a proporcionalidade e a ponderação para solução de um conflito principiológico ou, principalmente, de direitos fundamentais, como um dos postulados de interpretação jurídica, dando a liberdade ao intérprete de valorar a situação conforme as circunstâncias fáticas, necessita de uma instância argumentativa para justificar a precedência de um princípio frente ao outro, uma vez que “a legitimidade das decisões que se vale da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação” (BARCELLOS, 2005, p. 41).

Com efeito, é cediço que toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos seus fatos e fundamentos, em especial quando a decisão envolve a técnica da ponderação, na qual o “dever de motivar torna-se ainda mais grave” (BARROSO, 2005, p. 293), uma vez que a falta de justificação jurídica adequada transforma um valioso instrumento de interpretação e solução de conflitos, como a proporcionalidade, em um simples instrumento de arbitrariedade e decisionismo judicial (BUSTAMANTE, 2006, p. 77).

É em virtude de tal preocupação que Alexy (1997, p. 157-169), ao propor a teoria dos direitos fundamentais e a aplicação da proporcionalidade, construiu um verdadeiro modelo de fundamentação dos enunciados de preferência entre os bens em conflito, através do qual a ponderação só poderá ser considerada correta se estiver racionalmente fundamentada, estabelecendo na exigência da justificação uma forma de controle da proporcionalidade, através do que denominou como relação de precedência condicionada.

Nesse contexto, cabe referir que a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade reside no balizamento de suas decisões por uma estrutura de argumentação racional (PEREIRA, 2007, p. 279). Assim, cabe à argumentação jurídica a função de apresentar fundamentos normativos que sustentem a proporcionalidade, isto é, apresentar elementos da ordem jurídica que referendem a decisão ponderativa tomada, afastando concepções e ideologias pessoais, uma vez que a argumentação jurídica tem caráter eminentemente jurídico e não apenas lógico ou moral (BARROSO, 2005, p. 293).

Para Bustamante (2006, p. 87), a argumentação jusfundamental proposta por Alexy “se diferencia da argumentação jurídica ordinária pelo fato de colocar a proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais”, que aparece como uma norma metodológica que visa garantir a racionalidade da denominada

técnica da ponderação, classificando as parciais como as próprias regras de argumentação que compõem a proporcionalidade.

Entretanto, verifica-se que a aplicação da máxima da proporcionalidade, passando por todas as suas parciais, apenas fornece argumentos capazes de estabelecer que a decisão ponderativa final está correta, ou seja, representa a argumentação jurídica geral, que deverá ser legitimada no ordenamento jurídico através da fundamentação, ou seja, da argumentação jurídica dialética, que representa racionalizar de forma clara e expor ao mundo jurídico os motivos pelos quais se adotou determinada decisão, garantindo sua plausibilidade e legitimidade jurídica, uma vez que possibilita a análise de “justiça” no caso concreto.

Assim, para legitimidade da decisão que aplica a máxima da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o seu processo de operacionalização, ou seja, a existência de uma estrutura meio-fim, a constitucionalidade do fim pretendido, a identificação das circunstâncias relevantes ao caso concreto e a aplicação das três parciais constitutivas, sucessivamente (STEINMETZ, 2001, p. 155), bem como de justificação desse processo, por meio de argumentos racionais.

Segundo Pulido (2005, p. 761), deve-se montar uma estrutura argumentativa que demonstre as grandezas que devem ser ponderadas, assim como a importância da intervenção e da realização do fim perseguido. Depois se deve comparar as duas grandezas a fim de determinar se a realização do fim perseguido com a intervenção é superior à intervenção no direito fundamental; e por fim deve-se construir uma relação de precedência condicionada, com base na comparação anterior, de tal forma que o resultado da proporcionalidade seja aceito juridicamente e não fruto de uma interpretação arbitrária, na qual podem ser utilizados critérios meramente subjetivos do intérprete para alcançar a decisão, falsamente considerada proporcional.

Ao certo, não existem critérios objetivos de aplicação da proporcionalidade, regulando como deve ser concretizada cada uma das parciais, tampouco no que se refere à ponderação propriamente dita. Entretanto, existem critérios específicos que devem ser levados em consideração na justificação da decisão ponderativa, razão pela qual na fundamentação da referida decisão deverão ser buscados através da argumentação jurídica, razões racionais e amplamente aceitas para legitimar a posição do intérprete no ordenamento jurídico.

O uso da argumentação jurídica para justificação da decisão judicial referente à aplicação da proporcionalidade representa uma forma de racionalizar a decisão ponderativa, controlando e limitando à liberdade do magistrado no processo interpretativo e, em especial, de aplicação da ponderação, pelo qual se faz o balanceamento de valores em conflito diante do caso concreto, um método de controle racional à aplicação da proporcionalidade na medida em que limita a discricionariedade judicial exigindo a fundamentação racional da decisão, ou seja, carregar elementos de argumentação capazes de fundamentar racionalmente a sua aplicação.

Nesse contexto, a argumentação jurídica aparece como um método de controle do poder criativo do intérprete judicial, uma forma de racionalizar a decisão ponderativa, limitando a discricionariedade, tanto na interpretação dos enunciados infraconstitucionais, como do texto constitucional, para aferição da relação custo-benefício da decisão judicial e análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida, ou seja, para avaliação da adequação, necessidade e intervenção na esfera dos bens constitucionais em conflito. Tal controle é realizado através da análise dos argumentos apresentados para sustentar a decisão judicial, de sua validade e seu conteúdo valorativo para criar um juízo de justificação e aceitabilidade no ordenamento jurídico, tendo em vista a importância dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, na fundamentação racional de uma decisão ponderativa que estabelece uma relação de precedência entre princípios ou direitos fundamentais “se pode utilizar todos os argumentos possíveis em uma argumentação *jusfundamental*” (ALEXY, 1997, p. 159), ressaltando que a argumentação *jusfundamental* com relação à ponderação de bens não se diferencia da fundamentação de regras semânticas estabelecidas para dar maior precisão a conceitos vagos.

