

GUSTAVO LUCREDI

**Cláusulas restritivas de direitos fundamentais
e o ônus argumentativo delas decorrente:
o recurso ao sopesamento na dogmática de Alexy**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Marcos Paulo Verissimo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2014

GUSTAVO LUCREDI

**Cláusulas restritivas de direitos fundamentais
e o ônus argumentativo delas decorrente:
o recurso ao sopesamento na dogmática de alexy**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Marcos Paulo Verissimo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ficha catalográfica elaborada Biblioteca de Direito da USP

Lucredi, Gustavo

Cláusulas restritivas de direitos fundamentais e o ônus argumentativo delas decorrente: o recurso ao sopesamento na dogmática de Alexy / Gustavo Lucredi; orientador Marcos Paulo Verissimo -- São Paulo, 2014.
179 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

1. Sopesamento. 2. Cláusulas restritivas. 3. Ônus da argumentação. 4. Controle de constitucionalidade. I. Verissimo, Marcos Paulo, orient. II. Título.

Nome: LUCREDI, Gustavo

Título: Cláusulas restritivas de direitos fundamentais e o ônus argumentativo delas decorrente: o recurso ao sopesamento na dogmática de Alexy

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

Componentes da Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*À Sarah,
cujo amor me faz superar
todas as restrições da vida.*

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é a realização de um sonho que se iniciou muito antes do meu ingresso, há três anos, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando lia com apego e admiração as obras e ensaios dos grandes professores que me acompanharam durante essa jornada. Após dois duros anos de insucesso, em minha terceira tentativa fui aprovado e decidi agarrar com afinco a oportunidade que meu orientador me concedera ao aceitar para si o projeto que resultou nesta dissertação. Por isso, antes de tudo, gostaria de agradecer ao professor Marcos Paulo Verissimo pelo tempo de convivência e pela sapiência compartilhados comigo ao longo desse acidentado percurso que é o Mestrado em Direito. Com ele questionei o que sabia, aprendi o que não sabia e comecei a ver o que não via. Obrigado por tudo.

Tive a oportunidade também, durante as minhas atividades acadêmicas no Largo de São Francisco, de conviver com maravilhosos amigos e colegas, todos dotados de uma inteligência que transbordava um gosto tremendo pela ciência do Direito. Eles despertaram em mim uma vontade pela busca do conhecimento sem precedentes em toda a minha vida. Cada encontro, diálogo e debate continuam sendo um aprendizado que levarei para sempre. Agradeço, em especial, a Natália Pires, Luiza Correa, e Maria Olívia que junto comigo viveram, com todas as dificuldades e satisfações, o árduo, porém, apaixonante mundo da pesquisa acadêmica, desde o início. Não posso deixar de agradecer igualmente Rafael Bellem de Lima e Josecleyton Silva que compartilham comigo a mesma paixão pela filosofia e teoria do direito de Robert Alexy. Com eles obtive a perspectiva de problemas que antes passavam ao largo de minha consciência. Fica aqui também o meu agradecimento aos demais companheiros de pós-graduação, com quem desejo continuar convivendo e aprendendo nesse infindável projeto de vida que é a pesquisa jurídica, principalmente os orientandos dos professores Conrado H. Mendes e Virgílio Afonso da Silva. Aliás, quero agradecer a esses dois professores por permitirem que eu participasse e, ao mesmo tempo, certificasse-me acerca do meu gosto pela docência e pesquisa, respectivamente, em suas monitorias e seminários. Com eles pude debater ideias, pôr em xeque aquilo que acreditava ser certo e exercer o majestoso ofício da contestação. Estou mais que grato por seus ensinamentos e pela oportunidade de conviver com quem sempre admirei e tomei por modelo a ser seguido.

Aos amigos e professores Eduardo Fortunato Bim e Luís Renato Vedovato, agradeço o auxílio, críticas e sugestões a versões anteriores deste trabalho e o contínuo estímulo à aquisição do saber.

No mais, agradeço aos meus sogros Rosana e Álvaro pela companhia e refúgio aos finais de semana. Os diálogos e momentos de descontração que foram essenciais para a conclusão deste trabalho, sem os quais provavelmente perderia em criatividade. As suas intervenções me tiraram da solidão que a redação de uma dissertação de mestrado muitas vezes impõe e me chamaram atenção para outros aspectos também importantes da vida.

Derradeiramente, agradeço aos meus pais, pessoas que desde que me conheço, ao reconhecerem nobreza naquilo que me proponho a fazer, sempre me incentivaram. Vejo hoje que as pressões, cobranças e críticas serviram ao seu propósito e fizeram de mim a pessoa que sou. Não foi diferente com a minha persistência em me tornar um pesquisador em direito, apesar de todos os reveses que esse caminho de vida implica, nunca deixaram de me dar suporte e a iluminarem as minhas escolhas. Reconheço o incessante apoio que continuam a me dar.

São Paulo, 14 de dezembro de 2014.

Gustavo Lucredi

LUCREDI, Gustavo. Cláusulas restritivas de direitos fundamentais e o ônus argumentativo delas decorrente: o recurso ao sopesamento na dogmática de Alexy. 2014. 179 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 14-12-2014.

RESUMO

As cláusulas restritivas de direitos fundamentais pertencem à perspectiva da norma, ao contrário das restrições que pertencem à perspectiva do direito. É comum nos depararmos no controle judicial de constitucionalidade das leis com o fenômeno das cláusulas restritivas, sobretudo, em casos versando sobre colisões de direitos fundamentais. Por se tratar de uma característica presente em muitas normas jurídicas, tanto no nível constitucional como no nível infraconstitucional, o recurso ao sopesamento, diante da carência argumentativa de outros métodos para lidar com essa problemática, tem se mostrado uma ferramenta eficaz. O objetivo deste trabalho é descobrir o quão eficaz é essa ferramenta e se a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais só têm a ganhar em desenvoltura argumentativa quando ela é adotada em detrimento de outras alternativas. Para isso, é preciso saber como o sopesamento opera na justificação constitucional de normas de direito fundamental, especificamente em situações nas quais uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio é inserida na formulação de uma norma com estrutura de regra ou vice-versa. Essa circunstância revela o duplo caráter das normas de direitos fundamentais, um fenômeno normativo pouco explorado, porém muito comum, cuja argumentação jurídica traz consigo uma série de dificuldades de congruência teórica. Explorar tais dificuldades constitui a essência do objeto desta pesquisa, pois compreendê-las é imprescindível à adequada satisfação do ônus argumentativo decorrente das cláusulas restritivas de direitos fundamentais. O argumento que pretendo defender, aqui, é o de que a prática argumentativa baseada isoladamente no raciocínio do sopesamento é incapaz de produzir uma resposta adequada a esse ônus argumentativo. No entanto, quando combinada com o raciocínio da subsunção, ela tem à sua disposição uma racionalidade jurídica que permite uma leitura correta das cláusulas restritivas de direitos fundamentais na formulação de normas de estrutura dúplice.

Palavras-chave: sopesamento; cláusulas restritivas; ônus da argumentação; controle de constitucionalidade.

LUCREDI, Gustavo. Fundamental rights limiting clauses and the argumentative burden arising from them: the recourse to balancing in Alexy's dogmatics. 2014. 179 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 12-14-2014.

