

RAFAEL TOMAZ DE MAGALHÃES SAUD

**A PONDERAÇÃO DE VALORES NO ÂMBITO DO PÓS-
POSITIVISMO: UM EXAME DAS DIMENSÕES DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

BRASÍLIA
2013

RAFAEL TOMAZ DE MAGALHÃES SAUD

**A PONDERAÇÃO DE VALORES NO ÂMBITO DO PÓS-
POSITIVISMO: UM EXAME DAS DIMENSÕES DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB)
como pré-requisito para a obtenção
de Certificado de Conclusão de
Curso de graduação *Lato Sensu*, na
área do Direito.

Orientador: Professor André Pires
Gontijo

BRASÍLIA
2013

RAFAEL TOMAZ DE MAGALHÃES SAUD

**A PONDERAÇÃO DE VALORES E O PÓS-POSITIVISMO:
UM ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DA
PROPORCIONALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de graduação *Lato Sensu*, na área do Direito.

Orientador: Professor André Pires Gontijo

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

PROFESSOR ANDRÉ PIRES GONTIJO

“Toda reforma interior e toda mudança para melhor dependem exclusivamente da aplicação do nosso próprio esforço.”

Kant

"Paciência e perseverança tem o efeito mágico de fazer as dificuldades desaparecerem e os obstáculos sumirem."

John Lennon

Dedico esta monografia, assim como as minhas conquistas à toda minha família. Gostaria de agradecer a Deus por me dar forças, determinação e coragem durante esta caminhada. Agradeço a todos amigos pelos cinco anos ao meu lado, e aos professores pela paciência e cuidado ao nos ensinar, especialmente ao meu orientador André Pires Gontijo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CAPÍTULO 1 – RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A PONDERAÇÃO DE VALORES	11
1.1. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	11
1.2. O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.3. O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
1.4. FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.5. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO TEORIA EXTERNA.....	32
2. CAPÍTULO 2 – A PONDERAÇÃO DE VALORES PÓS POSITIVISMO	38
2.1. O SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA DO DIREITO DE HANS KELSEN.....	38
2.2. O SISTEMA JURÍDICO NO PENSAMENTO DE HERBERT L. A. HART.....	40
2.3. A PONDERAÇÃO DE VALORES DE ROBERT ALEXY.....	45
3. CAPÍTULO 3 – A PROPORCIONALIDADE	62
3.1. A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE.....	62
3.2. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE BASEADA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO.....	64
3.3. A REGRA DA PROPORCIONALIDADE.....	68
3.4. A ADEQUAÇÃO DOS MEIOS.....	70
3.5. A SUBREGRA DA NECESSIDADE.....	70
3.6. A SUBREGRA DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	71
3.7. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FÓRMULA PROPOSTA POR ROBERT ALEXY.....	71
CONCLUSÕES	77
REFERÊNCIAS	78

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a utilidade e a aplicabilidade do modelo de argumentação jusfundamental proposto por Robert Alexy. Primeiramente, far-se-á uma revisão da classificação das normas jurídicas propostas pelo professor alemão, procurando demonstrar a sua adequação à dogmática dos direitos fundamentais. Logo em seguida, a máxima da proporcionalidade será apresentada como uma estrutura formal que permite a ponderação de princípios, funcionando como metanorma que permite descobrir um ponto ótimo de aplicação dos princípios constitucionais colidentes. Finalmente, será feita uma introdução à fórmula de ponderação, que se constitui em um modelo aritmético que pretende estabelecer uma relação entre os três principais fatores que determinam o resultado da ponderação: pesos concretos dos princípios em rota de colisão, pesos abstratos desses mesmos princípios e segurança de premissas empíricas utilizadas na argumentação jurídica. O objetivo da monografia não é somente apresentar a fórmula de Alexy, mas também elucidar alguns aspectos de sua aplicação que ainda não foram suficientemente claros, quais sejam, os critérios de hierarquização *prima facie* dos princípios jusfundamentais e o problema da interação de princípios. O resultado é simples, em que para determinar o peso abstrato dos princípios, e, logo, para classificar os princípios jurídicos quanto a restringibilidade de seus graus, é necessário combinar os critérios propostos por Alexy.

Palavras-chave: Ponderação de Valores. Robert Alexy. Proporcionalidade. Colisão. Princípios

INTRODUÇÃO

A interpretação e sua teoria sofreram um processo de desenvolvimento tão grandioso quanto a própria consciência humana.

Este estudo irá abordar o aspecto da interpretação jurídica e, em especial, da interpretação constitucional. A partir de um enfoque mais profundo do problema será feita uma análise da interpretação constitucional contemporânea. A importância dessa moderna forma de interpretação é ter dado normatividade aos princípios, elevando a norma a uma categoria de gênero, na qual as espécies a serem examinadas, princípios, regras e valores, serão o objeto central da interpretação constitucional sob princípios.

Mas antes disso, correrão por esses estudos seus elementos essenciais que, encadeados, necessariamente nos direcionam ao tema central. Dessa forma indaga-se como o modelo de argumentação jusfundamental proposto por Alexy é útil e aplicável ao estudo do direito.

Nesse sentido, alguns aspectos de sua aplicação ainda não foram suficientemente claros, quais sejam, os critérios de hierarquização *prima facie* dos princípios jusfundamentais assim como problema da interação de princípios. Sob esta perspectiva, os princípios possuem consequências normativas, em que a finalidade à qual se refere o princípio deve ser julgado de maneira relevante quando surgir um caso concreto. Na direção de que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie* e sua estrutura principiológica tem o suporte fático mais amplo possível.

O tipo de pesquisa elaborada é dogmática-instrumental, por uso da técnica de revisão bibliográfica. Assim visa-se saber especialmente se a fórmula de ponderação pode,

ou não, ser considerada um modelo adequado e estruturado para a argumentação jusfundamental.

Na perseguição desse objetivo, no primeiro capítulo far-se-á uma revisão da distinção entre princípios e regras, enfatizando a definição das espécies de norma jurídica, levando-se à tona as possibilidades de amplitude desse suporte fático no âmbito dos direitos fundamentais, analisando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais que determina o limite que o legislador não pode ultrapassar, mostrando o espaço que a lei limitadora não pode invadir.

Assim, no segundo momento da presente obra, é feita uma apresentação da teoria pura do direito de Hans Kelsen, que pretende delimitar de forma precisa o direito positivo, eliminando qualquer elemento estranho, como a moral, economia e a teologia. Tratar-se-á também da idéia de Hart, em que sua análise parte de uma centralidade da noção de regra em um sistema jurídico, sendo estas regras espécies do gênero regras sociais. Quanto a obra de Alexy aqui defendida, esta assevera que o problema está na interpretação das formulações do direito positivo e nos problemas de interpretação na jurisprudência em geral.

Na terceira etapa, procurar-se-á delimitar precisamente técnica de ponderar, fazendo uma análise específica da função que a proporcionalidade exerce no ordenamento jurídico, introduzindo a formula de Alexy para a ponderação de princípios, delimitando os elementos contidos nesta, analisando sua conveniência prática.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação constitucional conta com os princípios como fatores relevantes em sua dimensão contemporânea, e diante da falta de técnicas disponíveis para a que resposta chegar quando diante de uma colisão de princípios

fundamentais de direito, assim a presente obra atrai o leitor trazendo uma possibilidade bem estruturada e fundamentada racionalmente para a resolução dos conflitos principiológicos.

1. A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A PONDERAÇÃO DE VALORES

1.1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Ab initio, se mostra necessário criar um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras, pois esta diferenciação desempenha um papel importante no contexto dos direitos fundamentais.

Humberto Ávila ao tratar desse panorama nos ensina que para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para encontrar um determinado mandamento. Em que mais do que uma distinção de grau de abstração da prescrição normativa, a diferença consistia também qualitativamente. Assim, o critério para se distinguir princípios de regras seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.¹

Nessa senda, para Karl Larenz princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica tanto existente quanto possível, mas que ainda não são regras suscetíveis para serem aplicadas, por lhes faltar caráter formal de proposições jurídicas, ou seja, o que conecta a hipótese de incidência com a consequência jurídica. Dessa maneira, princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, assim como a função de fundamento normativo para a tomada de decisão também seria um critério distintivo de princípios para com regras.²

De outra parte, Canaris entende que duas características afastariam princípios de regras. Primeiramente, o conteúdo axiológico, pois, princípios ao contrário de regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e, por isso, carecem de regras para se concretizar. A segunda característica é o modo de se interagir com outras normas, em que

¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

princípios, ao contrário de regras, receberiam o seu conteúdo de sentido apenas por meio de um processo dialético de complementação e limitação.³

A fim de atacar o Positivismo, sobreveio o estudo de Dworkin, em que, para este, as regras seriam aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e sua consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é válida.⁴ De outro lado, princípios não determinam de forma absoluta a decisão, mas apenas contem fundamentos, que devem ser conjugados com fundamentos vindos de outros princípios.⁵ É justamente dessa afirmação feita por Dworkin que se chega ao entendimento de que princípios, ao contrário de regras possuem uma dimensão de peso demonstrável quando princípios se colidem, em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.⁶

Com efeito, a distinção elaborada por Dworkin consiste em uma diferenciação quanto à sua estrutura lógica, com base em critérios classificatórios, ao contrário de comparativos como elabora Robert Alexy.⁷

Como normas podemos compreender tanto regras quanto princípios, pois ambos dizem o que deve ser.⁸ Para Robert Alexy o ponto de decisão quando se distingue regras e princípios é que princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível dentro de possibilidades jurídicas e fáticas que existem.⁹ Princípios são portanto, mandamentos de otimização, que se caracterizam por sua satisfação ocorrer em

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27-28.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 87.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

diferentes graus e porque a medida devida de sua satisfação depende tanto de suas possibilidades fáticas como jurídicas, em que o âmbito dessas possibilidades jurídicas se determina pela colisão de princípios e regras.¹⁰

Observa-se pois que os princípios não contem um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Princípios, por sua vez, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, em que a forma pela qual se determina a relação entre a razão e a contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio.¹¹

Verifica-se regras como normas que são sempre satisfeitas ou não.¹² Entende-se que se uma regra é válida, deve se fazer exatamente o que se é exigido. Dessa forma, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática ou juridicamente possível.¹³

Nesse contexto, significa que a distinção de regras não é de grau e sim qualitativa. Toda norma, portanto, será ou uma regra ou um princípio.¹⁴

Seguindo esse raciocínio, Humberto Ávila completa a distinção feita por Alexy, sustentando que não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas e nem hipóteses de incidência. Oportuno salientar que os princípios também possuem consequências normativas, em que o fim à qual se refere o princípio deve ser julgado de forma relevante diante do caso concreto e que também deve ser

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 104.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91.

adotado um comportamento necessário para realizar ou preservar um determinado estado ideal das coisas.¹⁵

Com esse enfoque, para o professor Humberto Ávila, regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições através da descrição da conduta a ser adotada, isso quer dizer que a característica dianteira das regras é a previsão de comportamento.¹⁶ Temos, então, regras definidas como normas mediatemente finalísticas, em outras palavras, normas que estabelecem indiretamente fins, e que quando se concretizam estabelecem de forma mais exata o comportamento devido.¹⁷ A partir daí, regras são prescrições em que seu elemento frontal é o descritivo, e por isso, possuem um caráter deôntico-deontológico, primeiro porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições e segundo pois essas obrigações, permissões, e proibições decorrem de uma norma que indica o que deve ser feito. Por isso, Ávila afirma serem as regras normas do-que-fazer em que seu conteúdo diz respeito diretamente a ações.¹⁸

Sustenta ainda que regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, dessa forma, as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim.¹⁹ Isso quer dizer que, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitivo do enunciado prescritivo, o aplicador se vê obrigado a argumentar de maneira que fundamente uma avaliação de que acontece entre a construção

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 63.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64

de conceito dos fatos e a construção de conceitos da norma e da finalidade que lhe dá suporte.