Assim, vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da decisão ponderativa, na medida em que procura conformar todos os interesses em jogo, conferindo legitimidade à decisão e buscando harmonizar a segurança jurídica e a justiça por meio de uma decisão justificada através da argumentação, visando “o consenso e a adesão racional da comunidade interessada” (AMARAL, 2003, p. 108).

Nesse contexto, verifica-se que “entre ponderação e argumentação existe uma união necessária” (ALEXY, 2007, p. 14), uma vez que para legitimidade do

juízo ponderativo necessário se faz a construção de argumentos consistentes e coerentes referentes à aplicação da lei da ponderação, afastando assim o decisionismo judicial e caracterizando a ponderação e a proporcionalidade como instrumentos de muita importância na confirmação do texto legal com a realidade social, ou seja, na solução dos conflitos normativos para os quais não exista no ordenamento jurídico uma regra definitiva de solução.

Com efeito, a aplicação da ponderação e da proporcionalidade, muito embora permeadas de escolhas e valorações, não conduz a um mero decisionismo, uma vez que “a teoria dos princípios fornece elementos conceituais necessários e suficientes para afirmar a racionalidade da decisão judicial” (PARDO, 2002, p. 63).

Outrossim, cabe referir que em se tratando de ponderação e proporcionalidade, destaca-se a transparência que o procedimento pode conferir ao processo de decisão, bem como as vantagens oferecidas por esses institutos, em especial a lógica conceitual que cerca as apreciações valorativas (PEREIRA, 2007, p. 279).

Na aplicação da proporcionalidade e da ponderação refuta-se a idéia de irracionalidade e decisionismo judicial, uma vez que as decisões ponderativas trazem a racionalidade na sua argumentação e justificação, razão pela qual não se sustenta a tese de que a ponderação e a proporcionalidade representem meros instrumentos de subjetivismos e decisionismos judiciais, haja vista que tais institutos admitem, pela sua natureza, a valoração dos bens em conflito, sem oferecer uma única resposta correta, pois se tomam em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o conflito resolvido pela técnica ponderativa.

Todavia, a inexistência de critérios definitivos, muito embora dispensáveis para a racionalidade da decisão ponderativa, capazes de demonstrar e fixar valores para cada bem em conflito acarreta a propagação da objeção de subjetivismo e irracionalidade da ponderação e da proporcionalidade, razão pela qual se passa a analisar alguns parâmetros existentes na doutrina pátria como formas de solucionar os conflitos principiológicos fixando suas decisões como racionais em razão de estarem vinculadas a um critério pré-fixado e aplicado em outras situações.

4.3 Parâmetros de racionalidade da ponderação e da proporcionalidade

O grande ponto de debate sobre a ponderação é a possibilidade de adoção de parâmetros de racionalidade capazes de orientar o intérprete na solução de conflitos entre princípios e em especial entre direitos fundamentais, uma vez que a sua natureza axiológica faz com que cada direito fundamental possa ser interpretado conforme a carga de valores que carrega, sendo que possíveis conflitos entre si não podem ser solucionados pelos meios tradicionais de solução de conflitos normativos, tampouco pelos meios clássicos de interpretação constitucional, exigindo assim a aplicação da ponderação³⁶.

Nesse viés, Barcellos (2005, p. 159) aponta que “a ponderação é um instrumento poderoso capaz de fornecer ao intérprete a solução de casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento”.

Todavia, a adoção da ponderação para solução de conflitos normativos abre uma vasta possibilidade de atuação judicial, uma vez que é o intérprete que valora os bens em conflito e decide tendo em conta os pesos atribuídos a cada princípio colidente, razão pela qual pode abrir uma ampla esfera de arbitrariedade e decisionismo judicial.

Nesse contexto, assevera Barcellos (2005, p. 160) que “se a ponderação é inevitável por conta da complexidade da sociedade contemporânea da estrutura estatal e da própria Constituição, isso não condena os cidadãos a dependerem cegamente de cada intérprete e de suas concepções pessoais”. Razão pela qual necessário se faz a adoção de parâmetros que “servem para balizar e controlar a interpretação jurídica de modo a assegurar a aplicação isonômica do direito”.

Assim, a adoção de parâmetros viabiliza a solução dos conflitos por meio da ponderação abstrata, uma vez que se o parâmetro é aplicado objetivamente sobre o conflito, esse não é mais insuperável e pode ser resolvido com a ponderação em abstrato³⁷.

³⁶ Muitos autores se dedicam à busca de parâmetros capazes de justificar racionalmente a resposta do processo ponderativo, entretanto merece destaque a obra de Alexy (1997), Pulido (2005), Barcellos (2005) e Souza Neto (2005), que servem como referenciais para desenvolver a última fase do trabalho.

³⁷ Segundo Gavara de Cara (1994, p. 291), “a ponderação abstrata é uma comparação fictícia de bens jurídicos dependentes de uma ordem hierárquica de valores em razão de uma colisão suscitada em concreto.” Nesse sentido, aduz, ainda, o autor, que a ponderação de bens busca solucionar um conflito entre normas constitucionais estabelecendo uma relação de precedência na aplicação de uma das normas, conforme a hierarquia que deriva da Constituição para cada bem em conflito, ou

Para Souza Neto (2005, p. 207), existem quatro principais tendências que formam os padrões metodológicos que levam ao implemento da racionalidade na ponderação, afastando a discricionariedade judicial: a coerência, a razão pública, a decomposição analítica e a pré-definição de *standards*. Nesse contexto, a coerência representa a obrigação do intérprete de “reconstruir o sistema de princípios de modo a torná-lo coerente”, de tal sorte que os conflitos são resolvidos pelas regras de harmonização e concordância prática, em que a ponderação é aplicada de forma subsidiária, quando não se obtém resposta positiva pela harmonização.