ABSTRACT

Fundamental rights limiting clauses belongs to the perspective of the norm, contrary to limitations which belong to the perspective of law. It is common in the judicial review of legislation to come across with the phenomenon of limiting clauses, namely in cases concerning collisions of fundamental rights. Since it is a characteristic present in quite many legal norms both in the constitutional and infra-constitutional levels, the recourse to balancing because of the argumentative deficiency of other methods to deal with this problematic has showed to be an efficient tool. The objective of this essay is to discover how effective is this tool and whether the interpretation and application of fundamental rights has only to win in argumentative resourcefulness when it is adopted to the detriment of other alternatives. For that, it is needed to know how balancing operates in fundamental rights norms constitutional justification, specifically in situations where a limiting clause with principle structure is inserted in the formulation of a norm that has a rule structure, and vice-versa. This circumstance reveals the double character of fundamental rights norms, an underexplored normative phenomenon but a very common one, whose legal argumentation brings with it a series of theoretical congruency difficulties. Explore these difficulties constitutes the essence of the object of this research, because to comprehend them is indispensable to achieve an adequate satisfaction of the burden of argumentation coming from the fundamental rights limiting clauses. The argument that I seek to defend here is that the argumentative practice based solely in the balancing reasoning is unable to produce an adequate answer to this burden of argumentation. However, when combined with the subsumption reasoning, it has at its disposal a legal rationality that allows a correct reading of the fundamental rights limiting clauses in the formulation of double structure norms.

Keywords: *balancing; limiting clauses; burden of argumentation; judicial review.*

SUMÁRIO

Capítulo 1 – INTRODUÇÃO

1.1 Demarcação do tema	13
1.1.1 Apontamentos iniciais ao objeto de pesquisa	21
1.2 Objetivos	28
1.3 Estrutura do trabalho	29
1.4 Metodologia	32

Capítulo 2 – REGRAS E PRINCÍPIOS

2.1 A norma de direito fundamental: estrutura e características	35
2.1.1 Comparação estrutural entre regras e princípios	35
2.1.2 As três teses centrais da teoria dos princípios de Alexy	38
2.1.2.1 A tese da otimização	39
2.1.2.2 A "lei de colisão"	42
a) Conflitos de regras e a "Fórmula da Subsunção"	42
b) Colisão de princípios	45
c) Colisão de regras e princípios	46
2.2 Inconsistências teóricas	48
2.2.1 A superfluidade do discurso principiológico	49
2.2.2 A teoria dos princípios como teoria dos direitos fundamentais	52
2.2.3 Dimensão de peso e perda da objetividade jurídica	54
2.2.4 Supressão da discricionariedade legislativa	56
2.3 Refinamentos à teoria dos princípios	58
2.3.1 Uma distinção quase nunca pontilhada: "mandamentos para otimizar" e "mandamentos a serem otimizados"	58
2.3.2 Duas acepções do critério tudo-ou-nada das regras	62

Capítulo 3 – CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Formulação de restrições e cláusulas restritivas de direitos fundamentais	67
3.1.1 Teoria do suporte fático e restrições: elementos-chave	68
3.1.1.1 O arranjo formal do suporte fático dos direitos fundamentais	70
3.1.2 "Limites", "limites imanentes" e "restrições" a direitos fundamentais: conceitos indispensáveis à compreensão das cláusulas restritivas	73
3.1.2.1 Reserva legal e cláusulas restritivas: diferenças e similitudes	78
3.2. Questões tipológico-conceituais referentes às cláusulas restritivas ...	83
3.2.1 Espécies de cláusulas restritivas	84
3.2.1.1 Cláusulas restritivas escritas	86
3.2.1.2 Cláusulas restritivas não-escritas	89
3.3 Definindo o conteúdo dos direitos fundamentais	91
3.3.1 O problema da generosidade definicional.....	95
3.3.1.1 A inevitabilidade do sopesamento	101

Capítulo 4 – A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVO-DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A construção dos direitos fundamentais	104
4.1.1 Contingentes ou necessárias: conexões na teoria dos princípios.....	106
4.1.1.1 A primeira tese da necessidade	106
4.1.2 Contingência e positividade: a segunda tese da necessidade	111
4.1.2.1 A fundamentação discursiva dos direitos fundamentais a partir dos direitos humanos	113
4.1.3 A natureza dúplice dos direitos fundamentais	116
4.1.3.1 A junção do nível dos princípios com o nível das regras.....	119

Capítulo 5 – A RACIONALIDADE DO SOPESAMENTO E O ÔNUS DA ARGUMENTAÇÃO

5.1 A exteriorização discursivo-argumentativa do sopesamento	128
---	-----

5.1.1 <i>Justificação interna e externa</i>	132
5.1.2 <i>O sopesamento como forma de argumento dogmático</i>	137
5.1.2.1 <i>A "Fórmula de Peso" e sua escala triádica</i>	139
5.1.2.2 <i>O esquema da subsunção suplementado pelo sopesamento</i>	144
a) <i>Consequências inaceitáveis, implausíveis ou inverídicas</i>	145
b) <i>As múltiplas interpretações de uma regra</i>	149
5.2 <i>Sopesamento: uma forma de argumentação (ir)racional?</i>	154
5.2.1 <i>A alocação do ônus argumentativo</i>	156
5.2.1.1 <i>Plurivalência da resposta do sopesamento</i>	160
5.2.1.2 <i>Incomensurabilidade: a impossibilidade de se comparar direitos?</i>	162
<i>Capítulo 6 – CONCLUSÃO</i>	168
BIBLIOGRAFIA CITADA	171

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

1.1 Demarcação do tema: 1.1.1 Apontamentos iniciais ao objeto de pesquisa. 1.2 Objetivos. 1.3 Estrutura do trabalho. 1.4 Metodologia.

1.1 Demarcação do tema

Decisões judiciais proferidas no exercício do controle de constitucionalidade de leis trazem consigo, como em todas as outras decisões judiciais, a obrigação inescapável de exibir em seu corpo textual um discurso jurídico-racional que tenha respaldo em argumentos normativos e fáticos congruentes, sobretudo, se o que está em jogo são possíveis restrições a direitos fundamentais. Sempre que uma medida estatal interferir no âmbito de proteção de um direito fundamental, faz-se indispensável a sua justificação perante a ordem constitucional vigente, pois, caso contrário, o juiz ver-se-á compelido a declará-la inválida caso seja ela questionada judicialmente. O juiz, por sua vez, a fim de se certificar acerca da plausibilidade da justificação constitucional de uma dada medida estatal,¹ diante de uma alegada violação a direitos fundamentais, pode se valer de uma infinidade de métodos de interpretação e aplicação do direito em sua decisão, visando cumprir o que preceitua o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Como se percebe, entretanto, a satisfação desse preceito pode se dar de várias maneiras, metodologicamente falando, sendo, por isso, alvo de muitas disputas, tanto no âmbito acadêmico quanto forense, uma vez que cada um tem para si um modelo teórico ideal. Essas disputas estão longe de ser dirimidas, ainda mais no que concerne às cláusulas restritivas de direitos fundamentais, cuja fundamentação constitucional exige do operador do direito a satisfação de um ônus argumentativo *sui generis*. Isso acontece, dentre outras razões, devido à peculiaridade e relevância da matéria sobre a qual recaem as aludidas cláusulas restritivas, fazendo delas um fenômeno bastante difícil de ser explicado em sua fundamentação jurídico-discursiva. Note-se que, a existência de uma cláusula restritiva de direito fundamental pressupõe uma medida estatal interventiva, por trás da qual,

¹ A respeito da importância da fundamentação constitucional para a análise de medidas estatais que implicam em restrições a direitos fundamentais, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 108-125; do mesmo autor, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 48-49.

necessariamente, subjaz uma colisão de direitos fundamentais, que deve ser examinada de modo a se estabelecer a validade ou não daquela.² Se esta questão, porventura, é levada ao crivo do Poder Judiciário, a decisão que julga a validade da medida estatal deverá apresentar em sua fundamentação as etapas lógico-rationais que foram discursivamente percorridas para se chegar ao veredicto, as quais, dada as características da matéria e sua relevância para o ordenamento jurídico, contêm uma estrutura interna e externa diferenciada.