20

Oportuno salientar que, além do modo em que as regras podem deixar de ser aplicadas integralmente, elas assumem um caráter retrospectivo na medida em que descrevem um situação de fato já conhecida pelo legislador.²¹ Orienta ainda que, as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e mesmo assim não ser aplicáveis²², ao ponto em que, apesar da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, possuem a vontade de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.²³

Discorrendo sobre regras e princípios, J.J. Gomes Canotilho compreende regras como normas que, verificados determinados pressupostos, se exige, proíbe ou permite algo em termo definitivo, sem qualquer tipo de exceção.²⁴

O mencionado autor argumenta que, princípios como normas, exigem a realização de algo na melhor forma possível de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas. Em que princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, eles impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível fática ou jurídica.²⁵

No ponto, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto de Barroso destacam regras como normalmente sendo relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 65.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 68.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1177.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1177.

aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Se ocorrer a hipótese prevista em seu relato, a regra incide, pelo mecanismo de subsunção, cujo qual enquadram-se os fatos na previsão abstrata e depois se produz uma conclusão.²⁶

Os autores supra citados, no que concerne a princípios, defendem que estes, por sua vez, contêm relatos com um grau de abstração maior, não especificando a conduta que deve ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, as vezes indeterminado, de situações. A aplicação deverá se dar por ponderação, em que tendo em vista o caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deve desempenhar, mediante concessões de reciprocidade, em que cada um seja preservado ao máximo, na medida de suas possibilidades. Isso quer dizer que, sua aplicação não ocorreria no esquema tudo ou nada, e sim gradualmente, observando as circunstâncias representadas por outras normas ou situações de fato.²⁷

Há ainda, a necessidade de diferenciarmos normas de valores. Na lição de Robert Alexy compreende-se, primeiramente, que muitas coisas podem ser objetos de valoração, em que podem ser valorados desde objetos naturais e artefatos a ações e situações. De igual natureza variada são os critérios de valoração.²⁸ Nesse contexto, não são os objetos e sim os critérios de valoração que devem ser entendidos como “valor”.²⁹

Nessa perspectiva, a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. Sendo assim, somente critérios passíveis de sopesamento são denominados como critérios de valoração. Para aqueles critérios que, assim como regras, se aplicam independente de sopesamento, sua denominação é de

²⁶ BARROSO, Luis Roberto e DE BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. A Nova Interpretação Constitucional. Renovar. 2006, p. 338.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto e DE BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. A Nova Interpretação Constitucional. Renovar. 2006, p. 339.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 149.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 150.

regras de valoração.³⁰ A partir de uma estrutura utilizando norma como um supra conceito, esta compreende normas deontológicas, sendo estas regras e princípios, e normas axiológicas onde se encontra a regra de valoração e o valor denominado como critério de valoração.³¹ Ensina o autor que, aquilo que no modelo de valores, é *prima facie* melhor, situando-se num âmbito axiológico do bom, é no modelo de princípios, *prima facie* devido, situado num âmbito deontológico do dever-ser.³²

Seguindo esse raciocínio o Professor Marcelo Cattoni leciona que normas, quer como princípio quer como regras, visam ao que é devido, são, por sua vez, enunciados deontológicos em que à luz de normas se decide qual a ação ordenada. Noutra giro, valores visam ao que é bom e melhor, que condicionados a uma determinada cultura, são enunciados axiológicos ou teleológicos. Dessa forma valores acabam sendo priorizados ao invés de aplicados, como ocorre com normas.³³

Em outro sentido, daquele defendido por Alexy, é o de Habermas, argumentando que a proposta de interpretação de princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, seja de maior ou menor intensidade, é frouxa.³⁴

Habermas, em desacordo ao conceito de grau e qualidade sustentado por Alexy, defende que princípios são normas em um patamar mais elevado nos quais outras normas se justificam.³⁵

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 150.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153.

³³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 67.

³⁴ DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Colisão entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 92.

³⁵ DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Colisão entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 92.

Ensina o autor que, as normas possuem um sentido deontológico que obriga seus destinatários a um determinado comportamento capaz de preencher expectativas generalizadas, já os valores possuem um sentido teleológico, e funciona como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Orienta ainda que, as normas são formuladas com uma pretensão de validade-binária, possibilitando definir se um comportamento está em contrariedade ou conformidade ao enunciado normativo estatuído.³⁶

Por conseguinte, no entendimento de Habermas, os valores não determinam relações binárias e sim relações de preferência, e com esse enfoque os princípios estão submetidos ao código binário do Direito, em que aqui se encontra, até uma das distinções entre Direito e moral. Nesse pensamento, se um determinado tribunal disser que uma lei é inconstitucional com base em um princípio, por exemplo o da igualdade, a aplicação desse princípio irá ocorrer no método do *all or nothing*.³⁷

1.2 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito Constitucional Brasileiro, anterior à Constituição de 1988, sempre foi um direito constitucional da organização estatal e da organização de poderes e somente em segundo plano um direito constitucional dos direitos fundamentais.³⁸

A aplicação do suporte fático se dá principalmente no Direito Constitucional e para avaliar tal aspecto, partir-se-á das possibilidades de amplitude desse suporte fático no âmbito dos direitos fundamentais.

³⁶ DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Colisão entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 93.

³⁷ DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Colisão entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 93.

³⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 28.

Muller utiliza-se de um método concretista, se baseia principalmente na tópica, esta reparada e modificada em vários seguimentos a fim de chegar no resultado que sua metodologia estruturante propõe.³⁹

Nessa senda, todos os atos centralizam na estrutura e na racionalização do processo de se concretizar a norma, da forma que a iniciativa interpretativa, deixada a ver pela tópica, possa com o método de racionalização vincular-se, e dessa forma não se dissolveria o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional.⁴⁰

No ponto, Muller qualifica interpretação como concretização, surge assim, a indagação do que seria norma. Norma para o autor, é algo além do texto da regra normativa⁴¹ e a essa não-identidade da norma com o texto normativo tem se como exemplo o uso de costumes.⁴²

Dessa maneira, concretizar a norma e realizar o direito a partir de seu método, abrangeria todas as tarefas para se chegar a interpretação.⁴³

Em tal contexto, é mister reconhecer que não se deve tentar concretizar a norma por meios voluntaristas, presos a exemplos de hermenêutica clássica, voltada a determinar uma vontade objetiva da lei ou vontade do legislador, e muito menos misturar métodos, ao se utilizar pontos de vista como o princípio da unidade de constituição.⁴⁴

Para avaliar tal aspecto, é necessário, uma interpretação conforme a coisa, e que norma deve ser possível de sofrer alterações à medida em que o mundo social sofre

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 499.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 499.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 499.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 505.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 499.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 500.

alterações práticas e deve-se considerar um encadeamento lógico de ideias históricas, políticas e científico-sociais para se chegar a decisão final.⁴⁵

Fato é que ao tornar fática a norma, busca Muller com seu método concretista, evitar o dualismo que é a separação de duas constituições uma formal e outra material, assim como o confronto entre a realidade e a norma jurídica.⁴⁶

O dado autor vai além e critica os positivistas destacando que para estes, a constituição seria apenas um sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma um ato de vontade do estado expresso em lei, assim o método positivista busca uma neutralidade a manter sempre as coisas como estão do ponto de vista político e ideológico, não havendo conexão entre direito e fatos históricos e sociais contemporâneos.⁴⁷

Noutro giro, os positivistas creem num sistema de discurso jurídico sem lacunas e que se por ventura aparecerem, serão preenchidas por princípios e fundamentos do direito positivo e também acreditam numa identidade do texto da norma com a norma fazendo uma simples interpretação de textos de linguagem recorrendo aos recursos e regras não naturais da hermenêutica clássica.⁴⁸ Por conseguinte, para estes positivistas a norma nada mais é que um discurso idiomático em um papel e a aplicação se dá com a interpretação desse texto.⁴⁹

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 500.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 500.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 501.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 502.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 502.

Orienta ainda que o processo de concretização tem como base um tripé de apoio composto por três elementos, quais sejam, o fato, o programa da norma e o âmbito normativo.⁵⁰

Desse modo, a metodologia de Muller funda-se numa teoria do direito e não numa teoria sobre o direito, sendo essa teoria do direito uma teoria da norma jurídica.⁵¹

Constata-se que nessa concretização da norma se tem num mesmo nível a jurisprudência do direito e a ciência jurídica, o legislativo, a administração e o governo, em que a atividade se direciona sem exceção à norma, assim se não houver nenhum conflito constitucional ou alguma controvérsia, o cumprimento da regra jurídica pode até mesmo ser uma maneira de concretização normativa.⁵²

Com esse enfoque, o verbalismo normativo⁵³ é de menor valor já o realismo que abrange o funcionamento o reconhecimento e a atualidade efetiva é tudo. Ainda sob essa perspectiva, o texto normativo é apenas a ponta de uma estrutura vertical que ao se aprofundar se encontra em sua raiz a normalidade feita dos fatos e relações de natureza social e estatal.⁵⁴

A partir daí, não seria portanto o texto da norma constitucional que regula o caso concreto e sim o corpo legislativo, o órgão do governo o administrador, juiz o aparelho judiciário que anuncia fundamento e até mesmo executa a decisão concernente a cada caso.⁵⁵

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 502.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 504.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 504.

⁵³ Com o concretismo de Muller chega-se a um ponto em que o jurista, ao falar da Constituição, deve esquecer que está falando do texto da Constituição, assim como ao falar da lei deve ter em mente que não é a letra da lei o objeto de sua referência. O verbalismo normativo é somenos, o realismo extravocabular da norma é tudo, principalmente quando se trata de matéria constitucional, no processo de sua concretização, que abrange funcionamento, reconhecimento e atualidade efetiva.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 505.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 505.