Ainda segundo a concepção de Souza Neto (2005, p. 212), “outra forma de reduzir a discricionariedade judicial propiciada pela técnica da ponderação é atribuir conteúdo aos princípios a serem ponderados em conformidade com a razão pública”, ou seja, “o uso público da razão que permite a cooperação social”, isto é, agir e argumentar com reciprocidade a fim de chegar à adoção de “termos justos” capazes de convencer a todos. Nesse aspecto, os magistrados “estão obrigados a restringir a justificação de suas decisões à razão pública”, ao que todos os cidadãos aceitam e têm como certo. No que se refere à ponderação, o conceito de razão pública delimita ao magistrado o dever de atribuir um conteúdo razoável aos princípios a serem ponderados (SOUZA NETO, 2005, p. 214).

Todavia, é na última tendência apontada por Souza Neto (2005, p. 221) que se encontra a busca pelos parâmetros de racionalidade, ou seja, pelos critérios com os quais se criam soluções padronizadas para os casos recorrentes, evitando que a cada caso concreto “todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados”.

Ressalte-se que os parâmetros servem apenas como um norte para a interpretação do operador jurídico, razão pela qual não obrigam a sua adoção. Todavia a escolha do intérprete deverá ser sempre fundamentada e quando ele não segue os parâmetros objetivos fixados para os casos concretos, aumenta o seu dever de argumentação para justificar e fundamentar racionalmente a sua escolha.

Nesse sentido, Barcellos (2005, p. 278) afirma que os parâmetros tanto gerais como particulares

têm natureza preferencial e não absoluta. O intérprete não está impedido de afastá-los, uma vez que seja capaz de justificar sua opção

seja, pela adoção de uma classificação hierárquica prévia entre diferentes bens jurídicos constitucionalmente protegidos (GAVARA DE CARA, 1994, p. 290).

satisfatoriamente, tanto do ponto de vinculação ao sistema jurídico, como da racionalidade propriamente dita.

No mesmo sentido, Souza Neto (2005, p. 221) afirma que “aos magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com o *standard*, mas, para afastá-lo, devem estar dispostos a aceitar o ônus argumentativo daí decorrente”.

Na busca de constituir critérios lógicos e racionais para a aplicação da ponderação, Sarmiento (2004, p. 303-310) propõe que no âmbito das relações privadas existem dois *standards*, consistentes em: 1) grau de desigualdade entre as partes, em que “quanto maior a desigualdade entre os envolvidos na relação privada, menor será a proteção da autonomia privada, e maior a do outro direito fundamental”; e 2) grau de essencialidade da autonomia privada, em que “quanto mais a autonomia privada se aproxima de sua esfera nuclear, que é a esfera da intimidade, maior deve ser a sua proteção, e menor a do outro direito fundamental”.

Ainda, no âmbito das relações privadas, em especial na ponderação entre liberdade de expressão e informação e direito à intimidade e à vida privada, Barroso (2004, p. 25-26) estabelece alguns parâmetros para solução do conflito. Entretanto não aponta a preferência entre eles. São apenas critérios de informação para criação de um juízo valorativo, dentre os quais destacam-se: 1) a veracidade do fato, segundo a qual a única informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira, uma vez que “a divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito de personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor”; 2) licitude no meio empregado na obtenção da informação, ou seja, a informação para receber proteção deve ser obtida por meios lícitos; 3) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, uma vez que as pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda, pois a função pública admite um grau legítimo de ingerência na esfera pessoal do agente público. 4) local do fato, em que se analisa se o fato ocorreu em local público ou privado, sendo que “os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla dos acontecidos em locais públicos”; 5) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos.

Várias são as tentativas de estabelecer uma ordem objetiva de critérios capazes de diminuir a esfera de discricionariedade e subjetividade no exercício da

ponderação, oferecendo *standards* que determinam a valoração das situações para aplicação ao caso concreto.

Barcellos (2005, p. 163) propõem a adoção de dois tipos de parâmetros à aplicação da proporcionalidade: os gerais e os particulares, em que os gerais são “aplicáveis a qualquer espécie de conflito ou, ao menos, úteis na maioria absoluta deles”, sendo os particulares aqueles que “se ocupam de colisões entre disposições específicas”, levando em consideração “as características próprias dos diferentes elementos normativos em disputa e das circunstâncias concretas que os envolvem” (2005, p. 275).

Nesse contexto, como parâmetros gerais a autora aponta: 1) regras prevalecem sobre os princípios, e 2) normas que realizam diretamente direitos fundamentais preferem normas indiretamente relacionadas a tais direitos. Como parâmetros específicos ou particulares, aparecem construções destinadas a orientar a ponderação por meio de um roteiro de perguntas aplicáveis ao caso concreto (BARCELLOS, 2005, p. 163).

Dentre as regras gerais destacam-se a de que “regras têm preferência sobre princípios”, em que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais previstos no ordenamento jurídico, exigindo a aplicação da proporcionalidade e em especial da ponderação, as regras preferem aos princípios, ou seja, tendo em conta as distinções existentes entre princípios e regras, uma vez que essas possuem situações específicas de aplicação e apontam as condutas sem se preocupar com os fins, enquanto aqueles determinam que algo seja feito na maior medida possível, todavia não estabelece o meio pelo qual se alcança tal objetivo, razão pela qual “o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada” (BARCELLOS, 2005, p. 165).

Ainda falando em regras gerais, destaca-se que além das regras prevalecerem sobre os princípios, as “normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos tem preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais”. Isso significa dizer que todas as normas que promovam de forma direta a dignidade humana, compreendida como a proteção e promoção dos direitos fundamentais garantindo o exercício da cidadania, devem ter preferência sobre outras normas (BARCELLOS, 2005, p. 235).

Nesse contexto, na aplicação da ponderação, a análise do parâmetro referente à preferência das regras sobre os princípios deve ser feita logo na primeira

etapa do processo ponderativo, ou seja, na identificação dos enunciados em conflito, sendo insatisfatório tal parâmetro para solução do conflito, isto é, quando o conflito se produz entre normas de mesma natureza, como, por exemplo, entre dois princípios, utiliza-se o segundo parâmetro, ou seja, a prevalência das normas que promovam diretamente os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005, p. 238).