A despeito da controvérsia que assombra as variadas formas de justificação das cláusulas restritivas de direitos fundamentais, é possível assimilar um ponto de partida em comum entre essas inúmeras teorias normativo-argumentativas que tratam do assunto, nomeadamente o de que um discurso racional consiste, grosso modo, em apresentar razões e teses para, em última instância, decidir quais argumentos prevalecerão.³ A querela se encontra justamente em como determinar quais razões e teses devem prevalecer, sobretudo, no discurso jurídico, onde nem sempre a decisão que resolve uma disputa legal advém de uma conclusão lógica derivada racionalmente a partir de proposições fáticas e normativas, respectivamente, comprovadas e válidas. E isso se deve a várias razões, dentre elas a vagueza da linguagem jurídica, a possibilidade de conflito entre normas, o fato de existirem casos que demandem soluções que não se enquadram em normas vigentes válidas, bem como a possibilidade, em casos especiais, da prolação de decisões contrárias ao próprio texto expresso na lei.⁴ Diante desse cenário de imprecisão, verifica-se, todavia, um único consenso entre os estudiosos da argumentação jurídica, a saber, que é preciso estabelecer regras para a construção de argumentos⁵ e regras que se refiram ao procedimento do discurso, isto é, regras que regulem a comparação de argumentos.⁶ É a partir daí que o caos teórico se instaura, na medida em que não há uma metodologia jurídica incontestável para a solução de problemas ligados à justificação de decisões jurídicas, panorama que só se agrava no campo dos direitos fundamentais, pois inexiste uma teoria do discurso apta a fornecer regras e procedimentos de

² Para os adeptos da teoria interna e da teoria do suporte fático restrito esta afirmação é falsa, conforme ficará claro nos capítulos seguintes.

³ Bartosz Brożek, "The Weight Formula and Argumentation". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp. 319-322.

⁴ Quanto aos problemas argumentativos causados à ciência do Direito em decorrência dessas quatro razões, cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 1-20.

⁵ É daí que procede, entre outros motivos, a percepção parcialmente equivocada de Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann de que *mandamentos de otimização* são regras, ponto este que será melhor explicado no capítulo seguinte. Cf., para tanto, Aulis Aarnio, "Taking Rules Seriously". In: Werner Maihofer and Gerhard Sprenger (eds.), "Law and the States in Modern Times", *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie* 42, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990, pp. 180-191.

⁶ No tocante a esses dois níveis da argumentação cf. Bartosz Brożek, *op. cit.*, pp. 319-320.

acordo com os quais possamos formular nossos juízos legais livres de objeções tanto formais como substantivas. Exemplo disso são os cânones gerais de interpretação do direito, em relação aos quais nem sequer existe um consenso quanto ao número deles e, ainda mais, quanto à maneira como seus resultados devem ser compreendidos e ordenados, uma vez que, se tomados isoladamente, diferentes cânones podem levar a diferentes resultados.⁷ Tendo em vista isso, passo a estabelecer as premissas teóricas desta pesquisa, posto que impossível manter uma neutralidade ou equidistância entre as múltiplas teorias, muitas vezes antagônicas entre si, que imperam na argumentação jurídica dos direitos fundamentais. Partirei de uma proposta teórica hoje consagrada por boa parte dos constitucionalistas e filósofos do direito, contudo, longe de ser unânime ou dominante nesse universo, porquanto ostenta lacunas cujo preenchimento ainda carece de muitas reflexões.

Desse modo, o presente trabalho se propõe a examinar uma manifestação peculiar do fenômeno das cláusulas restritivas de direitos fundamentais e que acontece com certa frequência no controle de constitucionalidade, porém, ainda pouco explorada analiticamente pela doutrina pátria. Para tanto, este trabalho adotara um modelo pautado no enfoque argumentativo e dogmático de Robert Alexy no âmbito dos direitos fundamentais, pois, além de tal enfoque ter-se notabilizado ao redor do globo,⁸ se entende, aqui, ser ele capaz de proporcionar elementos teórico-jurídicos que, apesar de existirem teorias concorrentes, promovem a racionalidade do discurso jurídico de um modo esclarecedor, especialmente em casos envolvendo antinomias entre direitos fundamentais.⁹ Decerto que existem outros modelos dogmáticos e argumentativos¹⁰ que os tribunais e, mormente, o Supremo Tribunal Federal (STF) poderiam lançar mão, entretanto, cabe-nos investigar, nesse particular, em que o modelo de Alexy se distingue e como ele encara as críticas a si imputadas pelos demais

⁷ Cf., sobre esse caos, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 1-5.

⁸ Para uma visão geral acerca do impacto quase global das teorias da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais de Alexy na ciência do direito, cf. Matthias Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 3-10.

⁹ Não se quer aqui dizer que uma teoria é melhor do que a outra, ou que a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy constitui uma superação das anteriores. O que se quer aqui é apenas demonstrar como ela funciona e o que ela agrega de fato à argumentação jurídica de decisões judiciais que analisam restrições a direitos fundamentais.

¹⁰ Böckenförde oferece em seu livro um breve ensaio sobre as principais vertentes dogmáticas no campo dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a teoria liberal dos direitos fundamentais, a teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrática e funcional dos direitos fundamentais e a teoria social dos direitos fundamentais. A propósito, cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis et présentés par Olivier Jouanjan, trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud, Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000, pp. 256-277.

modelos, críticas estas que vêm paulatinamente se refinando à medida que o modelo de Alexy vem também ganhando mais notoriedade.

Nesse sentido, pretendo investigar se os elementos-chave integradores da razão institucionalizada erigida pela concepção sistêmica de direito de Robert Alexy¹¹ são hábeis a explicar, de forma adequada, as etapas argumentativas que devem ser observadas para a introdução justificada de cláusulas restritivas em direitos fundamentais. Dentro desse plano teórico, assume papel de grande relevo o *sopesamento*, como principal método a permitir a projeção de racionalidades lógico-jurídicas a um campo do direito que, em nosso país, padece de dois extremos, ou a total ausência de um método específico, ou um sincretismo metodológico deletério à prática argumentativa em nossos tribunais.¹²

No entanto, cabe destacar que este trabalho possui um objeto de pesquisa delimitado, que não abrange a análise de toda e qualquer medida estatal interventiva que implique em restrição a direitos fundamentais, mas somente aquelas que resultem de leis ou atos normativos emanados do Poder Legislativo, ficando excluídas, portanto, de nossa análise, medidas emanadas de atos administrativos, ainda que de caráter normativo, dos demais Poderes da República.¹³ Por outro lado, é importante registrar que nem toda atividade estatal discursiva, competente para interpretar a constitucionalidade do caráter restritivo de atos normativos legislativos, será objeto de considerações,¹⁴ de tal sorte que nosso olhar se voltará estritamente àquela interpretação e argumentação desenvolvida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis.

¹¹ Para uma noção mais clara do conceito de "razão institucionalizada" na filosofia de Robert Alexy e como ela acaba resultando em uma autêntica teoria sistêmica do direito, cf. Matthias Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 21-26.

¹² Sobre esses dois extremos no direito constitucional brasileiro, cf., sobretudo, Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-121; e Leonardo Martins, "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), pp. 21-24.

¹³ Se por um lado o ato administrativo é conceituado pela doutrina, por excelência, como aquele que deriva da exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários e que, sob regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos com a finalidade de promover o interesse público (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 24 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 92-93). É certo que, de outro, a prática de atos administrativos cabe também às autoridades judiciárias, quando ordenam, por exemplo, seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência, os quais, igualmente, se sujeitam à revogação ou à anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149). É nesse sentido lato que se emprega, aqui, o termo "ato administrativo".