Isso quer dizer que essa hermenêutica jurídica que ultrapassa o positivismo se fundamenta a partir da atividade jurídica tanto da ciência como da prática em que o texto normativo não apresenta normatividade e estrutura material concreta pois apenas se restringe a limitar as possibilidades legais de uma determinada interpretação ou concretização material do direito.⁵⁶

Temos, então, uma estrutura com o texto normativo em sua ponta em que sua interpretação se apresenta da seguinte maneira: Parte-se da premissa de que a norma não pode ser separada da realidade, essa realidade que em seu âmbito é elemento material constitutivo da própria norma, é afetada pela disposição da norma, apresentada por Muller como programa da norma.⁵⁷

Assim é que Muller leciona no sentido de que, vários elementos interveem na operação interpretativa, alguns em relação direta com a norma como os metodológicos tomados numa acepção estrita, assim como os do âmbito da norma e parte dos elementos dogmáticos e outros que não se relacionam diretamente e indiretamente desempenham funções auxiliares que se limitam ao ato de concretização.⁵⁸

Finalmente, busca o autor, estabelecer uma hierarquia entre os elementos, em que quando entrarem em conflito, os elementos imediatamente relacionados com a norma prevalecem sobre os demais e se conflitantes forem os elementos imediatamente relacionados com a norma prevalecerá os elementos gramaticais e sistemáticos, uma vez que se referem a

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 505.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 505.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 507.

interpretação de texto de normas tendo em vista que os restantes não se referem a textos de normas.⁵⁹

Todavia, aceitar os pressupostos teóricos da teoria de Alexy, implica rejeitar necessariamente as teorias restritivas sobre suporte fático com base numa estrutura jurídica limitativa que decorre da hierarquia de elementos hermenêuticos.⁶⁰

Nessa esteira, tanto o que é protegido, qual seja, o âmbito de proteção, como aquilo contra o qual é protegido, sendo este a intervenção que em geral é estatal, fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.⁶¹

No ponto, Alexy chama de suporte fático a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal. E a esse suporte fático se contrapõe o que se chama de fundamentação constitucional.⁶²

Em tal contexto é mister reconhecer o entendimento de Afonso Virgílio da Silva, que em contrapartida, nos ensina que “se suporte fático são elementos que quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”⁶³ mostra-se necessariamente que na intervenção não enseje fundamentação constitucional. Ensina o Autor, que se houver fundamentação constitucional para a intervenção estará diante de uma

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011. p. 508.

⁶⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 29.

⁶¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 30.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 306.

⁶³ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 31.

restrição constitucional e não diante de uma violação ao direito fundamental, o que impediria a ativação da consequência jurídica.⁶⁴

Decorrencia lógica do exposto, leciona Virgílio Afonso da Silva, que suporte fático não é apenas a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas se inclui nesse conceito a ausência de fundamentação constitucional.⁶⁵

Cabe destacar que a principal característica das teorias que pressupõe um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a certas ações, estados e até mesmo posições jurídicas que poderiam ser, abstratamente, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.⁶⁶ A definição do suporte fático restrito, em geral, é a própria definição do que é definitivamente protegido.⁶⁷

Em contrapartida à ideia de ponderação de bens, Muller ressalta, que do ponto de vista metódico, a ponderação é bastante questionável em vários pontos, pois não considera em nenhum momento as objeções que existem de um Direito de Estado contra a insegurança jurídica que circula à ponderação de bens e contra da subjetividade de valores a serem julgados.⁶⁸

⁶⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 31.

⁶⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 31.

⁶⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 32.

⁶⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 34.

⁶⁸ MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante Do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 279.

Para corroborar tal argumento, em todas as formas de argumentação que pressupõe um suporte fático restrito, não se fala em restrição a direitos fundamentais além de apagar a hipótese de sopesamento entre princípios.⁶⁹

Nesse diapasão, em alguns casos como na hipótese de invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, não se depara com uma situação de conflito entre um direito invocado e outros valores, expressos ou não por direitos fundamentais, é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, não há aqui, colisão entre direitos fundamentais, mas sim a não proteção de certas ações por normas que, por aparência, deveriam dar proteção.⁷⁰

Numa visão pragmática, na teoria de Muller, em que as normas superam o positivismo jurídico, estas não devem se restringir somente em uma identidade com o texto normativo, elas devem também ser determinadas pela realidade social que as rodeiam.

Segundo Muller: "os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos por meio do reconhecimento constitucional e da garantia de liberdade no campo da prescrição normativa[...]".⁷¹

De acordo com Alexy, Müller, confunde o programa normativo com o conceito semântico de norma, ao dizer que a Teoria da Norma e a Teoria da Aplicação do Direito se diferenciam apenas por perspectivas. Ele se usa de um argumento que possui três

⁶⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 33.

⁷⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 34.

⁷¹ Friedrich Muller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969. p. 11. Apud ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

níveis, no primeiro ressalta-se que “Conceitos jurídicos não tem significado e os enunciados não tem sentido como se fossem algo hermeneuticamente predeterminado”⁷². Afirma ainda em seu segundo nível, que a Teoria Semântica estabeleceu critérios rígidos de validade sobre as normas, estando obrigada a "construir a norma de decisão exclusivamente por meio de dados linguísticos"⁷³. No terceiro nível encontra-se a solução proposta por Muller em que os argumentos que devem ser incluídos no conceito de norma são exatamente os argumentos relacionados ao âmbito dos dados reais, na visão pragmática.⁷⁴

Alexy contesta essa teoria, e, argumenta que uma teoria estruturada em conceitos semânticos estaria obrigada a fundamentar suas decisões jurídicas por intermédio de validações semânticas, se fosse verdade que os elementos que cercam a norma e não são parte dela, não pudessem ser utilizados na argumentação jurídica. Diz ainda que os elementos dogmáticos, técnicos de solução, político-constitucionais e político-jurídicos não pertencem as normas, mas servem para fundamentar estas.⁷⁵

De outro lado, para um suporte amplo, definir o que é protegido é apenas a primeira etapa, tendo em vista que as condutas ou situações concretas dependerão de um eventual sopesamento antes de se decidir pela proteção de forma definitiva ou não.⁷⁶

Nessa perspectiva, todo estado, ação ou posição jurídica que possua alguma característica que, se considerada de maneira isolada, faça parte do âmbito temático de um

⁷² MULLER, Friedrich. “*Rechtsstaatliche Methodik und Politische Rechtstheorie*”. 1977. p. 73. In: In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

⁷³ Idem. p. 75. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80.

⁷⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 34.

determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida pelo seu âmbito de proteção, independentemente de se considerar outras variáveis.⁷⁷

1.3. O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em linhas gerais, não se vê os direitos fundamentais como direitos absolutos, e nem menos como um instrumento de arbitragem para o legislador. Reconhece-se que tanto ao indivíduo quanto ao legislador são impostos limites ao seus campos de ações, pois vem à tona a necessidade se indicar ao titular de um direito fundamental um caminho razoável e sensato do uso da liberdade que lhe é dada e evitar que excessivamente e abusivamente as reservas legais sejam aproveitadas colocando em risco a existência da eficácia dos direitos fundamentais.⁷⁸

Para melhor compreensão do tema, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais acaba por determinar um limite que o legislador e o juiz não podem ultrapassar, mostrando o espaço que a lei limitadora não pode invadir, e que caso invada, incorrerá em inconstitucionalidade.⁷⁹

Salienta-se que a garantia dos direitos fundamentais, é, portanto, o limite dos limites, pois limita a possibilidade de limitar, impondo um limite além do qual não é possível uma atividade limitadora dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.⁸⁰

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 322.

⁷⁸ BIAGI, Cláudia Perotto, *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p.73.

⁷⁹ BIAGI, Cláudia Perotto, *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p.77.

⁸⁰ BIAGI, Cláudia Perotto, *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p.77.

Por essa razão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mira, a fortalecer os direitos fundamentais, assegurando uma maior proteção ao ponto em que se está a preservar esses direitos contra uma ação legislativa não razoável.⁸¹

Pode-se afirmar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolve uma série de questões a serem respondidas, devendo se definir aquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais, relacionar o que protegido com suas possíveis restrições e fundamentar o que é protegido e tais restrições.⁸²

O ponto inicial desse modelo é a teoria dos princípios de Robert Alexy, em que, como já visto, regras garantem-se direitos definitivos e a princípios são garantidos deveres *prima facie*.

Nesse molde, o direito garantido por uma norma com estrutura de regra, deve esse direito definitivo ser realizado totalmente se a regra for aplicável ao caso concreto. Porém, as regras possuem exceções, mas suas exceções devem ser tomadas como se parte da própria regra excepcionada fosse.⁸³

Relativamente a princípios, não se fala em realização sempre total do que a norma exige. Pelo contrário, na maioria das vezes a realização será dada de forma parcial, pois há aqui uma diferença entre o que é garantido definitivamente e o que é garantido *prima facie*.⁸⁴

⁸¹ BIAGI, Cláudia Perotto, *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p.77.

⁸² DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 24.

⁸³ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 27.

⁸⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 27.

1.4. FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com efeito, partir da radiação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância no caso concreto é que um direito irá ser considerado *prima facie* e não direito definitivo.⁸⁵

Em verdade, o domínio normativo de um direito é sempre primeiramente um domínio potencial, que só se tornará potencial, depois de averiguar suas condições concretas. A conversão do direito *prima facie* em direito definitivo pode desde logo ser objeto de lei restritiva, que quando a constituição autorizar, vai representar o primeiro meio de solucionar conflitos.⁸⁶

Neste ponto, existem direitos fundamentais que não são sujeitos a normas restritivas e portanto não podem ser convertidos em direitos com mais restrições do que aqueles restringidos diretamente pela Constituição ou através dela, como nos casos de lei.⁸⁷

Em tal contexto, é mister reconhecer, que a colisão de direitos não é solucionada por limites imanentes antepostos a direitos, que são aqueles que reduzem o âmbito normativo, ou através da limitação do âmbito de proteção em que se estende o âmbito de proteção de um direito somente a conteúdos e efeitos que, por meio de uma perspectiva de concordância prática não neutralizam ou acabam com outros direitos ou bens que colidem, ou até mesmo por meio da ideia de justificação de restrição, em que conflitos são solucionados por meio da restrição de um dos direitos colidentes.⁸⁸

⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1193.

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1193.

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1194.

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1194.