Desta forma, Barcellos (2005, p. 238) afirma que

na primeira fase da ponderação, além de todas as demais técnicas tradicionais de hermenêutica jurídica, o intérprete poderá fazer uso da preferência das regras sobre os princípios quando verificar conflitos entre os enunciados pertinentes. Caso o conflito permaneça, passa-se à segunda e terceira fases da ponderação, por meio das quais as normas que cada um dos grupos de elementos em conflito sugere como solução para o caso concreto serão identificadas com maior clareza. Neste ponto, então, é que poderá ser empregada a preferência das normas que diretamente promovem ou protegem os direitos fundamentais sobre aquelas que estão ligadas a esse fim apenas e forma indireta.

Com efeito, a aplicação do segundo parâmetro geral só se evidencia após a análise do primeiro parâmetro, isto é, quando existe de fato um conflito insuperável entre normas, não resolvidos pelas técnicas tradicionais para solução de conflito.

O problema aqui reside também na concepção valorativa, uma vez que na análise da promoção direta ou indireta da dignidade humana, cada pessoa poderá atribuir o valor que pareça mais conveniente, razão pela qual a simples aplicação dos parâmetros não demonstra a racionalidade, que deverá ser comprovada por meio da argumentação da decisão ponderativa.

Barcellos (2005, p. 273-276) ainda refere que entre a primeira e a terceira fase do processo ponderativo existe a análise fática e a construção de parâmetros específicos para cada caso. Tais parâmetros destinam-se a analisar as características particulares de cada conflito, “os elementos de fato relevantes e os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes conjuntos normativos ao longo do processo da ponderação”, auxiliando na aplicação correta dos parâmetros gerais.

Nesse contexto, a autora descreve que “não há fórmula pronta que esclareça como construir parâmetros para os conflitos específicos, mas um conjunto de perguntas ou teses” cujas respostas podem ajudar no processo de ponderação. Para tanto as perguntas são organizadas em três grupos. No primeiro grupo, as perguntas referem-se à estrutura do enunciado normativo, viabilizando a aplicação do primeiro parâmetro geral. No segundo grupo, as perguntas estão associadas ao conteúdo material dos enunciados, que possibilitam a aplicação do segundo

parâmetro geral. No terceiro grupo, as perguntas procuram identificar circunstâncias que interferem na aplicação do enunciado (BARCELLOS, 2005, p. 278-279).

Barcellos (2005, p. 279-281) apresenta algumas perguntas capazes de ajudar na construção dos parâmetros particulares que viabilizam a aplicação dos parâmetros gerais. Com relação ao primeiro grupo, destacam-se:

- (i) O enunciado examinado tem natureza de princípio ou de regra? [...]**
- (ii) Caso se trate de uma regra, há elementos de indeterminação em seu enunciado? [...]** elementos de indeterminação oferecem espaços para argumentação e muitas vezes é possível solucionar conflitos reais ou aparentes apenas por meio da definição de sentido dessas cláusulas.[...]
- (iii) O enunciado atribui um direito? Define competências? Fixa metas públicas ou bens coletivos?** Essa distinção é particularmente relevante quando se esteja diante de princípios [...], princípios que estabelecem metas públicas de caráter geral exigem uma compreensão diferenciada, já que seu sentido pode depender intensamente de decisões de natureza política e ideológica.
- (iv) Se o enunciado atribui um direito, quem é seu titular?** A resposta dessa questão ajuda a definir o espectro de abrangência do enunciado normativo [...]
- (v) Por fim, se o enunciado atribui um direito, quem está obrigado a respeitá-lo ou dar-lhe efeito?**

Ressalta-se que tais questões ajudam na identificação e aplicação do primeiro parâmetro geral, aplicado na primeira fase da ponderação, buscando desde o início evitar a subjetividade, imprimindo certeza de racionalidade no processo ponderativo. Após a análise do primeiro grupo, passa-se a análise do segundo grupo, em que se trabalha com o conteúdo dos enunciados, para Barcellos (2005, p. 282-286) aponta as seguintes perguntas:

- (i) Que efeitos o enunciado pretende produzir no mundo dos fatos? [...]** a definição desses efeitos depende da percepção individual do intérprete acerca de elementos morais, valorativos ou políticos. [...] a relevância dessa classificação está em que os efeitos de enunciados que envolvem fenômenos cujo surgimento e validade derivam da própria ordem jurídica dependem igualmente de contornos que essa mesma ordem lhes confere [...]
- (ii) Que outros enunciados estão relacionados com esse mesmo tema e, portanto com esses mesmos efeitos? [...]** Na hipótese de um conflito aparente com outras disposições, o intérprete deverá considerar não apenas o enunciado isoladamente, mas também os demais que com eles se relacionam, e para isso será fundamental identificar os elementos desse subsistema temático [...]
- (iii) Que condutas são necessárias e exigíveis para realizar os efeitos pretendidos pelo enunciado? [...]** é provavelmente a etapa mais complexa de toda investigação [...] é neste momento que cabe identificar o que pode ou não ser exigido (judicialmente até, e necessário) com fundamento neles.[...] Ao lidar com os princípios, a identificação das condutas necessárias à realização dos efeitos do enunciado encontrará muitas vezes o obstáculo das escolhas de natureza política. [...] Além de apurar as condutas necessárias, é necessário qualificar também quais, dentre elas, são exigíveis [...].