¹⁴ Faço referência, aqui, àquelas desenvolvidas nas comissões de constituição e justiça do Congresso Nacional, ou dentro da própria Administração Pública no exercício do seu poder de autotutela, ou ainda nas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

A escolha por esse recorte específico justifica-se por três motivos, um de ordem didática, outro de ordem metodológica e um terceiro de ordem dogmática, cada qual relacionado a um aspecto dessa abordagem particularizada. O motivo didático diz respeito ao conteúdo material das causas que são normalmente levadas à apreciação do STF, muitas das quais versam sobre restrições a direitos fundamentais, permitindo-nos, assim, detectar, por parte desta corte, como sua prática adjudicatória se comporta na procura de razões para seus juízos normativos de constitucionalidade. Por outro lado, creio eu, que as decisões de nossa Corte Suprema são as únicas que podem ser tidas como exibidoras de uma postura definitiva por parte do Poder Judiciário a respeito de um determinado assunto, o que não ocorre nas instâncias judiciárias inferiores dada a possibilidade de reforma do *decisum*. Ademais, o contato com casos da jurisprudência nacional só tem a acrescentar à tese aqui defendida, facilitando a compreensão da coerência e racionalidade do sopesamento como método de justificação das cláusulas restritivas de direitos fundamentais no cenário brasileiro.

A razão metodológica se explica pelo fato de que são nas causas julgadas pelo STF onde podemos observar, efetivamente, a tensão entre os Poderes da República e como a ordem constitucional vem se reajustando ao lidar com problemas complexos da realidade social contemporânea, sobretudo, aqueles envolvendo direitos fundamentais. Em outros termos, são nas decisões do STF, devido à sua função precípua de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CF), que podemos extrair as experiências mais ricas de fundamentação constitucional das cláusulas restritivas, por se tratar do *locus* onde a argumentação jurídica se aflora em seus aspectos mais sensíveis da dogmática dos direitos fundamentais, deixando à mostra dificuldades tanto de natureza formal quanto material.

Por fim, o motivo dogmático reside em uma característica singular das intervenções estatais oriundas de leis ou atos normativos provenientes do Legislativo, qual seja, elas permitem ser avaliadas diretamente em face da norma constitucional de direito fundamental,¹⁵ ensejando, assim, o conhecimento da argumentação jurídica que supostamente a justifica do ponto de vista constitucional. Além disso, a adoção de tal recorte científico tem por escopo, ainda dentro dessa perspectiva dogmática, evitar desvios de percurso desnecessários, porquanto as cláusulas restritivas procedentes de intervenções estatais de autoria do Executivo e do Judiciário requerem um processo bifásico de análise,¹⁶ cuja fundamentação implicaria

¹⁵ Leonardo Martins, "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), p. 31.

¹⁶ Neste processo bifásico verifica-se, primeiro, o fundamento legal da medida interventora e sua constitucionalidade, ou seja, aplica-se o critério da proporcionalidade para se concluir se a norma é válida em

enfrentar questões estranhas ao objeto desta pesquisa, extrapolando, em muito, o seu propósito.

Da mesma forma, o vasto espectro da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que pretendo interpretar à luz de sua teoria da argumentação jurídica, requer também uma abordagem específica que seja adequada ao objeto desta pesquisa, considerando as suas infindáveis possibilidades analíticas. Não nos convém, por conseguinte, estudá-la em sua inteireza para os fins deste expediente científico, o que seria de certa maneira contraproducente. Por consequência, merecerá nossa atenção, como já deixamos transparecer, apenas a compreensão daqueles elementos dogmáticos usualmente empregados na argumentação e construção de decisões judiciais que se prestam ao controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. O que almejo fazer, obviamente, sem me descurar de uma análise crítica quanto à recepção pelo direito constitucional brasileiro das teses ínsitas ao modelo dogmático-normativo sistematizado por Alexy, não cedendo, portanto, a uma reprodução irrefletida de suas ideias, abordagem que, além de empobrecedora, vem tornando-se comum no panorama da doutrina nacional.¹⁷

Posto isso, darei especial atenção à estrutura das normas de direito fundamental e sua especial repercussão sobre os métodos de interpretação e aplicação do direito, visando mensurar a capacidade argumentativa do sopesamento como instrumento entregue ao intérprete para a orquestração de discursos que sejam técnicos e racionais¹⁸, logo, controláveis discursivamente, bem como aprimoráveis sempre que interpretados à luz de novos subsídios fáticos e jurídicos.¹⁹ Nesse contexto, restará demonstrado que o desiderato de se forjar uma única resposta correta a um dissenso jurídico é uma ambição que nunca pertenceu ao sopesamento. Ele serve apenas de ferramenta argumentativa para se alcançar a melhor resposta possível a um dado caso concreto dentro de limitações factuais, jurídicas e

face do caso concreto, isto é, em face da medida específica que atinge o direito fundamental. Na segunda fase procura-se definir, por sua vez, se a medida administrativa ou judicial, embora baseadas em normas não inconstitucionais, implicam em violação ou não ao direito fundamental em exame, dada a eventual desproporcionalidade das medidas que representam (*Ibidem*, p. 31).

¹⁷ É o que acontece, por exemplo, com o sistema de reserva de lei, cuja recepção pelo direito brasileiro nunca sequer foi discutida em pesquisas de fôlego sobre o assunto, ao ponto de sem qualquer tipo de questionamento ter-se incorporado ao direito constitucional pátrio como algo natural. Para uma discussão crítica acerca dessa atitude pusilânime da doutrina constitucional brasileira em aceitar, sem incômodo, esse instituto estrangeiro, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 605-618.

¹⁸ Cf., por todos, acerca da relevância de um discurso racional no direito e da necessidade de se alcançar certa objetividade na produção de argumentos jurídicos por meio de determinados parâmetros legais, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 13-24.

¹⁹ Nesse sentido, cf. Jan-R. Sieckmann, "Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments", *Artificial Intelligence and Law* 11:2 (2003), pp. 216-218.

cronológicas que, por sua própria natureza, não são imutáveis.²⁰ Desse modo, não há como fugirmos à exploração do papel do sopesamento, enquanto valiosa ferramenta argumentativa de limitação do poder estatal, na justificação interna e externa²¹ das cláusulas restritivas de direitos fundamentais, sendo ele muito útil à assimilação do funcionamento sistemático dos dispositivos normativos consagradores dos direitos e garantias constitucionais.

Não obstante, a base para a exploração desse papel se encontra na teoria dos princípios. Segundo ela dispositivos constitucionais contempladores de direitos e garantias fundamentais podem veicular duas espécies de normas, ou regras ou princípios. Contudo, é de se destacar que as normas de direito fundamental podem adquirir duplo caráter normativo, transformando-se em uma norma jurídica de estrutura híbrida, que é tanto regra como princípio. É o que acontece, por exemplo, com a norma de direito fundamental atribuída²² que resulta do sopesamento que soluciona uma colisão entre uma regra e um princípio. Essa complexidade estrutural não configura, porém, uma característica inata das normas de direitos fundamentais,²³ embora possam os dispositivos constitucionais garantidores desses direitos assim induzir quem os lê,²⁴ pois aquelas, inicialmente, ou estatuem regras (normalmente incompletas) ou princípios.²⁵ Todavia, normas de direitos fundamentais, conforme já dito anteriormente, só adquirem caráter dúplici se forem construídas de modo a que ambos os níveis sejam nelas reunidos, e isso ocorre "*quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos*".²⁶ Isso pode se suceder, dentre outras causas, da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra em virtude de um princípio, o que de certa maneira enfraqueceria o caráter definitivo das regras, sobretudo, se tivermos em mente que as

²⁰ Cf., sustentando essa posição, Robert Alexy, "Posfácio". In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, pp. 587-588 e Jean-Baptiste Pointel, "Balancing in a vector space". In: Jan-Reinard Sieckmann (ed.), "Legal Reasoning: The Methods of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 124 (2010), pp. 119-129. Em sentido contrário, pode-se indicar Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 279-290.

²¹ A respeito dessa dicotomia entre justificação interna e externa, cf. Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20; e Mátyas Bódig, "Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 131-134.