Em verdade faz-se necessário para a solução de conflitos de direito constitucional, a construção de um método com base na harmonização de direitos, e se ainda não for suficiente, uma relação de prevalência de um direito ou bem em relação a outro. Temos, então, um direito (D1) prefere (P) outro direito (D2) em face das circunstâncias presentes no caso concreto (C), resultando no esquema (D1 P D2)C.⁸⁹

Surge ainda, a necessidade de tratar da restrição de direitos, garantias e liberdades, sendo preciso conhecer o âmbito de proteção dessas normas constitucionais que consagram esses direitos. Primeiramente se analisa a estrutura dessa norma constitucional, determinado quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção, que é justamente o âmbito de proteção, verificando se esses bens jurídicos protegidos por essa norma constitucional que consagra um direito, garantia e liberdade sofre ou restrição direta pela constituição ou restrição por meio de lei, denominada reserva de lei restritiva.⁹⁰

Feitas estas considerações existirá uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito que se funda numa norma constitucional for direta ou indiretamente limitado por lei. Podendo ser restrições constitucionais diretas ou imediatas, que ocorrem quando a restrição se dá pelas próprias normas constitucionais, valendo frisar aqui que estas normas restritivas de direito são ao mesmo tempo normas que garantem direitos pois garantem, reconhecem ou constituem um âmbito de proteção a um direito; ou por meio de reserva de lei restritiva, quando uma lei restringe autorizada expressamente pela constituição; ou por limites implícitos conhecidos por

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1194.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1195.

imanescentes, ocorrente de limites constitucionais não escritos em que só existe para salvaguardar outros direitos ou bens.⁹¹

De outra parte, a estrutura da lei restritiva, surge quando expresso nos preceitos constitucionais a possibilidade de limitar liberdades, direitos e garantias mediante lei, denomina-se, portanto, reserva de lei restritiva, com o significado de que a norma constitucional é ao mesmo tempo norma de garantia, por reconhecer e garantir um certo âmbito de proteção a um direito fundamental, e ser uma autorizadora de restrições, por autorizar ao legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.⁹²

Nessa perspectiva, conclui-se que restrições de direitos são normas que limitam determinadas posições jurídicas, e prima facie, devem ser consideradas como direitos, garantias e liberdades.⁹³

De outro lado, quanto a estrutura dos limites imanescentes, estes por sua vez, não possuem uma norma, seja constitucional ou legal, de restrição.⁹⁴ Surgiu quando o Tribunal Federal administrativo alemão, em 1953, decidiu que um certo direito fundamental não deveria ser protegido pois colocava em risco um bem jurídico necessário para a comunidade. Essa cláusula de comunidade abrangeria saúde pública, administração da justiça, proteção ao matrimônio e a vida e etc.⁹⁵ Porém por conta de sua falta de fundamentação é fortemente criticada, pois os direitos fundamentais sem reservas de lei ficam à disposição do

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1197.

⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1198.

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1199.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1200.

⁹⁵ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

poder público responsável pela criação, interpretação e aplicação dessas normas⁹⁶ e são aplicados por uma ponderação/harmonização mas sem estabelecer regras de argumentação a ser utilizada.⁹⁷

Salienta-se que os limites imanentes se baseiam num tríplice limite composto por limites construídos por direitos de terceiros, limites imanente da ordem social e um limite eticamente imanente acrescentado à lei moral.⁹⁸

Cumprir frisar em contra partida, o entendimento acerca dos limites imanentes evoluiu e com isso encontrou respaldo em teses defendidas tanto por Canotilho como por Alexy.

Cabe sustentar que, não é pelo fato de existirem direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei, que existirá direitos irrestringíveis. Apenas prima facie que não são.⁹⁹ Alexy levanta que nem tudo aquilo que pode ser de alguma forma incluído no suporte fático de uma norma com garantia sem reservas, será no final protegido pelo direito fundamental em questão.¹⁰⁰

Assim é que Alexy leciona no sentido de que, diferentemente do modelo de Muller que se apega estritamente ao texto das disposições dos direitos fundamentais, Alexy

⁹⁶ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

⁹⁷ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 54.

⁹⁸ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

justifica uma não-proteção por meio de uma cláusula de restrição não-escrita, ou por meio de uma limitação não-escrita ao suporte fático.¹⁰¹

Seguindo esse raciocínio, Canotilho nos ensina que: “limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia”.¹⁰²

Não podemos deixar de considerar ainda, o entendimento de Muller, que sustenta uma concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais, em que não há outros limites aos direitos fundamentais reconhecidos sem reserva de lei, que não, os que se originam do próprio conteúdo desse direito e mediante a análise do programa normativo e do âmbito normativo é que o conteúdo do direito deve ser determinado e atribuído.¹⁰³

Do acima exposto, numa visão pragmática Muller diz que os limites imanentes são parte do conteúdo do direito, não um elemento externo que venha a se acoplar a esse conteúdo. Assim, a interpretação direito fundamental, mediante a análise do programa e do âmbito normativos, é que delimitará o direito em relação a outros direitos e outras normas constitucionais, portanto, não haveria direito limitado por limites imanentes e sim um direito fundamental delimitado por uma interpretação constitucional.¹⁰⁴

Isso quer dizer que a teoria de Muller se baseia na operação dogmática de interpretação do conteúdo do direito. E é justamente nesse ponto que mora o perigo de sua tese, pois, parte da convicção que é possível encontrar nos direitos fundamentais, limites

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999. p. 1202.

¹⁰³ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.

¹⁰⁴ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.

imaneses dotados de uma dimensão certa e imóvel, quando na verdade o reconhecimento desses limites e a apreciação de seu alcance depende da perspectiva subjetiva do intérprete.¹⁰⁵

1.5. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO TEORIA EXTERNA

Se mostra necessário uma cristalina compreensão da relação entre o direito de um lado e suas restrições ou limites de outro, pois termos como restrição a direitos fundamentais, ponderação, sopesamento e proporcionalidade veem sendo utilizados sem nenhum embasamento teórico, sendo que a precisão terminológica nesse caso, não pode de forma alguma ser afastada, de forma que ideias como limites imaneses são incompatíveis em uma mesma teoria de restrição de direitos, sopesamento ou abuso de direitos.¹⁰⁶

Cabe, agora, observar que ao tratar de restrições à direitos fundamentais, levanta-se o impasse relativo a possibilidade lógica de estabelecer tais restrições. Em decorrência de um suporte fático amplo, surge o problema de reconstruir essa relação entre o direito e seus limites e restrições. Nesse âmbito, se distinguem duas vertentes principais, chamadas de teoria externa e interna.

Convém considerar o alerta dado por Robert Alexy, em que o conceito de restrição de um direito indica a existência de duas categorias, sendo elas, o direito e suas restrições, de forma que primeiramente há o direito em si, e num segundo momento depois de impor as restrições, existe o direito limitado.¹⁰⁷

Leciona o constitucionalista alemão, ao tratar da teoria externa, que esta teoria admite num ordenamento jurídico, a apresentação dos direitos primariamente ou de

¹⁰⁵ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

¹⁰⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 36.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 268.

modo exclusivo, como direitos limitados, todavia, noutro giro, cria a existência de direitos sem restrições.¹⁰⁸

Nessa senda, afirma ainda que não existe necessariamente nenhuma relação entre conceitos de restrição e direito. A relação se cria, apenas em virtude de uma necessidade exterior ao direito de tornar compatível os direitos de diferentes indivíduos.¹⁰⁹

Assim, a teoria externa divide o objeto do direito e seus limites da teoria interna em dois, o direito em si e suas restrições. Com essa distinção se chega ao sopesamento para solucionar a colisão de direitos fundamentais e à regra da proporcionalidade, com suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹¹⁰

Somente em tal contexto, partindo do paradigma da teoria externa, na qual as restrições independente de sua natureza, não influenciam no conteúdo do direito, podendo apenas, em um caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, na hipótese de colisão de princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não terá afetada a sua validade, quanto mais sua extensão *prima facie*.¹¹¹

Decorrência lógica do exposto, a teoria dos princípios formulada por Robert Alexy, conforme salientado no início desta monografia, sustenta que direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie* e sua estrutura principiológica tem o suporte fático mais amplo possível.¹¹²

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 268.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 268.

¹¹⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 39.

¹¹¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 39.

¹¹² DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 39.

Nesse molde, um princípio compreendido como mandamento de otimização, é *prima facie*, ilimitado e a distinção entre um direito *prima facie* e um direito definitivo é o pressuposto da teoria externa.¹¹³

De outro lado, quanto a teoria interna, esta por sua vez considera que direitos comportam limites e não restrições, existindo apenas o direito com um determinado conteúdo. Sustenta-se assim, que os direitos fundamentais apresentam limites internos, resultantes de sua própria natureza, delimitados portanto em seu conteúdo, compreendendo tanto sua natureza quanto sua função.¹¹⁴

O enfoque que se dá na teoria interna, é de que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele, e nessa senda que se fala em limites imanentes. Nesse contexto, existe um objeto, o direito com seus limites imanentes e em termos de estrutura normativa, esses direitos tem sempre estrutura de regras, significando que a norma que o garante tem validade restrita.¹¹⁵

Observa-se que a norma será com certeza aplicável, produzindo seus efeitos sempre que enquadrada na hipótese descrita por ela. Portanto, possuindo validade restrita a conclusão que se chega é a utilização do método “*all or nothing*” não podendo assim, ser objeto de sopesamento.¹¹⁶

Seguindo esse raciocínio, não há como se falar que uma determinada ação seja, *prima facie*, garantida por uma norma de direito fundamental, verifica-se na presente

¹¹³ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 40.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 269.

¹¹⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 37.

¹¹⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 37.

teoria, que em decorrência das circunstâncias jurídicas e fáticas presentes no caso concreto, tal ação deixará de ser protegida, pois o direito a qual a ação se baseia não existe ou pelo menos não na forma que a ele recorre.¹¹⁷

Nessa perspectiva, conclui-se que assim como as teorias baseadas em um suporte fático restrito, esta tem o ônus de demonstrar a possibilidade de se fundamentar a limitação de direitos partindo de dentro, o que vem a excluir a necessidade de restrições externas.¹¹⁸

Sob tal perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes, com base na doutrina de Robert Alexy, esclarece que, quem defende uma teoria individualista do estado tende para uma teoria externa, ao passo de quem sustenta um integração do indivíduo com a sociedade adota a teoria interna.¹¹⁹

Todavia, a posição de direitos fundamentais enquanto regras e princípios é critério decisivo sobre a prevalência de uma ou de outra teoria, se entender que direitos fundamentais compreendem posições definitivas, não há saída senão adotar a teoria interna. De outro lado, ao considerar que direitos fundamentais definem posições *prima facie*, consagra-se a teoria externa.¹²⁰

De maneira que quando se parte de uma teoria interna, está por sua vez levanta a tese de que a há uma unicidade entre o direito e seus limites, ou seja, limites são

¹¹⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 38.

¹¹⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 38.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224.

imanescentes ao próprio direito, e com esse pensamento, se exclui fatores externos imponham qualquer restrição a mais, tais como o sopesamento entre princípios.¹²¹

¹²¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 36.

2 A PONDERAÇÃO DE VALORES PÓS POSITIVISMO

2.1 A PONDERAÇÃO DE VALORES DE ROBERT ALEXY

Para a realização da dignidade humana é necessário que o indivíduo de uma sociedade possua direitos. A obra de Alexy assevera que o problema está na interpretação das formulações do direito positivo e nos problemas de interpretação na jurisprudência em geral, mas, não tão somente nesses.