Quanto ao terceiro grupo de perguntas que servem como ferramentas para construção dos parâmetros específicos de racionalidade do processo ponderativo,

no qual se analisam as circunstâncias específicas que podem envolver a aplicação dos enunciados, Barcellos (2005, p. 287) apresenta as seguintes perguntas:

- (i) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado (como condições de modo de exercício, tempo ou lugar)? [...] (ii) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente ao titular do direito? [...] (iii) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente àqueles que estão obrigados a respeitar os direitos por ele outorgados? [...] (iv) Quais as finalidades lógica e histórica associadas ao enunciado? [...] (v) É possível identificar situações de conflito com outros enunciados? Como é possível superá-las?**

Os instrumentos oferecidos pela autora, descritos como parâmetros gerais e a elementos balizadores para construção de parâmetros específicos, servem como uma ordenação metodológica para aplicação da ponderação e redução do seu subjetivismo, buscando a concretização da racionalidade. Entretanto, muito embora evidentes os esforços de encontrar elementos lógicos e racionais para construção de parâmetros particulares, ou seja, de critérios objetivos específicos para cada conflito, a atribuição de peso continua existindo e dependendo da análise do intérprete, pois tal é próprio do processo de interpretação e de ponderação.

Nesse sentido, Pereira (2007, p. 506) afirma que no processo ponderativo, em razão da atribuição de peso aos bens e interesses em jogo, inevitavelmente acomoda-se certa dose de subjetivismo, uma vez que “a ausência de objetividade integral é algo que se apresenta sempre que é preciso decidir uma questão jurídica controvertida”.

Assim, mesmo com a existência de parâmetros, esses não são absolutamente capazes de afastar a subjetividade da decisão ponderativa, uma vez que essa é fruto de interpretação, razão pela qual muito embora fixados tais critérios como balizadores de racionalidade do processo ponderativo, eles não são obrigatórios, ou seja, o intérprete pode optar por aplicá-los ou não, sendo que em ambos os casos deverá justificar sua decisão. No caso de optar pelo afastamento dos parâmetros citados, deverá aprofundar sua argumentação para demonstrar a racionalidade da decisão.

Dessa forma, em razão dos referidos parâmetros não lograrem aplicação obrigatória, bem como permitirem valorações dos intérpretes na aplicação de determinado enunciado, busca-se uma nova alternativa para afastar ou amenizar a objeção de irracionalidade na aplicação da proporcionalidade, em especial no processo ponderativo.

4.4 A racionalidade possível: critérios de interpretação racional à aplicação da ponderação e da proporcionalidade

Cabe referir que a proporcionalidade e em especial a ponderação, representam instrumentos de extrema importância na concretização do texto constitucional e na adequação do mundo jurídico com a realidade social, uma vez que representam a técnica pela qual se solucionam conflitos entre direitos fundamentais, por meio de um processo metódico no qual não existem critérios objetivos de solução do caso concreto, sendo necessária a análise fática e jurídica de cada caso para se chegar à decisão ponderativa, razão pela qual se buscam alternativas para afastar ou amenizar o subjetivismo e a irracionalidade.

Nesse sentido, tendo em vista que os parâmetros expostos não elidem a valoração e atribuição de peso aos enunciados em conflito, bem como, em razão da natureza da ponderação e da proporcionalidade, não são dotados de obrigatoriedade e podem ser afastados pelo julgador, bastando que esse argumente em favor de sua decisão, tem-se que os mesmos não são capazes de definir a racionalidade da ponderação e tampouco da proporcionalidade, razão pela qual se busca uma nova perspectiva segundo a qual a racionalidade não se alcança por meio de critérios estritamente objetivos de aplicação geral para os casos de conflito entre princípios e em especial entre direitos fundamentais, mas deve estar presente na interpretação, que leva à aplicação da proporcionalidade, e na fundamentação da decisão, ou seja, que a racionalidade da decisão ponderativa encontra-se na racionalidade da interpretação do julgador e nos argumentos que fundamentam a decisão ponderativa.

Tal posição é fruto da exposição de Pulido (2005, p. 240) referente à aplicação da racionalidade prática e teórica na interpretação de normas constitucionais, em especial a interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Para o autor, na interpretação de normas constitucionais, a racionalidade prática e teórica leva em consideração a atividade dos intérpretes e em especial dos julgadores. Está relacionada com a racionalidade comunicativa, direcionada ao contexto específico da aplicação da norma, segundo a qual a racionalidade da interpretação constitucional busca a compreensão do “auditório” - conforme Perelman - representado pelo conjunto de seus interlocutores, formado pelos demais poderes do Estado, levando-se em consideração que a interpretação é feita pelo

Poder Judiciário, pelos operadores jurídicos e pela sociedade em geral, no que se refere à afirmação interpretativa mediante a qual se efetua a concretização e a aceitação como afirmação correta da norma a ser aplicada, possibilitando uma fundamentação racional da interpretação.

Para tanto, o autor assegura que a correção da fundamentação de uma norma possui duas dimensões, uma estrutural e outra material. A correção material depende de que a fundamentação esteja construída com base nos critérios materiais corretos, que derivam das teorias materiais dos direitos fundamentais, da análise de suas funções e do seu âmbito de proteção. A utilização de critérios materiais incorretos determinará uma fundamentação incorreta, razão pela qual se busca a dimensão estrutural para tentar fundamentar corretamente a interpretação de cunho material, sendo essa representada pela teoria interna dos direitos fundamentais e pelo princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2005, p. 242).

Tais dimensões são adotadas buscando o maior grau possível de racionalidade na interpretação de direitos fundamentais, sem esquecer que, conforme aponta Pulido (2005, p. 243), toda interpretação é formada por critérios subjetivos do intérprete, motivo pelo qual “a racionalidade de toda interpretação jurídica não pode ser mais que relativa”, razão pela qual se adota a argumentação jurídica como padrão de fundamentação da interpretação constitucional, buscando demonstrar a clareza e racionalidade da decisão interpretativa, haja vista que “na teoria jurídica não existe um catálogo único de regras de racionalidade”.

Dessa forma, o autor aponta algumas regras de argumentação racional a serem aplicadas na interpretação e aplicação de direitos fundamentais, quais sejam: R1. Clareza e consistência conceitual; R2. Consistência normativa; R3. Saturação; R4. Respeito à lógica dedutiva; R5. Respeito às cargas de argumentação; R6. Consistência argumentativa e coerência (PULIDO, 2005, p. 245-248).