²² Sobre o conceito de norma de direito fundamental atribuída, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, pp. 99-103.

²³ Exceto talvez no caso da dignidade humana, cf., a respeito, *Ibidem*, pp. 111-114.

²⁴ Por exemplo, o dispositivo do art. 5.º, inciso XVI, da Constituição Federal, que ao garantir o direito de reunião já pondera algumas condições para seu exercício como a pacificidade, a ausência de armas, a não frustração de outra reunião previamente convocada e a exigência de prévio aviso à autoridade competente.

²⁵ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 141.

²⁶ *Ibidem*, p. 141.

cláusulas de exceção não são nem mesmo teoricamente enumeráveis.²⁷ Com efeito, é exatamente esse fenômeno normativo-antinômico, advindo da colisão entre uma regra e um princípio, que aspiro estudar aqui, principalmente devido ao caráter controvertido que o rodeia, resultante de suas complexas premissas teórico-dogmáticas. Tal atributo deve-se ao fato de existirem outros pontos de vista, para os quais, a aceitação dessa espécie de antagonismo normativo, importaria em uma verdadeira teratologia jurídica, eis que suscitaria vários paradoxos de ordem jusfilosófica que colocariam em risco à própria harmonia do sistema de direito.

Como se percebe, este trabalho se ocupará apenas do processo de formação de normas de direito fundamental que apresentam a comentada estrutura dúplice, resultante da colisão entre uma regra e um princípio, visto que esta tensão normativa, em minha opinião, é a que parece trazer maiores desafios à argumentação jurídica de cláusulas restritivas em sua conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade.²⁸ No entanto, por se tratar de fenômeno normativo de difícil compreensão e pouco explorado na dogmática de Alexy, a falta de estudos mais aprofundados a seu respeito faz com que seja um dos principais responsáveis pelo grande número de percepções equivocadas acerca da teoria dos princípios, nomeadamente por parte daqueles que a combatem.²⁹ O que se quer aqui dizer com isso é que, muitas vezes, um autor ao criticar a maneira como o sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) lida com colisões de direitos fundamentais, em especial do tipo descrito acima, ele confunde o sopesamento com a teoria sustentada pelo autor A ou com a decisão x, y, z, proferida pela corte C. E isso não demonstra de forma alguma que o sopesamento é em si próprio um método inadequado. Para que um argumento fosse bem sucedido contra o sopesamento seria necessário, primeiro, construir o melhor cenário possível a seu favor a fim de que, em um segundo momento, ficasse comprovada a sua deficiência ainda dentro da situação que lhe seja mais favorável. Com efeito, quando alguém tece uma crítica ao

²⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 104. Contra essa mitigação do caráter definitivo das regras, defendendo um sistema jurídico com um *numerus clausus* de exceções às regras, no intuito de preservar a completude destas e a segurança jurídica do sistema, cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978p. 25. Esse ponto será objeto de análise mais detalhada em tópico próprio.

²⁸ Para o termo "conexão intrínseca" ou "conexão" necessária entre cláusulas restritivas de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade, cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 203-204; Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), pp. 2-6. Disponível em «<http://revus.revues.org/2783>». Acesso em 03/04/2014.

²⁹ Cf., dentre eles, Ralf Poscher, "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), *passim*; Massimo La Torre, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 81-84.

sopesamento direcionando-se a algum aspecto não atraente de uma concepção específica de sopesamento ou a uma decisão judicial mal estruturada corre o risco de lutar contra um espantalho.³⁰

Em vista disso, antes de iniciarmos nossa incursão sobre os aludidos fenômenos e métodos, revela-se irremediável à congruência das ideias a serem desenvolvidas, a necessidade de, primeiro, esquadriharmos os elementos analíticos basilares da teoria da norma de Alexy, em especial, a distinção entre regras e princípios, pois é ela o pilar da teoria da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais e o meio para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.³¹ Sem eles ficamos impedidos de alcançar nossos objetivos, porquanto constituem verdadeiros pressupostos para a compreensão discursivo-argumentativa da decisão judicial que fundamenta uma norma de caráter dúplice em detrimento de uma norma de caráter definitivo. A partir daí, pretende-se chegar a uma dogmática das restrições a direitos fundamentais que seja eficaz, no sentido de inibir excessos por parte da lei, e, ao mesmo tempo, cognoscível do ponto de vista argumentativo, no sentido de repudiar justificativas constitucionais insuficientemente racionalizadas ou incompreensíveis traduzidas pela interpretação jurídica.

1.1.1 Apontamentos iniciais ao objeto de pesquisa

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê um sistema *forte* de controle de constitucionalidade de leis, ou seja, as cortes têm autoridade para recusar aplicação a uma norma jurídica positiva em um dado caso concreto sob sua apreciação – conquanto a ele claramente ela se aplique –, ou ainda modificar os seus efeitos para torná-la compatível com os direitos fundamentais – conferindo-lhe escopo, nessa hipótese, diverso do seu original –. Além dessas prerrogativas, as cortes nesse sistema chegam a deter a faculdade de prescrever a inaplicabilidade de uma determinada norma positivada no ordenamento jurídico por parte dos demais órgãos do Poder Público, sendo capaz, assim, de efetivamente torná-la letra morta, ou até mesmo extirpá-la do ordenamento.³²

³⁰ Kai Möller, "Proportionality: Challenging the critics", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), pp. 710-711; Madhav Khosla, "Proportionality: An Assault on Human Rights? A Reply", *International Journal of Constitutional Law* 8:298 (2010), pp. 298, 302 e 306.

³¹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 85.

³² Cf., por todos, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 325-333; e José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 50-56. Para uma explicação mais detalhada sobre as principais características do sistema de revisão judicial *forte* e suas mazelas em cotejo com sistemas de revisão judicial *fraco*, cf. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal* 115:6 (2006), pp. 1353-1359.

Não se trata, aqui, de discutir a legitimidade desse sistema de controle de constitucionalidade, mas, sim, de como melhor argumentativamente operacionalizá-lo em nossas decisões judiciais, já que é uma realidade inevitável de nosso direito constitucional, haja vista o que dispõe o art. 102, *caput*, e §§ da Constituição da República e os arts. 22 e ss. da Lei 9.868/99. E, sobretudo, nos casos envolvendo cláusulas restritivas de direitos fundamentais, em que o STF está sujeito a atuar como uma verdadeira força contramajoritária.³³ Pesa sobre ele o dever constitucional de justificar motivadamente a permanência ou expurgo daquela cláusula, ainda mais quando representada por um princípio que excetua uma regra. Pois, neste caso, já houve uma escolha do Legislativo em restringir um dado direito fundamental em benefício de outro, o que impõe ao juiz a necessidade não só de analisar as razões subjacentes a tal escolha, mas também ponderar se vale a pena desconstituir uma opção democrática conformadora de um princípio formal.³⁴ Os princípios formais são parte essencial da tese que se pretende defender aqui, e, por isso mesmo, ocuparão boa parte de minha atenção. Eles assumem especial destaque nesses casos em que já houve uma opção por parte do legislador, que normalmente consubstancia uma regra, mas que, contudo, vai de encontro com um princípio, instaurando-se daí um problema de colisão. Na medida em que tal problema é levado à apreciação do Poder Judiciário, duas controvérsias surgem. Primeira, havendo duas ou mais soluções igualmente equivalentes, paritárias ou quase semelhantes para aquele problema, propostas tanto pelo legislador como pelo tribunal, qual deve prevalecer? Segunda, diante dessa espécie de colisão bastaria somente atribuir um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra, do mesmo modo como nas antinomias puras entre princípios? Existem diversas maneiras de se encarar essas indagações, algumas das quais passam ao largo dos princípios formais. No entanto, a consideração destes é fundamental para a boa interpretação dos efeitos práticos que a dogmática dos direitos fundamentais de Robert Alexy confere à argumentação jurídica e ao equilíbrio institucional de uma democracia.³⁵ Sem embargo, existem opiniões contundentes em sentido oposto,

³³ A ideia de "força contramajoritária" foi introduzida originariamente em Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 16-17, no seguinte contexto: "[...] judicial review is a counter-majoritarian force in our system [...]. When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now [...].". Ela até hoje vem sendo objeto de amplas discussões na teoria constitucional.