Hoje os direitos fundamentais são definidos principalmente tendo como base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e este, vem gerando decisões ambíguas e um grande número de questões não solucionadas. Como existem várias posições é comum achar na jurisprudência algo a seu favor e sustentar tal entendimento, pois existem concepções muito diferentes em numerosas questões. A jurisprudência vem resumindo as imprecisões que cercam os direitos fundamentais, porém, está longe de ter eliminado.¹²²

A imprecisão por si só não é explicação suficiente para a intensidade de discussões acerca dos direitos fundamentais, pois por mais vaga que pudesse ser, encontraria um amplo consenso a respeito da matéria regulada.¹²³

O problema surge quando essa imprecisão se soma a um dissenso sobre a regulamentação do direito fundamental discutido. É o que acontece com os direitos fundamentais, a Constituição acaba que regula de maneira muito vaga os direitos fundamentais, principalmente quando se trata da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Ficando claro quando se analisa os direitos fundamentais como dignidade, liberdade e igualdade. Se agregarmos a esses direitos fundamentais conceitos de quais são os

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31

fins do Estado e conceitos estruturais da democracia, iremos obter um sistema de conceitos que expressam as exigências dos movimentos sociais dos séculos 19 e 20.¹²⁴

A discussão sobre os direitos fundamentais não pode se apoiar apenas no texto constitucional, pois, se fosse assim, haverá sempre dúvida. Cabe então ao estado interpretar e proteger os direitos fundamentais e impor as sanções a quem violar tais direitos.¹²⁵

Mostra-se necessário apresentar respostas racionalmente fundamentadas e é o que a teoria presente na obra de Alexy tenta contribuir para o cumprimento dessa tarefa.

Sendo assim, estamos falando de uma teoria jurídica geral sobre direitos fundamentais da lei fundamental. Não se trata, portanto, de uma filosofia de direito fundamental que não depende do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou política. O que pode esperar da teoria de Alexy pode ser caracterizada como a parte geral da dogmática dos direitos fundamentais em que sua base constitui a teoria dos princípios.¹²⁶

A teoria dos princípios é um estudo de valores em que pode se supor tudo, dessa forma não é possível uma dogmática adequada de direitos fundamentais sem a teoria de princípios, essa axiologia tão criticada é o que Alexy tenta reerguer.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 32

¹²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34

O objeto e caráter da teoria jurídica geral dos direitos fundamentais resultam de três características, primeiro, uma teoria de direitos fundamentais, em segundo lugar uma teoria jurídica e em terceiro uma teoria geral.¹²⁷

Acerca da primeira podemos falar que diferente do que ia tendo vigência no passado, esta, discute direitos positivamente válidos figurando de ambos os lados. Por ser uma teoria de direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, esta, portanto, é uma teoria dogmática. Fazendo-nos destacar suas três dimensões: analítica, empírica e normativa.¹²⁸

A dimensão analítica da dogmática jurídica trata da consideração sistêmico conceitual do direito válido, seus deveres se estendem desde a análise dos conceitos fundamentais até a investigação da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação sobre a base dos direitos fundamentais.¹²⁹

Já a dimensão empírica trata tanto do conhecimento do direito positivo válido quanto da utilização de premissas empíricas em argumentações jurídicas. A dimensão empírica não se limita aos conceitos de direito de validez do positivismo jurídico nem tão somente à descrição e pretensão da atividade judicial.¹³⁰

Por fim, a última dimensão é a normativa em que se trata da orientação e crítica dessa prática jurídica, o importante nessa dimensão é descobrir qual é a resposta correta para o caso concreto e sobre que base de direito positivo válido está essa resposta.¹³¹

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 33

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35

A vinculação das três dimensões é condição necessária para a racionalidade da ciência do direito como disciplina prática. Pois, para poder dar uma resposta sobre o que é juridicamente devido, tem que conhecer o direito positivamente válido, o conhecimento desse direito é tarefa da dimensão empírica, a lei obtida na dimensão empírica não é suficiente em todos os casos para se fundamentar de forma que atinja a todos, assim se faz necessário recorrer a valores adicionais, sendo esse valor a dimensão normativa.¹³²

Encontra-se então um problema com a valoração, pois esta, ao tentar se completada, se vê com várias lacunas deixadas para trás, nos remetendo a um problema de preenchimento, na medida que para identificação da lei se requer fundamentações. Já o problema da fundamentação nos remete a questão de saber porque se deve obedecer a constituição.¹³³

Sendo assim Alexy, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, necessitando de uma solução ponderada em favor de um deles.¹³⁴

Considera-se então os princípios como um mundo de dever ser ideal, não dizendo como as coisas são, mas como deve pensar sobre elas, com o objetivo de evitar ambiguidades. Diante disso, podemos considerar que regras e princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que deve ser. Os princípios, como as regras, são fundamentos para os casos concretos, mas com aplicações distintas.¹³⁵

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37

Assim a teoria dos direitos Fundamentais da lei fundamental é uma teoria inserida no contexto das três dimensões orientada à tarefa prática da ciência do direito. É uma teoria em que se consideram os problemas que se plantam em todos os direitos fundamentais de um determinado tipo.¹³⁶

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais aponta uma teoria integrativa, no sentido de que se unam à ela, de maneira mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros e corretos que possam ser formulados das três dimensões. Apesar de toda teoria existir de fato, aqui se considera uma aproximação com o ideal.¹³⁷

Quando se trata de teorias de direitos fundamentais que possuem uma forma de sua concepção fundamental de um tipo mais geral, nos deparamos com dois problemas, o primeiro é em seu caráter abstrato, pois por ser muito abstratas não oferecem mais que hipóteses que possam guiar a elaboração de uma teoria mais ampla.¹³⁸

Em segundo lugar está no fato de que cada uma das teorias apresentadas por Bockenforde expressam uma tese básica. Quando uma teoria pretende remeter o direito fundamental em uma tese básica pode se chamar de teoria unipontual, que é onde o problema reside, pois, tudo aponta a favor da suposição de que os direitos fundamentais não podem se originar sobre a base de uma teoria unipontual.¹³⁹

O oposto da teoria unipontual seria a teoria combinada em que consiste essencialmente em numa lista de suposições básicas muito gerais acerca dos fins e estruturas dos direitos fundamentais. Não oferece qualquer teoria que possa guiar as decisões e

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40

fundamentações jurídicas e por ser extremamente abstrata e por ter tantas teorias reunidas, poderiam entrar em colisão quando analisasse o caso concreto.¹⁴⁰

Pois bem, devido a insuficiência de ambas as teorias, fica evidente que a teoria dos direitos fundamentais não deve se manter na superfície de suposições muito gerais. Porém pode ser tirado da teoria um ponto positivo, que é o fato de que tem que ser observado vários pontos de vista.¹⁴¹

Pois bem, se discute sobre a necessidade de distinção entre normas e enunciados normativos, tanto quanto a asserção destes sobre a validade de uma norma quanto da criação de uma própria norma. Muitas vezes, com base apenas no conteúdo não tem como reconhecer se está se tratando de um ato de asserção sobre normas ou de uma criação normativa, então, quando se depara com isto tem que fazer uma verificação com base na situação concreta de declaração.¹⁴²

Quando um enunciado tem como objetivo informar quais são as normas válidas são chamados de “enunciados sobre validade normativa” e quanto a veracidade ou são verdadeiros ou falsos. Os problemas começam a surgir quando se pressupõe um conceito ético de validade ou se são aceitos critérios morais em um conceito jurídico de validade.¹⁴³

Para se chegar a uma fundamentação completa não basta apenas fazer referências a atos de criação normativa ou a outros fatores empíricos, se mostra também necessário proposições normativas, não decorrendo do material dotado de autoridade nem de

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63.

observações empíricas, porém sem alterar seu caráter como enunciado sobre validade normativa ou sua asserção sobre validade normativa.¹⁴⁴

Quando se exterioriza um enunciado pode não tão somente estar realizando uma asserção sobre uma norma, como também a criação desta. Todavia se nos depararmos com uma criação complexa como a de uma constituição não é uma ação que a Ciência do Direito deve realizar, o que se mostra significativo para Ciência do Direito são as ações quanto a criação de normas ou de enunciados sobre criação normativa. Sendo assim, parte-se do pressuposto que os atos de criação são válidos.¹⁴⁵

Se questiona agora o que são normas de direitos fundamentais, de uma forma abstrata se pergunta por meio de quais critérios uma norma pertencente a um ordenamento jurídico/Constituição ou não, pode ser identificada como uma norma de direito fundamental e, de uma forma concreta, quais são as normas de direito fundamental presentes na constituição, e quais não e, é o que se analisa nesta obra.¹⁴⁶

Depara-se com dois problemas quando pressupõe-se que haja um critério de diferenciação entre enunciados que expressam normas de direitos fundamentais e os que não expressam, e, quando, procura-se saber se os direitos fundamentais pertencem somente aquela norma expressa por um enunciado ou não. Se a norma expressa pelo enunciado for uma norma de direito fundamental, será chamada de “disposição de direito fundamental”¹⁴⁷. Aqui

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 51

¹⁴⁶ Idem, p. 65.

¹⁴⁷ Idem, p. 66.

se indaga o que faz com que este enunciado seja uma disposição de direito fundamental, e, a resposta se dá por aspectos materiais, estruturais e formais.¹⁴⁸

Não se pode limitar o conceito de norma de direito fundamental a uma concepção de Estado, então mais plausível seria vincular sua definição ao critério formal, pois se apoia de forma mais estreita possível à Constituição em análise, que no caso é a alemã, sem excluir considerações de caráter mais geral, não escolhendo prontamente teses substanciais e estruturais, que por sua vez são extremamente amplas e é exatamente o que não se busca aqui, e por fim abrange de grande forma disposições as quais se costumam atribuir caráter de direito fundamental.¹⁴⁹

Em análise a definição mencionada, tem que ser abordado se esse conceito não é estreito demais, pois as normas de direito fundamental passam a ser aquelas somente expressas por enunciados da Constituição. Uma norma pode ser indeterminada essa indeterminação pode ser de duas espécies ou semântica ou estruturalmente aberta. É semanticamente aberta em razão da indeterminação de termos constantes na norma, e é enfrentada por meio de estabelecimento de regras semânticas. Se mostra estruturalmente aberta quando, a partir de por exemplo um dever, uma situação deve ser realizada por uma ação estatal ou se exigem abstenções estatais e se pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos.¹⁵⁰

Dessa forma, ficam evidentes as consequências da interpretação na qual são normas de direitos fundamentais as diretamente expressas pelo texto constitucional. É preciso eliminar a indeterminação no que tange à sua estrutura, demonstrando que algumas normas

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79

¹⁴⁹ Idem, p. 69.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70

guardam mais que uma relação casual com o texto Constitucional e se mostram necessárias quando devem ser aplicadas em casos concretos denomina-se essa relação de “relação de refinamento”. Há também a relação de fundamentação, que por sua vez, trata de uma relação entre a norma refinada e a norma que refina, o que nos justifica considerar também não só aquelas normas expressas diretamente pela Constituição, ou seja, as “normas atribuídas”.¹⁵¹

As normas atribuídas geram uma inúmera possibilidade de atribuições, e com isso necessita de impor restrições para diferenciar as que são de direitos fundamentais e as que não são. Essa é uma questão constitutiva em que, uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.¹⁵²

Portanto, para saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende de argumentação que se sustenta, o que se mostra extremamente incerto pois em alguns casos em duas ou mais normas inconciliáveis existam fundamentações igualmente desenvolvidas e procedentes. Porém generalizar a definição em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, não exclui a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente ou indiretamente.¹⁵³

Na teoria de que as normas superam o positivismo jurídico de Muller, as normas não devem se restringir somente em uma identidade com o texto normativo, elas devem também ser determinadas pela realidade social que as cerca. Segundo Muller:

¹⁵¹ Idem, p. 72.