Tais regras servem para racionalizar a argumentação que fundamenta uma determinada interpretação e aplicação de um direito constitucional, podendo ser utilizadas como subsídio para racionalizar a aplicação das parciais da proporcionalidade, em especial da ponderação, afastando ou, ao menos, diminuindo as objeções de irracionalidade e subjetivismo, uma vez que fornece uma interpretação racional para cada fase do processo ponderativo.

Assim, para racionalizar a aplicação da proporcionalidade e da ponderação, segue-se a idéia de racionalidade prática, ou seja, de argumentação e fundamentação das premissas a serem aplicadas na ponderação.

Nesse contexto, ressalta-se algumas regras de argumentação racional referente à interpretação dos direitos fundamentais, com base nas colocações de Pulido (2005), que podem servir de base para a racionalização da aplicação da proporcionalidade e ponderação, nos seguintes termos:

- R1. Claridade e consistência conceitual: a racionalidade da decisão ponderativa será maior quando mais claros e consistentes forem os seus argumentos, ou seja, quanto mais compreensíveis aos operadores jurídicos e à própria sociedade, bem como quanto mais objetivos sejam os significados dos conceitos e termos aplicados, sem possibilitar contradições ou ambigüidades.
- R2. Consistência normativa: a argumentação das normas jusfundamentais deverá ser capaz de fundamentar o mesmo resultado interpretativo e ponderativo para casos idênticos. Claro que no caso da ponderação, para classificar como idêntico o caso, deve-se levar em consideração que a análise ponderativa seja feita nas mesmas circunstâncias do caso anterior, uma vez que é da própria natureza da ponderação a análise das situações fáticas e jurídicas que circundam o caso concreto.
- R3. Respeito à lógica dedutiva: os argumentos aplicados em casa fase da ponderação ou da proporcionalidade são mais consistentes e racionais quando organizados pela lógica dedutiva, ou seja, à demonstração de coerência e consistência dos argumentos.
- R4. Respeito às cargas de argumentação: cada argumento utilizado para justificar a aplicação da proporcionalidade deve estar descrito de forma sólida, dotado de certeza e sem ambigüidades passíveis de criar um contra-argumento.
- R5. Consistência argumentativa e coerência: por fim, quanto mais consistentes e coerentes os argumentos aduzidos na proporcionalidade, maior será a racionalidade da ponderação. Nesse contexto, tem-se como consistência argumentativa a falta de contradições entre as proposições que constituem os conceitos e valorações dos princípios conflitantes analisados na ponderação. Bem como, têm-se como coerentes os

argumentos que estão respaldados por valores ou princípios constitucionais, possibilitando que um dos princípios em conflito possa ser exercido da melhor maneira possível³⁸. Aqui se pode fazer a seguinte construção, possui mais coerência o argumento que decide pelo princípio que está de certa forma mais vinculado com outros princípios ou valores constitucionais, como a saúde que está vinculada à vida, entre outros.

Assim, por meio dos critérios expostos, verifica-se que a racionalidade da ponderação está vinculada à racionalidade da interpretação, que por sua vez é demonstrada através da argumentação racional.

Nesse contexto, Monteiro (2004, p. 54) refere que “não é a referência legal, isoladamente, que torna uma decisão racional, mas a aceitabilidade da solução concreta à qual ela se dirige”, ou seja, a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade não se encontra na criação e adoção de critérios procedimentais de aplicação, mas sim na fundamentação e aceitabilidade da decisão ponderativa, isto é, da decisão que resolve o conflito entre direitos fundamentais e concretiza o texto constitucional.

Assim, a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade está vinculada à fundamentação da decisão restritiva de direitos fundamentais, fruto da aplicação da argumentação jurídica.

Com efeito, a existência de parâmetros para aplicação da ponderação e da proporcionalidade facilita a argumentação da decisão ponderativa, mas é por meio da interpretação e argumentação racional que se afasta a objeção de irracionalidade e subjetivismo, uma vez que a fundamentação racional, fundada na consistência e coerência dos argumentos, está presente em cada fase da proporcionalidade, justificando a sua aplicação e materializando a racionalidade prática.

Nesse contexto, a racionalidade da ponderação não é fruto da simples aplicação de parâmetros, que podem ser afastados do caso concreto, mas de interpretações racionais capazes de afirmar a consistência dos argumentos, ou seja, do dever de conformação da decisão com a razão pública, bem como pela decomposição dos elementos estruturais da ponderação capazes de demonstrar a

³⁸ Para uma análise mais detalhada dos critérios de coerência a serem observados na interpretação de direitos fundamentais, ver Pulido (2005, p. 247).

coerência na valoração dos bens em conflito e na exposição dos argumentos que fundamentam a ponderação.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais representam previsões absolutamente necessárias para a concepção de um Estado Democrático de Direito, uma vez que sua finalidade é a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao homem o mínimo de condições que permita o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como a organização e o desenvolvimento da sociedade.

Todavia, quando se está frente a um texto constitucional voltado para a proteção dos direitos do homem, albergando um extenso catálogo de direitos fundamentais, não é rara a ocorrência de colisão entre esses direitos, uma vez que nem sempre se verifica uma realização plena, harmoniosa e simultânea entre eles, necessitando da restrição de um deles para efetivação do outro.

Contudo, muito embora determinados direitos fundamentais possuam previsão expressa permitindo sua restrição ou regulamentação, o texto constitucional brasileiro não estabeleceu reserva geral de lei, capaz de restringir todo e qualquer direito fundamental, exigindo, para sua limitação, que a restrição esteja prevista constitucionalmente, uma vez que a Carta Magna representa a vontade do povo, formalizada pelos seus representantes legítimos.