³⁴ A questão dos princípios formais é introduzida por Alexy exatamente na discussão de uma possível colisão entre princípios e regras, quando aborda a possibilidade de aquisição também pelas regras de um caráter *prima facie*, porém, muito diferente da dos princípios. Sobre isso cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 105.

³⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31:2 (2011), p. 277.

propugnando que o sopesamento como método de otimização de princípios dá ampla margem a subjetivismos que resultariam em verdadeira violência às normas legais expressas³⁶ e, como consectário, ao regime democrático, eis que não permitiria que decisões tomadas a partir dele fossem rastreáveis de volta a sua origem, isto é, a vontade do povo (eleitorado) manifestada por meio dos Poderes de Estado.³⁷ Em outras palavras, aquele que utiliza o sopesamento como método de tomada de decisões, por exemplo, um tribunal, correria o risco, na opinião desses críticos, de desprezar totalmente a vontade dos órgãos de representação popular, uma vez que aquele que sopesa – dando preferência a um direito em vez de outro – está sujeito a colocar a sua vontade individual acima da vontade legítima prescrita na constituição.

De se ver, portanto, a relevância do tema objeto deste estudo, o qual possui reflexos notáveis sobre os mais variados interesses do País, como a concretização dos direitos e garantias fundamentais, desenvolvimento socioeconômico, princípio democrático, separação de poderes e segurança jurídica. Todos esses direitos e interesses serão por mim investigados à luz da *tese da otimização* de Alexy, a fim de constatar se ela ordena o discurso jurídico-constitucional a contento ou, *a contrario sensu*, só provoca dissabores e tumultos na prática e teoria constitucionais. Várias são as críticas desfavoráveis à tese da otimização, alguns dizem ter ela prestado um desserviço à argumentação jurídica de nossos tribunais, outros alegam ser ela responsável por certos problemas da economia nacional. Os primeiros aduzem que a interpretação e aplicação de princípios, sobretudo na prática constitucional, tornou-se verdadeira panaceia, servindo amiúde a propósitos escusos.³⁸ Há ainda quem sustente que os princípios, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, passaram a desempenhar funções que não lhe são próprias, numa tentativa paternalista de substituir o mercado por um modelo estatal de bem-estar social, gerando assim uma série de dificuldades econômicas, *e.g.*, altas taxas de juros, ausência de crédito a longo prazo e evasão de investimentos estrangeiros.³⁹

A despeito da teoria dos direitos fundamentais de Alexy ter conquistado vários adeptos ao redor do globo com suas inúmeras traduções, tanto no universo acadêmico quanto

³⁶ Cf., nesse sentido, Grégoire C. N. Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitution Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23:1 (2010), pp. 198-199.

³⁷ Friedrich Müller, "Basic Questions of Constitutional Concretization", *Rutgers Law Journal* 31:2 (2000), p. 340.

³⁸ Cf. Marcelo Neves, "Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal", *Revista Consultor Jurídico*, de 27 de outubro de 2012. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>». Acesso em: 21/11/2012.

³⁹ Cf. Persio Arida, Edmar Lisboa Bacha e André Lara-Resende, "Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil". In: Francesco Giavazzi, Ilan Goldfajn e Santiago Herrera (eds.), *Inflation Targeting and Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005, pp. 265-294.

forense, é certo que ela ainda encontra muita resistência em ambos os meios. Nela o sopesamento se dedica a uma dupla função, de um lado, representa um expediente metodológico destinado a lidar com alguns tipos de conflitos normativos, de outro, presta-se à construção de uma teoria do discurso racional ajustada às necessidades argumentativas específicas dos operadores do direito. Entretanto, ao adjudicar ao sopesamento função essencial na sua sistemática do direito, Alexy teria, na opinião de alguns, se servido de uma ideia oportunista, totalmente desprovida de cientificidade, que somente prosperou em razão de uma atmosfera intelectual favorável à sua época. Seu forte apelo residiria, sobretudo, em sua elevada plausibilidade intuitiva e significativo valor explanatório, o que teria permitido ao sopesamento se guindar ao topo como novo paradigma do direito público não só na Alemanha, mas também em outros países,⁴⁰ dentre eles o Brasil.⁴¹ Por conta disso, realça Matthias Jestaedt, muitas incongruências lógicas, filosóficas e metodológicas amargadas pelo sopesamento passaram em branco, as quais, entretanto, não obstante tenham sido desdenhadas por reproduções irrefletidas, tiram-lhe um de seus atributos mais notáveis, a de ideia dotada de valor explanatório potencialmente universal para casos envolvendo choques entre direitos fundamentais.⁴² Outros, como Frederick Schauer, arguem que apesar do sopesamento constituir um método racional de aplicação do direito, a subsunção permanece como um método comparativamente superior se observada a sua capacidade de lidar com antinomias normativo-constitucionais e oferecer soluções que melhor preservam o texto e a forma da constituição.⁴³ Sem dúvida, tais críticas, juntamente com muitas outras que serão aventadas ao longo deste trabalho, fazem parte do tema a ser pesquisado, pois são elas que definirão a pertinência do sopesamento como método de satisfação do ônus argumentativo derivado das cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

Cumpramos registrar, antes de prosseguirmos com a discussão, dois pontos cruciais para o balizamento de nossa análise. Primeiro, se escolhemos avaliar a importância e a aceitabilidade do sopesamento como método de aplicação e argumentação do direito, focado

⁴⁰ Cf. Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 156-157.

⁴¹ Na prática do STF já é possível se identificar uma expressiva quantidade de julgados apresentando o raciocínio do sopesamento como fator argumentativo central, ainda que muitas vezes imprecisamente, por exemplo: IF 2.915/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 28/11/2003; ADI 855-2/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 27/03/2009; ADI 3.112-1/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 25/10/2007; RE 418.376-5/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 23/03/2007.

⁴² Matthias Jestaedt, *op. cit.*, p. 159.

⁴³ Frederick Schauer, "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text". In: Matthias Klatt (eds.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 315-316.

na sua habilidade de agregar novas racionalidades ao discurso jurídico que examina a validade de cláusulas restritivas de direito fundamental, então, é natural que excluamos de nosso âmbito de pesquisa questões estritamente empíricas, ou seja, que possam ser resolvidas com recurso às subregras da *adequação* e *necessidade*. Aqui, a única função da regra da proporcionalidade que nos interessa é a *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, aquela que evita que "*medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar*".⁴⁴ Isso não importará, contudo, na total desconsideração das duas primeiras subregras, porquanto elas têm visíveis reflexos sobre os resultados obtidos pela terceira e última subregra.

Segundo, a pesquisa se limitará a analisar casos para cuja solução se demande a observação de argumentos normativos que tenham origem em colisões entre regras e princípios, porque esses argumentos exigem uma justificativa adicional para a fundamentação de cláusulas restritivas. Como já dito, uma regra não pode simplesmente ser afastada em razão de um princípio contraposto que se mostre, na ocasião, mais importante que o princípio substantivo que dá suporte à regra. É necessário que, além disso, o princípio contraposto apresente razões mais fortes do que aquilo que Alexy costuma chamar de princípios *formais*, tal qual o princípio de que regras sancionadas por uma autoridade constitucional eleita democraticamente devem ser seguidas.⁴⁵ Em outras palavras, as regras gozam de uma primazia *prima facie* em relação aos princípios, seja em virtude da força vinculante da constituição, que presta reverência às decisões tomadas pelo legislador constituinte,⁴⁶ ou de cânones da interpretação que visam preservar os argumentos institucionais em detrimento dos práticos gerais ou substanciais.⁴⁷ Por uma razão ou outra, o fato é que a inclusão de uma cláusula restritiva em um direito fundamental, como resultado da colisão entre uma regra e um princípio, requer uma carga argumentativa muito maior que aquela redundante da pura colisão entre princípios. Assim, quero verificar se o sopesamento é suficientemente adequado à satisfação dessa carga argumentativa, como sustenta Alexy, ou pelo contrário se importa em uma prática jurídico-constitucional confusa, marcada por abuso de direitos e casuísmos

⁴⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 175.