¹⁵² Idem, p. 74.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75

"os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos por meio do reconhecimento constitucional e da garantia de liberdade no campo da prescrição normativa[...]".¹⁵⁴

Muller usa de um argumento que possui três níveis, no primeiro ressalta-se que "Conceitos jurídicos não tem significado e os enunciados não tem sentido como se fossem algo hermeneuticamente predeterminado"¹⁵⁵. Afirma ainda em seu segundo nível, que a Teoria Semântica estabeleceu critérios rígidos de validade sobre as normas, estando obrigada a "construir a norma de decisão exclusivamente por meio de dados linguísticos"¹⁵⁶. No terceiro nível encontra-se a solução proposta por Muller em que os argumentos que devem ser incluídos no conceito de norma são exatamente os argumentos relacionados ao âmbito dos dados reais.¹⁵⁷

As normas constitucionais podem ser classificadas como princípios e regras, essas duas categorias possuem um *modus operandi* diferente. A teoria dos princípios contribui para as soluções dos *hard cases* sendo necessário, portanto, uma adequada teoria de justificação jurídica. Alexy evita compreender a ponderação como um simples modelo de decisão ele busca justamente o oposto, que é construir um modelo de fundamentação, em que correto é o enunciado fundamentado racionalmente.¹⁵⁸

Se mostra imprescindível considerar alguns fatores ligados à teoria dos princípios, como as identidades sistemáticas e a vocação prática. A vocação prática decorre da própria concepção de racionalidade jurídica adotada por Alexy. E que a base de sua teoria da

¹⁵⁴ Friedrich Muller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969. In: ALEXY, Robert. *Theorie de. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

¹⁵⁵ Idem, "*Rechtsstaatliche Methodik und Politische Rechtstheorie*". 1977. p. 73. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 75. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80

¹⁵⁸ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 77.

argumentação está em fundamentar racionalmente as valorações. Essa teoria se preocupa em garantir uma dose de racionalidade às decisões judiciais.¹⁵⁹

Um outro fator encontrado é que onde existir direitos fundamentais haverá problemas, pois sempre haverá um destinatário, um titular de direito e se pode ser algum direito restringido. Se faz nascer uma nova teoria das normas jurídicas em que permite analisar com segurança essa restrição e a ponderação. Com esse modelo surge uma nova metodologia jurídica e essa proteção aos direitos fundamentais tem por necessidade uma teoria de argumentação jusfundamental e sem ela não haveria um procedimento racional de justificação jurídica.¹⁶⁰

Princípio e regras são espécies do gênero norma. A norma é o significado de um ou mais enunciados normativos. Dessa forma, infere-se existir uma diferença qualitativa entre as espécies de norma. Segundo Alexy, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Qualifica-se então princípios como mandados de otimização e podem ser cumpridos em graus diferentes e a medida de seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁶¹

Para cada um dos dois tipos existem modos de aplicação e mecanismos de solução de conflitos diferentes, em que as regras se aplicam pela subsunção e os conflitos são

¹⁵⁹ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 78.

¹⁶⁰ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 79.

¹⁶¹ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 80.

ultrapassados pela invalidação de uma delas ou de um estabelecimento de exceção de uma das normas. Os princípios por sua vez são resolvidos pela técnica de ponderação.¹⁶²

De acordo com Alexy, princípios e ponderações são dois lados de um mesmo fenômeno. Em que o primeiro se refere ao aspecto normativo e o outro ao metodológico, e quem empreende ponderação pressupõe-se normas que são dotadas de uma estrutura de princípios e com essa classificação de normas como princípios se chega ao processo de ponderação.¹⁶³

Quanto a objeção de circularidade, se denomina à aquela teoria de princípios de círculo vicioso, em que se parte de uma distinção entre os significados preliminares e os significados definitivos, com a finalidade de sustentar as distinções entre princípios e regras, pois se pretende demonstrar de forma antecipada aquilo que somente no final pode ser demonstrado.¹⁶⁴

Porém, não atinge a teoria de Alexy, pois para este, esse diferente aspecto metodológico dos dois tipos de norma não é a única causa da distinção entre princípios e regras e sim uma consequência dessa distinção, em que o modo de aplicação só pode ser resolvida depois da interpretação e não antes.¹⁶⁵

No que se refere a otimização, quando se diz que princípios jurídicos são mandados ou comandos de otimização se pretende dizer que essas normas estabelecem um dever de realizar um estado ideal na máxima medida possível, sendo, então, princípios, *ideal*

¹⁶² BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 81.

¹⁶³ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 81.

¹⁶⁴ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 82.

¹⁶⁵ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 82.

oughts. Implica inferir que está diante de normas que se pode aderir em maior ou menor extensão.¹⁶⁶

Assim, é possível cumprir diferentes graus o comando normativo na caso concreto, em que cada colisão entre princípios constitucionais a forma de otimização será diferente em face de suas condições fáticas e normativas no caso concreto.¹⁶⁷

Sobre a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados, este último diz respeito a espécies de dever-ser ideal (*ideal oughts*) que devem ser otimizados e logo transformados em um dever ser real (*real oughts*), são portanto o objeto da otimização. Os primeiros comandos estão situados em um metanível e determina o que deve ser feito com aquilo que se encontra no nível-objeto, os comandos para otimizar não devem ser otimizados e sim cumpridos pela otimização.¹⁶⁸

Com essa distinção, conclui-se que princípios são mais precisamente definidos como comandos para serem otimizados. Assim princípios e metanormas compõem a máxima da proporcionalidade essas sim podem ser qualificadas como regras.¹⁶⁹

Tanto nas colisões de princípios quanto nos conflitos de regras as duas normas, se aplicadas isoladamente vão conduzir a um resultado incompatível. A colisões de

¹⁶⁶ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 83.

¹⁶⁷ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 83.

¹⁶⁸ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 83.

¹⁶⁹ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 84.

princípios não acontecem na dimensão de validade e sim na dimensão de peso, que é variável, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas.¹⁷⁰

Dessa tensão, nasce a regra adscrita estabelecendo uma relação de precedência condicionada, ou seja, só pode ser resolvida, essas colisões, se estabelecer uma relação de preferência. Preferência que só pode ser estabelecida por uma regra que prescreva a consequência jurídica do princípio privilegiado, onde se infere uma lei de colisão (K) entre princípios. A lei de colisão é o lado exterior da ponderação, e diz respeito à descrição do processo de otimização de princípios.¹⁷¹

(K) são as condições diante as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. A lei de colisões refere-se primariamente ao resultado das colisões, não dizendo a respeito de como se resolvem. Sendo aqui que merge a ponderação de princípios, esta é a forma solução das colisões, afastando o princípio que, diante das condições fáticas e jurídicas tenha menor peso.¹⁷²

Dessa forma Alexy estabelece uma lei de ponderação (LP), em que quanto maior é o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.¹⁷³

O peso então não é um dado absoluto e sim relativo em que sempre tem que se lavar em conta o princípio oposto, e diante de decisões particulares que é estabelecido,

¹⁷⁰ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 85.

¹⁷¹ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 85.

¹⁷² BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 85.

¹⁷³ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 85.

porém é de entendimento do autor do artigo que se possa universalizar o resultado dessas colisões para casos futuros.¹⁷⁴

O modelo de ponderação de Alexy está estritamente ligado a teoria da argumentação jurídica, pois sem esta não se poderia realizar a tarefa de fundamentação dos enunciados de preferência condicionada. Nem princípios nem regras regulam sua própria aplicação. O nível dos princípios e das regras expressam o lado passivo do sistema jurídico, sendo completados com o nível da argumentação jurídica que é o lado ativo. Esse último nível é o metanormativo e diz como é possível uma decisão ser racionalmente fundamentada.¹⁷⁵

A teoria de Alexy tem como paradigma a teoria do discurso racional, em que um enunciado normativo é correto quando pode ser o resultado de um procedimento argumentativo regulado por regras. Essas regras tratam, portanto, de um código de razão prática.¹⁷⁶

Com a aplicação de princípios faz nascer a necessidade de regras argumentativas específicas inaugurando uma teoria de argumentação jusfundamental.¹⁷⁷

Nessa senda, argumentação jusfundamental se diferencia da argumentação jurídica pelo fato de colocar a máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais, essa máxima aparece como norma metodológica visando uma garantia

¹⁷⁴ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 85.

¹⁷⁵ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 86.

¹⁷⁶ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 87.

¹⁷⁷ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 87.

da racionalidade da técnica de ponderação e sua fundamentação está na existência de princípios, dogmaticamente falando.¹⁷⁸

¹⁷⁸ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 88.

3. A PROPORCIONALIDADE

3.1. A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE

No decorrer dos anos a regra da proporcionalidade vem sido encarada como sinônimo de razoabilidade, esquecendo que esta regra precede um conceito técnico e adequado para o controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.¹⁷⁹

O uso do termo princípio para definir a proporcionalidade, não vem a ser correto quando se adota o conceito de princípio jurídico contraposto ao conceito de regra jurídica na teoria de Robert Alexy.¹⁸⁰

Ao dividir as normas jurídicas em regras e princípios Alexy baseia essa divisão quanto a sua estrutura e forma de aplicação. Como já exposto no capítulo anterior, regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção. Os princípios, por sua vez, expressam deveres prima facie, sendo, portanto normas que obrigam a realização de algo na maior medida possível tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas, em que seu conteúdo definitivo apenas é fixado após o sopesamento entre os princípios conflitantes.¹⁸¹

Dessa forma, a terminologia princípio da proporcionalidade, não está correta no sentido que aqui damos a proporcionalidade, pois a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, uma vez que não entra em conflito com outros princípios.¹⁸²

¹⁷⁹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 23.

¹⁸⁰ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 24.

¹⁸¹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 25.

¹⁸² DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 25.