Assim, nos casos em que não exista reserva legal permissiva de restrição ao direito fundamental, sendo absolutamente necessária tal restrição para salvaguardar um interesse mais valioso naquele momento, admite-se, em caráter de excepcionalidade, a aplicação, em esfera legislativa, da teoria dos limites imanentes, como forma legal de limitar a abrangência e o exercício de determinado direito fundamental, ou, ainda, em esfera judicial, a aplicação da máxima da proporcionalidade, através da análise do caso concreto, respeitando as parciais da adequação, necessidade e justa medida, por meio da qual se faz a ponderação dos valores em conflito.

Com efeito, é no âmbito jurisdicional que repercute significativamente a hermenêutica constitucional. É nele que se investigam os meios interpretativos capazes de solucionar os conflitos principiológicos de forma coerente, bem como de concretizar o texto da Magna Carta, principalmente no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais, normas hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico e de aplicação imediata.

Nesse sentido, é do conteúdo aberto e variável dos direitos fundamentais que resulta o choque entre esses direitos e desses com outros valores constitucionalmente protegidos, impondo ao magistrado a aplicação de um processo interpretativo constitucional e a utilização de métodos eficientes para buscar a harmonia entre as normas constitucionais conflitantes, através de critérios que protejam o bem jurídico de maior relevância, em razão do princípio da unidade e concordância prática da Constituição, razão pela qual se aplica a proporcionalidade para construção da decisão ponderativa.

Desta feita, em razão de os direitos fundamentais possuírem estrutura de normas-princípios, dispondo de uma mesma posição hierárquica e de importância no ordenamento jurídico, no caso de colisão entre eles, ou desses com outros bens constitucionalmente protegidos, necessárias se fazem a análise do Poder Judiciário e a aplicação da proporcionalidade para ponderação dos bens colidentes.

Assim, a proporcionalidade, cujas parciais da adequação, necessidade e ponderação determinam uma relação de precedência entre os bens em conflito, permite o alcance, por parte do intérprete, de uma solução coerente aos conflitos cujas regras da subsunção não alcançam uma resposta adequada, como no caso dos princípios e, principalmente, de direitos fundamentais.

Nesse sentido, aplica-se a proporcionalidade como procedimento de solução de conflitos principiológicos e em especial entre direitos fundamentais, em razão da ineficácia dos métodos tradicionais para produção de uma solução adequada. Para tanto, faz-se a análise das três dimensões interpretativas e argumentativas para construção da decisão ponderativa, quais sejam: adequação, necessidade e ponderação, nas quais se faz a análise dos bens em conflito, bem como da adequação e necessidade da medida restritiva e, por fim, a valoração de cada bem no caso concreto.

Com efeito, a proporcionalidade assume relevante função na solução de conflitos normativos, principalmente no que se refere à colisão de direitos fundamentais ou como método de aplicação dos princípios, representando um meio hermenêutico de efetivação do texto constitucional e servindo de garantia à efetivação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, é na esfera da ponderação dos bens em conflito que reside a grande controvérsia sobre a legitimidade da proporcionalidade, uma vez que é nessa etapa que se efetiva a lei da ponderação, na qual o intérprete analisa o grau de não-

satisfação e de afetação dos princípios colidentes, aplicando uma escala de valoração e afetação para os referidos bens, bem como estabelecendo o peso de cada princípio no caso concreto.

Ocorre que, na aplicação da ponderação, não existem critérios objetivos definindo o peso e o valor de cada direito fundamental, razão pela qual tal análise é feita diretamente, pelo intérprete, sobre o caso concreto, por meio da sua esfera interpretativa, ensejando dúvida quanto à legitimidade da decisão ponderativa, uma vez que a mesma é construída com certo grau de discricionariedade do magistrado.

Nesse contexto, muitas são as objeções apresentadas à proporcionalidade, em especial à ponderação, sendo a principal delas referente a subjetividade e irracionalidade desses instrumentos, uma vez que a inexistência de critérios objetivos para resolução do conflito pode permitir ao intérprete uma valoração subjetiva do caso concreto e a utilização do seu fator ideológico para decisão, de tal sorte que a ponderação e a proporcionalidade serviriam simplesmente para camuflar e legalizar decisões políticas e parciais, orientadas pelo subjetivismo e arbitrariedade do intérprete, ou seja, legitimadoras de decisionismos judiciais.

Assim, a principal discussão com relação à proporcionalidade e à ponderação é a existência ou não de racionalidade nos seus resultados finais. Para tanto se discute a adoção de parâmetros de racionalidade para aplicação dos mesmos, haja vista a efetivação de tais institutos estarem no campo da discricionariedade do intérprete em razão da inexistência de critérios objetivos determinantes de um procedimento rígido para aplicação de cada parcial que, por fim, culmina na medida proporcional de intervenção na esfera fundamental de cada indivíduo.

Atualmente existem alguns parâmetros propostos para construção de uma decisão ponderativa racional, dentre eles se destacam os propostos por Barcellos (2005) de que, na análise dos enunciados em conflito, as regras preferem os princípios, bem como existindo conflito entre enunciados de mesma natureza, prevalecem aqueles que promovem diretamente direitos fundamentais. Todavia, se ambos enunciados alçarem os dois parâmetros expostos, deve-se buscar a construção de parâmetros específicos ao caso concreto, e nesse caso retorna-se a esfera de subjetividade do intérprete à medida que a valoração dos dados para construção dos parâmetros específicos dependerá das concepções ideológicas de cada um.

Ressalta-se que, tendo em vista a própria natureza da ponderação e da proporcionalidade, cuja aplicação e análise se dão levando em consideração os fatos que circundam o caso concreto e, portanto, dentro da esfera de interpretação do magistrado, a racionalidade existente nos referidos institutos não será absoluta.

Nesse sentido, os parâmetros propostos para comprovar a racionalidade dos referidos institutos não têm aplicação obrigatória, ou seja, dependem da vontade do intérprete para serem implementados ao conflito analisado, podendo ser afastados pela adoção e fundamentação de outro posicionamento, de tal sorte que tais parâmetros também não carregam uma racionalidade absoluta, pois dependem da interpretação de cada agente.