⁴⁵ Nesse sentido, cf. Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 455.

⁴⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

⁴⁷ *Idem*, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 74-75.

judiciais, como, aliás, defende Marcelo Neves,⁴⁸ ou em perda da objetividade jurídica, como afirma Larry Alexander.⁴⁹

Outro ponto que gostaria de destacar é que como o presente trabalho visa analisar vantagens e desvantagens do sopesamento como método argumentativo em discursos voltados a justificação de cláusulas restritivas de direitos fundamentais, mormente em hipóteses de controle judicial de constitucionalidade de leis, não terei como foco principal discutir a legitimidade dessa prerrogativa das cortes constitucionais, nem tampouco confrontar as qualidades substantivas dos discursos emanados no foro legislativo com os do foro judicial,⁵⁰ mas sim discutir qual a margem de atuação de cada um em casos envolvendo a colisão entre regra e princípio. Em verdade, o foco principal consiste no estudo de modelos discursivos suscetíveis de projetar racionalidades a uma área do direito constitucional que carece de uma metodologia uníssona, que seja capaz de propiciar aos operadores do direito a faculdade de reconstruir argumentativamente e controlar discursivo logicamente decisões judiciais que propalam juízos de constitucionalidade constritores de direitos fundamentais.

Por derradeiro, cabe esclarecer que, para os fins deste trabalho, o instrumento voltado à operacionalização da lei do sopesamento conhecido como "fórmula de peso" ocupará um cargo importante no desate dos problemas apresentados anteriormente. Não se tratando, a meu ver, apenas de um mecanismo meramente ilustrativo,⁵¹ consubstancia, na verdade, um expediente imprescindível no esquema argumentativo de um processo de tomada de decisão que busca equacionar uma colisão entre direitos fundamentais. Bernhard Schlink diz que o sopesamento (*proporcionalidade em sentido estrito*) carece de padrões racionais e vinculativos, pois cria o risco de sempre fazer valer os juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que controla, apesar de todos os esforços de racionalidade. Desse modo, em um controle judicial de constitucionalidade de leis, aquele que exerce o controle colocaria os seus juízos subjetivos acima dos do legislador controlado.⁵² No entanto, a fórmula de peso se dedica justamente a combater subjetivismos e pré-juízos, eis que atua antes mesmo do início do processo de argumentação, não sendo um esquema de construção de argumentos, mas um

⁴⁸ Nesse sentido, cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2013, pp. 171-220.

⁴⁹ Cf. Larry Alexander, "Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 117-123.

⁵⁰ Embora seja este um foco subsidiário, cujo trato é inevitável.

⁵¹ Essa não parece ser, entretanto, a opinião em Virgílio Afonso da Silva, "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 371-372.

⁵² Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

dispositivo que serve à comparação de diferentes e concorrentes argumentos, auxiliando na distribuição direta do ônus argumentativo que deve ser satisfeito para a concatenação de discursos jurídico-rationais.⁵³ Além disso, a fórmula de peso tem outras funções dentro da dogmática de Alexy, podendo funcionar também como elemento diferenciador do caráter *prima facie* de regras e princípios, como subsídio à definição de regras de precedência condicionada e como fator necessário à assimilação dos limites do sopesamento e consequente reconhecimento da oportunidade de se prestar deferência à discricionariedade legislativa, nomeadamente em casos de impasse (*stalemate*), no qual surge o ônus da argumentação.⁵⁴

Logo, fica esclarecido que a fórmula de peso não será tratada, aqui, como mero dispositivo ilustrativo, mas sim como ferramenta inerente à racionalidade do sopesamento no segundo nível da argumentação, ou seja, no da comparação de argumentos. Quero, com isso, afastar as críticas ao sopesamento como método de aplicação do direito – especialmente de seu suposto caráter usurpador da função legislativa – e, ao mesmo tempo, demonstrar como elas são produto da má compreensão da maneira como ele opera na justificação de cláusulas restritivas de direitos fundamentais que produzem normas de estrutura dúplice, que são tanto regra como princípio. Daí a defesa de Alexy por um duplo caráter das normas de direitos fundamentais.⁵⁵ Por outro lado, não se postula que a adoção do sopesamento implica na obsolescência da subsunção, pelo contrário, ele é complemento dela, posto que almeja suprir uma insuficiência explicativa e lógica da subsunção para lidar com determinados problemas de direito. Sem embargo, ela continua a ser considerada, mesmo na dogmática dos direitos fundamentais de Alexy, o principal método de aplicação do direito, sendo que o sopesamento só tem a agregar a sua racionalidade.

⁵³ Bartosz Brożek, "The Weight Formula and Argumentation". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 324. Essa, todavia, é uma afirmação extremamente polêmica e que será colocada à prova, visto que conta com muita resistência na doutrina, por todos, cf. Ricardo A. Guibourg, "On Alexy's Weighing Formula". In: Jan-Reinard Sieckmann (ed.), "Legal Reasoning: The Methods of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 124 (2010), pp. 152-157.

⁵⁴ A propósito dessas múltiplas funções, cf. Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 133-136.

⁵⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 141-144.

1.2 Objetivos

Se partirmos do pressuposto de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral⁵⁶, então, é correto afirmar que a teoria do discurso jurídico transita por uma gama de temas, que vão desde o problema do conhecimento prático através do sistema de direitos até uma teoria da democracia. Entretanto, de todos os assuntos que o discurso jurídico tangencia, a argumentação jurídica é a que mais se aproxima da prática legal e, por isso, serve de pedra de toque para a própria ideia de racionalidade discursiva no direito. A teoria da argumentação jurídica pode desempenhar esse papel porque está intrinsecamente conectada a todos os elementos do sistema jurídico.⁵⁷ Para os objetivos desta exposição, duas conexões são de extrema importância. A primeira diz respeito à relação entre o processo democrático e a argumentação jurídica, no sentido de que aquele resulta normalmente em decisões parlamentares, as quais, por sua vez, constituem relevantes pontos de partida, traduzidos em leis e estatutos jurídicos, para esta. A segunda conexão refere-se aos direitos fundamentais e a maneira como eles são interpretados e concretizados. Essas duas funções podem sem dúvida serem feitas pelo legislador, aliás, a quem cabe por excelência fazê-las. Contudo, se ele está vinculado aos direitos fundamentais, deve existir algum tipo de argumento que nos permita questionar se um ato legislativo ou uma omissão legislativa viola direitos fundamentais ou não.⁵⁸ O nosso objetivo é saber se o sopesamento pode ser esse argumento.

Paralelamente, se a argumentação jurídica se desdobra em duas faces, como Janus, uma voltada para o caráter autoritativo, institucional ou real do direito e a outra voltada para o seu lado livre, discursivo ou ideal, temos que, se por um lado, a argumentação jurídica se apega a razões autoritativas e institucionais que levam a decisões definitivas por parte das cortes, por outro lado, é necessário que o raciocínio jurídico seja algo a mais que a mera subsunção.⁵⁹ Enfim, há uma premência para que o raciocínio jurídico não se reduza à execução pura e simples de determinações autoritativas, o que se torna, inclusive, inviável diante da textura aberta das constituições, máxime quanto a seu catálogo de direitos fundamentais.