Alexy vem a classificar a proporcionalidade explicitamente como regra, e ainda, ressalta que seus subelementos devem ser enquadrados como regras, com a justificativa de que apenas regras são aplicadas por subsunção.¹⁸³

Outra terminologia errônea que se encontra é o enquadramento de proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. O termo proibição de excesso, se construiu principalmente a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, sendo entendida como um instrumento de controle contra o excesso do poder estatal, mas tal terminologia já vem a ser difundida para proibição de insuficiência, por meio do mesmo tribunal. Assim, a mera possibilidade de aplicação da proporcionalidade em diferentes casos sem relação como o excesso estatal, já afasta o uso desse sinônimo para a regra da proporcionalidade.¹⁸⁴

Nessa senda, por força de conotação técnico jurídica diferente, proporcionalidade e razoabilidade se afastam por expressarem construções jurídicas diversas. Pois bem, a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não apenas por sua origem mas também por sua estrutura.¹⁸⁵

Muitos defendem que a origem do princípio da razoabilidade tenha ocorrido na Magna Carta de 1215 e por consequência o da proporcionalidade também. Porém, ambos conceitos não se confundem, então não há o que se falar em razoabilidade, e indo além, é controverso a origem da razoabilidade em tal carta, uma vez que na Inglaterra se denomina princípio da irrazoabilidade, e aparecera somente em 1948 em uma decisão judicial conhecida como teste de *Wednesbury*, em que se uma decisão for tão irrazoável que nenhuma

¹⁸³ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 26.

¹⁸⁴ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 27.

¹⁸⁵ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 29.

autoridade razoável tomaria, poderia a corte vir a intervir. Somente pode-se falar em regra da proporcionalidade na Inglaterra em 1998, com sua adoção ao *human rights act*.¹⁸⁶

Contudo, se discute nos dias de hoje qual o papel que a regra da proporcionalidade deve desempenhar ao lado da irrazoabilidade, descartando, portanto, a hipótese de serem sinônimos, pois caso fossem, não haveria discussão acerca de tal relação.¹⁸⁷

Nessa senda, pode se inferir que um ato desproporcional não será necessariamente um ato irrazoável, pelo menos em relação ao entendimento inglês. Colaborando ainda mais com o exposto entendimento, encontra-se decisões da Corte Europeia de Direitos humanos, como no caso *Smith and Grady vs United kingdom* em 1999, decidindo pela desproporcionalidade mas admitindo a razoabilidade.¹⁸⁸

Numa mesma linha, segue a Corte Suprema dos Estados Unidos, associando a proporcionalidade e a razoabilidade baseada no *substantive due process*, introduzindo em alguns casos a exigência de uma proporcionalidade aproximada, porém não semelhante a regra da proporcionalidade posteriormente analisada.¹⁸⁹

3.2. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE BASEADA NO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS*

A constituição federal de 1988, diferente das constituições pátrias anteriores, adotou, expressamente, o princípio do devido processo legal, arrolando-o no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art. 5º, LIV da CF.

¹⁸⁶ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 29.

¹⁸⁷ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 30.

¹⁸⁸ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 30.

¹⁸⁹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 20022, p. 30.

A partir dessa cláusula projetam-se duas dimensões do devido processo, uma que abarca o aspecto formal, também denominada processual, e outro que compreende o caráter substancial que pode ser chamada de material.¹⁹⁰

Cabe sustentar que, o devido processo legal, denominado da doutrina americana de *procedural due process*, apresenta-se como uma garantia eminentemente instrumental, em suma é o direito de ser processado e de se ver processar, observando as normas já preestabelecidas.¹⁹¹

Em seu enfoque formal, é garantido a não privação dos direitos, a não ser que com a materialização deste no procedimento, se verifique as formalidades exigidas por lei.¹⁹²

Quanto à dimensão substancial, esta apresenta uma forte indeterminação conceitual, mas em síntese é uma garantia constitucional onde se exige que as normas produzidas pelo Estado apresentem a nota da razoabilidade e da proporcionalidade. Sendo assim, é o controle do judiciário da atividade legislativa e executiva autorizando o afastamento de normas que, de modo arbitrário, desarrazoado ou desproporcional conduzam à privação de direitos.¹⁹³

Cumprido frisar que, o STF em diversas oportunidades aplicou a garantia do devido processo legal, enfocando em seu aspecto formal, relacionando com a exigência de ordenação e regularidade legal de processos e procedimentos judiciais e administrativos.

¹⁹⁰ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 285.

¹⁹¹ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 285.

¹⁹² WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 285.

¹⁹³ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 286.

Contudo, da mesma forma a dimensão substancial do instituto já fora aplicada com bastante frequência.¹⁹⁴

Na realidade, a imprecisão de sentido e alcance do princípio do devido processo legal substancial, é a sua maior característica. Pois ao longo de sua aplicação pela Suprema corte americana, o sentido do devido processo legal mostrou-se em completa mudança, em um primeiro momento protegendo a liberdade contratual e atualmente um papel de instrumento de defesa de liberdades de categorias variadas.¹⁹⁵

Assim, a partir do conceito do devido processo legal substancial, conclui-se que a garantia contida no art. 5º, LIV, mais do que um instrumento de controle de regularidade processual, traduz um verdadeiro imperativo de justiça, dirigido a toda produção e aplicação normativa do Estado. Ao relacionar os dois conceitos, tanto formal como substancial, se depara com o problema de que embora um processo que efetivamente atenda todas as garantias processuais e à princípio satisfaça a concepção instrumental, não atenderia à garantia substancial, no caso de serem aplicadas, para a solução da controvérsia de normas desarrazoadas e desproporcionais.¹⁹⁶

Desse modo, tendo em conta que o devido processo legal em seu aspecto substancial permite o controle da razoabilidade do direito, resta conjugada a ideia de aferição, por aquele, da justiça ou da injustiça de normas jurídicas.¹⁹⁷

¹⁹⁴ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 286.

¹⁹⁵ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 304.

¹⁹⁶ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 305.

¹⁹⁷ WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011, p. 305.

Adveio do Tribunal Constitucional Alemão a regra da proporcionalidade para controle de leis restritivas de direitos fundamentais, não sendo uma mera pauta, nem uma sugestão de razoabilidade e muito menos uma simples análise de meio e fim. A regra, guarda, uma estrutura racionalmente definida, possuindo subelementos independentes entre si, quais sejam: a análise da adequação; a necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito, devendo ser aplicados nessa ordem, respectivamente. O que acaba por distanciar a regra da proporcionalidade da mera exigência do razoável.¹⁹⁸

Conclui-se, portanto que, não só possuem origens diferentes, como sua estrutura e maneira de se aplicar não se equivalem.

Nesse contexto o que se vê nos dias de hoje, devido a essa grande confusão acerca da proporcionalidade, é sua aplicação genérica e sem estrutura, limitando-se os tribunais em apenas citá-la. O tribunal decorre do seguinte raciocínio: se a constituição consagra a regra da proporcionalidade e o ato em questão não respeita essa exigência, portanto, o ato questionado é inconstitucional.¹⁹⁹

Dessa forma, não se vem discutir nessa monografia a supremacia constitucional e nem a legitimidade do controle de constitucionalidade, o que se discute é a premissa de fundamentação frágil e geradora de dúvidas quando questionada a proporcionalidade sobre sua admissibilidade de um ponto de vista externo²⁰⁰, não pretendendo, portanto, fornecer uma resposta única e supostamente correta, mas sim a

¹⁹⁸ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 30.

¹⁹⁹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 31.

²⁰⁰ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 31.

aplicação da regra da proporcionalidade devidamente fundamentada não se limitando a ser um recurso para uma linha de argumento.²⁰¹

Por conseguinte, proporcional não é aquilo que extrapola os limites da razoabilidade, como já dito anteriormente, e essa falta de identidade entre proporcionalidade e razoabilidade se torna ainda mais cristalina ao analisar a conexão entre o *substantive due process* e a razoabilidade.²⁰²

No ponto, exigir uma razoabilidade que se baseia no *substantive due process*, nada mais é que exigir a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, assim como aferir a legitimidade desses fins.²⁰³

Ora, se assim é a razoabilidade, fica demonstrado que essa não se passa de uma das três subregras da proporcionalidade, qual seja, a adequação. Assim, a regra da proporcionalidade é mais ampla, não esgotando na compatibilidade entre o meio empregado e o fim promovido.²⁰⁴

3.3. A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

De maneira que o ponto inicial da regra, é a admissão que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios como mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam a realização de algo na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas, e a análise da proporcionalidade é justamente o modo de se aplicar o dever de otimização.²⁰⁵

²⁰¹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 35.

²⁰² DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 32.

²⁰³ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 32.

²⁰⁴ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 33.

²⁰⁵ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 44.

Verifica-se uma relação de mútua implicação entre a regra da proporcionalidade e o dever de otimização, tanto é que para a otimização de um princípio P² em face de um fomento de um princípio P¹, seja necessário o emprego de uma medida M² ao invés da medida M¹, essa consequência da otimização de P² em relação as condições fáticas nada mais é do que a subregra da necessidade.²⁰⁶

Por sua vez, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, não passa de um mandamento de ponderação ou sopesamento, em que a otimização de um direito fundamental, dependerá do resultado do sopesamento dos princípios em colisão.

Para avaliar tal aspecto, deve-se compreender melhor as subregras da proporcionalidade, destacando que sua ordem é pré definida e relacionam-se subsidiariamente, e por isso, nem sempre far-se-á o exame das três subregras, pois a aplicação da regra da proporcionalidade pode se esgotar no mero exame do ato estatal ser adequado para promover seus objetivos.²⁰⁷

Nessa perspectiva, a corrente aqui defendida ao tratar da regra da proporcionalidade para fundamentar uma restrição a um direito fundamental é a que à divide em três subregras a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sendo diferente daquela defendida por Bockenforde e Schlink que exclui o sopesamento implicado pela proporcionalidade em sentido estrito. Em outro sentido é aquela aplicação da proporcionalidade perante a Corte Europeia de direitos Humanos em que antes mesmo da

²⁰⁶ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 44.

²⁰⁷ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 34.

análise da adequação prescinde a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende fomentar.²⁰⁸

3.4. A ADEQUAÇÃO DOS MEIOS

Se mostra imprescindível, consertar um erro uniformizado pela doutrina, em que se conceitua como adequado um meio se ele for apto para alcançar o resultado pretendido. A tradução correta do verbo *fordern* em alemão seria fomentar/promover e não alcançar. Portanto, adequado não é somente o meio se apto para alcançar o objetivo, mas também o meio com cujo o objetivo é fomentado ou promovido ainda que se realize parcialmente.²⁰⁹

Nessa esteira, um meio somente poderá ser considerado inadequado se o seu uso não contribuir com nada para o fomento e a realização do objetivo que se pretende.²¹⁰

3.5. A SUBREGRA DA NECESSIDADE

Relativamente à necessidade, constrói-se o raciocínio da seguinte forma: Supõe-se que para fomentar o objetivo O, adote-se a medida M¹, que limita o direito fundamental D. Se existir uma medida M², que do mesmo modo que M¹, seja adequada para promover com a mesma eficiência o objetivo O, mas o limite imposto ao direito fundamental D seja de menor intensidade, deve ser tal medida utilizada, tornando a M¹ não necessária. Dessa forma, o exame da necessidade é meramente comparativo, ao passo que o da adequação é absoluto.²¹¹

²⁰⁸ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 35.