Outrossim, importante ressaltar que, admitir a possibilidade de criação de pressupostos e critérios materiais rígidos para aplicação da proporcionalidade e suas parciais, em especial da ponderação, desvirtuariam a especialidade da medida, bem como sua natureza jurídica, que reside na questão formal, em virtude de sua aplicação analisar cada caso concreto não chegando apenas a um único resultado, mas a melhor solução a cada situação em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas que a circundam.

Assim, a adoção de critérios objetivos à aplicação da proporcionalidade, além dos já exigidos com a análise da adequação, necessidade e ponderação, implicaria a estatização da referida máxima, tornando-a um procedimento normativo estanque, incapaz de concretizar princípios, haja vista a sua indeterminação e abstração, bem como o impossibilitando de conformar o Direito à realidade social, desvirtuando a própria natureza jurídica desses instrumentos.

Com efeito, é cediço que a aplicação da proporcionalidade não pode ficar à mercê da vontade do intérprete, que no seu campo de discricionariedade estaria legitimado a aplicá-la conforme a sua concepção subjetiva, influenciada por questões meramente ideológicas na ponderação e determinação da precedência de um direito sobre outro, transformando o que deveria ser uma decisão proporcional em uma decisão meramente arbitrária, cuja motivação residiria simplesmente na argumentação moral e não racional.

Nesse sentido, com a finalidade de evitar a arbitrariedade do intérprete, exige-se na aplicação da proporcionalidade não apenas a verificação da adequação, necessidade e ponderação, mas também a interpretação racional de cada etapa, ou seja, a justificação da medida por meio da fundamentação da decisão.

Assim, a racionalidade da ponderação e da proporcionalidade não reside na adoção de critérios objetivos para sua aplicação, uma vez que já existem procedimentos específicos estruturando a sua concretização, sendo que a criação de outros critérios, além dos já existentes, implicaria a substituição da ponderação pelo simples processo subsuntivo, ou seja, frente ao caso concreto, aplica-se a solução existente e prevista no ordenamento.

A racionalidade da ponderação e da proporcionalidade reside sim na aplicação da interpretação racional como forma de fundamentação de cada etapa do procedimento, de forma que a subjetividade extremada da qual decorre a arbitrariedade não encontrará carga argumentativa para sustentar a decisão, caracterizando a sua irracionalidade e afastando a sua legitimidade.

Diferentemente da decisão ponderativa construída com base na interpretação racional, que encontra na argumentação jurídica as razões e os argumentos racionais e coerentes capazes que convencer sobre a importância de cada uma das parciais e principalmente da decisão final, criando assim um juízo de plausibilidade, aceitabilidade e legitimidade jurídica, ou seja, de racionalidade e legitimidade para o resultado da ponderação, a decisão meramente subjetivista não encontra argumentos racionais capazes de sustentá-la e aferir legitimidade para aplicação, sendo facilmente afastada do ordenamento.

Assim, a racionalidade da proporcionalidade e da ponderação reside na interpretação racional, formalizada por meio da argumentação que tem como finalidade estabelecer as parciais como procedimento capaz de demonstrar a certeza e correção do resultado ponderativo, ou seja, da decisão de restrição de um direito fundamental.

Com efeito, é através da justificação deste resultado final, ou seja, da necessidade de argumentar, por meio de razões racionais obtidas no próprio ordenamento jurídico, sobre a relevância de cada parcial e, principalmente, do resultado obtido através da proporcionalidade, que se dá a legitimidade e aceitabilidade jurídica da referida decisão.

Nesse sentido, a proporcionalidade e a ponderação representam institutos racionais, ainda que tal racionalidade não seja absoluta, pelo menos significa uma racionalidade possível, ou seja, aquela que justifica a melhor decisão ao caso concreto e não a que determina a única resposta ao caso em análise. Proporcionalidade e ponderação são considerados instrumentos essenciais no

processo hermenêutico de conformação do texto legal a realidade social, principalmente no que se refere à concretização dos enunciados constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que ponderam os direitos em conflito e solucionam o caso concreto levando em consideração a proteção do princípio da dignidade humana.

Desta forma, se é certo que não existem critérios de racionalidade expressos no procedimento ponderativo e proporcional, também é certo que tais procedimentos são efetivados na esfera da interpretação que admite, pela sua própria natureza, a valoração dos enunciados em análise, mas que exige a fundamentação da sua decisão por meio da argumentação jurídica, com a qual se demonstra a racionalidade do resultado atribuído pelo magistrado como solução do caso concreto, afastando qualquer possibilidade de decisionismo interpretativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre: UFRGS, v.16, p. 203-214, 1999.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madri, ano 22, n. 66, Setembro-Dezembro, p. 13-64, 2002.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Alexandre da Silva. A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**. Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 95-117, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In* BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar., 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, p. 76-107, jan./mar., 2006.

_____. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: IBDC, n. 43, p. 98-109, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CORREA, Darcísio. Argumentação e hermenêutica: entre o discurso e realidade. In: SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. **Hermenêutica e argumentação**. Ijuí: Ed. Unijuí; Caxias do Sul: Educs, 2003.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 1998.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus critérios. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., p. 173-198, 2006.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. **Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica**. Madri: Tecnos, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAZZARESE, Tecla. Regionamento giudiziale e diritti fondamentali. Rilievi logici ed epistemologici. **Analisi e diritto**. 2002-2003. Disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998. T. IV.

MONTEIRO, Claudia Servilha. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino.** Florianópolis: Boiteux, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standars* de ponderação. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 4, n. 15, abr./jun., 2005.

PARDO, David Wilson de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, p. 50-66, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____. Estructura y limites de la ponderación. **Doxa**, n. 26, p. 225-238, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: LOBO, Ricardo Torres (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr., 2002.

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

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 154, abr./ jun., p. 213-227, 2002.

_____. **Racionalidade das decisões judiciais**. Brasília: Juarez de Oliveira, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)