²⁰⁹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 36.

²¹⁰ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 37.

²¹¹ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 38.

3.6. A SUBREGRA DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Cabe. Agora, observar que, muito embora uma medida seja considerada adequada e necessária para promover um direito fundamental, não implica considerá-la como proporcional.²¹²

Feitas estas considerações, o exame da proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental com que ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”²¹³

Decorrência lógica do exposto, para a reprovação de uma medida no exame da proporcionalidade em sentido estrito, não se faz necessário que a medida implique que um direito fundamental não se realize, e também que a medida atinja o núcleo essencial de um direito fundamental. Observa-se sua desproporção em sentido estrito, quando “os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”²¹⁴

Nesse sentido, sua desproporcionalidade ocorrerá quando a importância da realização de um direito fundamental, na qual a limitação está baseada, não for suficiente para justificá-la.²¹⁵

3.7. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPOSTA POR ALEXY

Para melhor compreensão do tema, tendo em vista a grande divergência em relação ao fundamento da proporcionalidade seja ela no princípio do Estado de Direito seja

²¹² DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 40.

²¹³ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 40.

²¹⁴ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 41.

²¹⁵ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 41.

nos diversos dispositivos constitucionais, a realidade é que a busca por uma fundamentação jurídico positiva da regra não chegará a lugar nenhum. Verifica-se assim que, a sua exigência para a solução de colisão de direitos fundamentais não decorre de um dispositivo ou outro, mas sim da própria estrutura dos direitos fundamentais.²¹⁶

Se mostra imprescindível um modelo aritmético capaz de permitir à aquele que opera o direito graduar uma restrição e a realização de um princípio, permitindo assim, um uso correto do método de ponderação.²¹⁷

Dessa forma, divide-se o processo de pesagem desses princípios em três etapas. Primeiro se define o grau de interferência em um dos princípios, em segundo lugar se define a importância da satisfação de um princípio atuante em sentido contrário e por último há de verificar se a importância do princípio contrário encontra ou não justificativa para afetar o primeiro princípio.²¹⁸

Nessa senda, buscando a racionalidade da fórmula apresentada, deve o operador do direito considerar as etapas acima aludidas e ir além, fornecendo um parâmetro para medir a intervenção em um princípio denominado P¹ e o quanto é satisfeito o princípio oposto P².²¹⁹

Nesse contexto, Alexy nos trouxe uma escala triádica para se fazer a classificação das intensidades de intervenção e satisfação de princípios. Assim, utilizando-se

²¹⁶ DA SILVA, Luiz Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002, p. 43.

²¹⁷ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 92.

²¹⁸ BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54, p. 92.

²¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 589

do princípio da liberdade de ação econômica, que é capaz de ser restringido em graus diferentes, Alexy distingue o que seria uma intervenção leve, média e grave.²²⁰

Ao impor a colocação de advertências sobre os danos do consumo de um produto à aqueles que produzem tabaco seria na visão de Alexy uma intervenção leve. Ao passo de que apenas proibir maquinas venderem tabaco em associação à proibição de vendas em um determinado local seria uma intervenção média. E por fim uma intervenção grave seria proibir a comercialização daquele produto e o seu consumo.²²¹

De tal forma, começa-se a construir a fórmula de ponderação, atribuindo diferentes valores numéricos para as intervenções e satisfações. Sendo assim para as leves (l) atribui-se um valor de 2^0 que resulta em 1; para as médias o valor de 2^1 resultante em 2; e por fim para as graves o valor de 2^2 que nos dá o valor de 4.²²²

Assim, esses valores atribuem-se a cada uma das duas primeiras dimensões da lei de ponderação, quais sejam, a intensidade de intervenção em um princípio e a importância de satisfação do princípio colidente. De tal maneira que da união desses fatores se chega ao peso relativo dos princípios P^1 e P^2 .²²³

Portanto, há nove conclusões possíveis de se chegar ao adotar o referido modelo. Temos três hipóteses em que o princípio P^1 prevalece sobre P^2 ; três em que P^2 prevalecerá em relação a P^1 ; e por fim três casos de empate.²²⁴

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 597

²²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 595

²²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 605

²²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606

Sob esta perspectiva, P^1 prevalecerá sobre P^2 quando: a intensidade de intervenção de P^1 for grave ao passo de que a importância da satisfação de P^2 é de grau leve; ou quando a intensidade de intervenção de P^1 for grave enquanto a importância de satisfação de P^2 for média; ou ainda, quando a intensidade de intervenção de P^1 for média e a importância de satisfação de P^2 for leve.²²⁵

Noutro sentido, P^2 prevalecerá sobre P^1 quando: a intensidade de intervenção de P^1 for leve enquanto a importância de satisfação de P^2 é grave; ou ainda, se a intensidade de intervenção de P^1 for média e a importância de satisfação de P^2 for grave; ou por fim, se a intensidade de intervenção de P^1 for leve ao passo de que a importância de satisfação de P^2 é média.²²⁶

Quando a intensidade de intervenção de P^1 for de grau de natureza igual a importância de satisfação de P^2 , ou seja, leve: leve; média: média; ou grave: grave, estaremos diante de empates.²²⁷

Nos casos sem empates, conclui-se por feito a admissibilidade ou não à luz da Constituição, da medida capaz de restringir os princípios constitucionais. Enquanto que nos casos empatados, se dá uma margem de atuação ao legislador, em que a lei não é obrigatória e nem proibida pela colisão dos princípios.²²⁸

Feitas estas considerações, o modelo triádico classifica e organiza a restrição e a otimização do cumprimento de um princípio, de acordo com graus facilmente compreendidos. Surge do exposto, a fórmula de ponderação, constituída por uma

²²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 602

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 602

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 603

²²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 603

representação da estrutura interna do método de ponderação, que se apresenta da seguinte maneira:²²⁹

$$GP_{12}C = \frac{IP_1C \cdot GP_1A}{WP_2C \cdot GP_2A}$$

Dessa forma, $GP_{12}C$ representa o peso relativo do princípio P_1 em vista do princípio P_2 diante das condições concretas C . Assim, a intensidade de intervenção é representada pela sigla IP_1C e a importância de satisfação pela sigla WP_2C , ao lado destes surgem os indicadores GP_1A e GP_2A , que correspondem respectivamente ao peso em abstrato de P_1 e peso abstrato de P_2 .²³⁰

Sob esta perspectiva, se forem idênticos os pesos abstratos, podem ser estes retirados da fórmula. Nesse sentido, $GP_{12}C$ será maior que 1 (um) quando P_1 tiver precedência sobre P_2 , e se o contrário ocorrer, ou seja, P_2 tiver precedência sobre P_1 o valor de $GP_{12}C$ será inferior a 1 (um). Ao estar em uma situação de empate, $GP_{12}C$ será igual a 1 (um), encontrando-se dentro dos limites da margem de ação do legislador.²³¹

Por conseguinte, em se tratando de pesos abstratos equivalentes, chegaremos ao valor de 4 (quatro) do $GP_{12}C$, quando a intensidade de intervenção de P^1 for grave ao passo de que a importância da satisfação de P^2 é de grau leve; ao valor de 2 (dois) do $GP_{12}C$, quando, a intensidade de intervenção de P^1 for grave enquanto a importância de satisfação de P^2 for média; ou ainda, quando a intensidade de intervenção de P^1 for média e a importância de satisfação de P^2 for leve; chegaremos ao valor de 1 (um) em todos os casos de

²²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 604

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 604

²³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 605

empate, que são aqueles cujo a intensidade de intervenção de P^1 for de grau de natureza igual a importância de satisfação de P^2 .²³²

Deparar-se-á com o valor - do $GP_{12}C$ quando a intensidade de intervenção de P^1 for leve enquanto a importância de satisfação de P^2 é grave. Por fim, chegaremos ao valor de - do $GP_{12}C$ se a intensidade de intervenção de P^1 for média e a importância de satisfação de P^2 for grave; ou por fim, se a intensidade de intervenção de P^1 for leve ao passo de que a importância de satisfação de P^2 é média.²³³

²³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606

²³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606

CONCLUSÃO

Buscando fundamentar as restrições aos direitos fundamentais, compreende-se por normas tanto regras como princípios, pois ambos dizem o que deve ser. Em que princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível dentro de possibilidades jurídicas fáticas existentes, não contendo um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Já regras são normas que são sempre satisfeitas ou não, distinguindo-se de princípios qualitativamente. Como valores entende-se que não são os objetos e sim os critérios de valoração que devem ser entendidos como valor.

Nessa perspectiva, chama-se de suporte fático a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, contrapondo-se a esse suporte fático a fundamentação constitucional.

Assim parte-se de um suporte fático amplo, em que definir o que é protegido é apenas a primeira etapa, tendo em vista que as condutas ou situações concretas dependerão de um eventual sopesamento antes de se decidir pela proteção de forma definitiva ou não.

Para melhor compreender o tema, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais acaba por determinar o limite que o legislador e o juiz não podem ultrapassar, mostrando o espaço que a lei limitadora não pode invadir, e que caso invada, incorrerá em inconstitucionalidade.

Em verdade faz-se necessário para a solução de conflitos de direito constitucional a construção de um método com base na harmonização de direitos, e se não for suficiente, uma relação de prevalência de um direito em relação a outro.

Dessa forma justifica-se uma não proteção por meio de uma cláusula de restrição não escrita, ou por meio de uma limitação não escrita ao suporte fático.

Dessa forma, a preferência só pode ser estabelecida por uma regra que prescreva a consequência jurídica do princípio privilegiado, onde se infere uma lei de colisão entre princípios.

Nessa senda, com a aplicação de princípios faz nascer a necessidade de regras argumentativas específicas inaugurando uma teoria de argumentação jusfundamental.

Compreende-se tal aspecto pelo exame das subregras da proporcionalidade, quais sejam, a adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa perspectiva e diante de grande divergência a cerca do fundamento da proporcionalidade, divide-se o processo de pesagem desses princípios em três etapas. Primeiro se define o grau de interferência em um dos princípios, em segundo lugar se define a importância da satisfação do primeiro princípio atuante em sentido contrário e por último há de verificar se a importância do princípio contrário encontra ou não justificativa para afetar o primeiro princípio.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- BARROSO, Luis Roberto e DE BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. A Nova Interpretação Constitucional. Renovar. 2006
- BIAGI, Cláudia Perotto, *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, ed. 26, 2011
- BUSTAMANTE, T. R. *Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2006. v. 54,
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Livraria Almedina, 1999
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- COURA, Alexandre de Castro. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional: O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4, out/dez 2006, p. 36
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Ano 91. v. 798, abril 2002
- DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Colisão entre Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante Do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais, 2008
- STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- WILHELM LOWENTHAL, Paulo Friedrich. *Direito constitucional: As origens do devido processo legal substancial e seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº75, 2011