Desse modo quer se saber se o sopesamento, como um dos argumentos do discurso jurídico é capaz de atender às razões que fazem desse discurso um caso especial do discurso prático geral. Ora, o discurso jurídico é um caso especial, pois, como se percebe, a

⁵⁶ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 212-213.

⁵⁷ *Idem*, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris* 12:4 (1999), p. 374.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 374-375.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 375.

argumentação jurídica ocorre no contexto de uma série de condições restritivas, como, por exemplo, a vinculação a leis e estatutos jurídicos, a necessária observação da jurisprudência, o acompanhamento de estudos doutrinários desenvolvido por juristas, etc. Além disso, o discurso jurídico possui uma pretensão de correção, o que significa dizer que ele ao fazer a asserção de uma proposição normativa, estando sujeito às restrições impostas pelas condições restritivas acima descritas, deve produzir asserções que sejam racionalmente justificáveis, ou seja, passíveis de serem reconstruídas de maneira argumentativa e lógica de volta a sua fonte legal primária.⁶⁰ Em síntese, se há um objetivo central nessa pesquisa é descobrir se o sopesamento atende a todas essas razões discursivas – (1) se ele se preocupa com questões práticas, como o que pode ou deve ser feito ou não feito em um determinado caso; (2) se ele discute tais razões sob a pretensão de correção; e (3) se ele é capaz de se desenvolver de forma obediente às condições restritivas do tipo que foram mencionadas –. De toda sorte que, o recorte feito ao objeto de pesquisa, como limitá-lo a cláusulas restritivas de direitos fundamentais decorrentes de colisões entre regras e princípios, sucedeu-se justamente porque essa limitação, junto com outras já delineadas, realçam esses aspectos do discurso jurídico, bem como os colocam a toda prova. Descobrir se o sopesamento é capaz de satisfazê-los dependerá de como a teoria do direito de Alexy se comporta sistemicamente e responde às críticas a ela irrogadas, já que está sempre em fluxo e constantemente sujeita a refinamentos e subsequentes desenvolvimentos.⁶¹

Portanto, se há uma a tese central nesta pesquisa é a defesa da racionalidade do sopesamento como ferramenta argumentativa, notadamente em colisões entre regras e princípios, pois, como já dito, essas colisões envolvem um elemento institucional que muitos autores dizem que ele ignora completamente. Dessa forma, enfrentar mitos e equívocos em torno dessa celeuma é algo que acompanhará o desenvolvimento deste trabalho de seu início ao fim.

1.3 Estrutura do trabalho

É perceptível pela forma com a qual o objeto de pesquisa foi apresentado, que a meta deste trabalho não se limita a estudar, pura e simplesmente, as teorias que cuidam da argumentação jurídica de cláusulas restritivas de direitos fundamentais para, ao final, cotejá-

⁶⁰ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. 16.

⁶¹ Sobre esse comportamento sistêmico, cf. Matthias Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 1-3 e 24-26.

las e optar por aquela que pareça ser a mais adequada. Embora seja este um caminho possível, que também pretendo seguir, o meu interesse repousa muito mais sobre a complexidade do problema e nos fatores adjacentes que ele envolve. Por conseguinte, a razão pela qual a presente análise volta sua atenção somente às colisões entre regras e princípios tem a ver com as variáveis que esse tipo de conflito normativo, em especial, abrange, tais como os princípios formais e a discricionariedade legislativa. Além disso, a falta de refinamento dessas variáveis dentro da dogmática de Alexy tem levado os estudiosos mais céticos a formularem uma série de censuras aos seus métodos e tipologias, sem, contudo, levarem em conta o papel que tais variáveis exercem, até porque são poucos os ensaios acadêmicos direcionados a elas. Acontece o mesmo com as normas de estrutura dúplice, para aqueles que condenam os princípios, e com o raciocínio jurídico do sopesamento, para aqueles que preferem um modelo puro de subsunção. Neste último caso, o desprezo em relação à "fórmula de peso" ou, às vezes, a sua cognição distorcida como um mecanismo de precisão aritmética têm sido significativos para muitas das críticas ao sopesamento.⁶²

Nesse intuito, refletir sobre todos esses aspectos é algo que se planeja fazer ao longo deste trabalho a fim de se compor um modelo estruturado de argumentação jurídica, que possa, eventualmente, estar à disposição de nossa Corte Constitucional, como uma opção, visto que se espera demonstrar a sua compatibilidade com a prática jurídico-constitucional nacional. Daí porque alguns casos do STF serão utilizados de modo ilustrativo para reconstruirmos argumentativamente decisões de acordo com o modelo aqui proposto.

Consignado esse singelo, porém necessário, esclarecimento, cabe agora, propriamente, apresentar a estrutura desta dissertação, com seus capítulos e respectivos subtítulos, cada qual com um breve resumo do assunto a que está destinado a tratar, denotando, assim, a linha de pesquisa que será seguida e a conexão entre as teses a serem defendidas. Após o capítulo introdutório, no capítulo 2 serão apresentadas as características precípuas da dogmática dos direitos fundamentais com as quais trabalharei e que servirão de alicerce para esta pesquisa, nomeadamente a teoria dos princípios de Alexy. Ao assim fazer, desejo indicar de quais pressupostos teórico-jurídicos eu parto, as suas origens e implicações dentro do direito constitucional, as inovações que trouxe para este ramo do direito, bem como seus alegados problemas e inconsistências, com vistas a, em remate, sugerir alguns refinamentos como saídas possíveis ou como forma de corretamente interpretá-los.

⁶² Cf., por exemplo, Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?" *International Journal of Constitutional Law* 7:3, p. 472.

No capítulo 3, após ter definido o substrato teórico, passarei a analisar o seu liame com a teoria da argumentação jurídica, explicitando como ela operacionaliza-se em face de colisões de direitos fundamentais que resultam em cláusulas restritivas. Isso será feito, é claro, sem se olvidar de aspectos analíticos como os componentes formais e lógicos presentes na construção de justificações constitucionais de cláusulas restritivas – justificação interna –, bem como a sua abertura para argumentos de tipo substancial, aptos a preencher com conteúdo essa moldura semivazia – justificação externa –. Nesse mesmo capítulo, pretendo ainda tecer alguns comentários acerca dos conceitos de limites, restrições, cláusulas restritivas e reserva legal, cuja confusão é uma das principais responsáveis pela balburdia conceitual vista nas argumentações fundadas no sopesamento, pois dependendo do conceito adotado o resultado e qualidade do discurso jurídico poderá ser totalmente diverso do esperado. Dentro desse tumulto conceitual, a noção de suporte fático assume papel central e, por isso, será também explorado nesse capítulo.

O capítulo 4 abordará as principais críticas ao sopesamento como método de aplicação do direito e balizamento da argumentação jurídica em se tratando de colisões de direitos fundamentais. Dentre algumas objeções que enfrentaremos estão: i) o sopesamento baseia-se numa lógica circular de justificação dos princípios; ii) a resolução de conflitos normativos vai além do sopesamento; iii) o sopesamento inventa padrões abstratos de decisão, uma vez que cada caso concreto requer parâmetros decisoriais específicos; iv) o sopesamento esconde as razões da decisão que resolve uma colisão de direitos detrás de uma "fachada retórica";⁶³ v) o sopesamento é incapaz de lidar com argumentos morais; vi) o sopesamento conduz a uma única resposta correta a partir de um juízo utilitarista;⁶⁴ vii) a incomensurabilidade dos valores e a conseqüente impossibilidade de se atribuir pesos a direitos inabilitam o sopesamento como método de resolução de conflitos.⁶⁵

Consecutivamente, no capítulo 5 refletirei sobre como argumentos normativos podem preencher o "esqueleto" lógico do sopesamento, atribuindo pesos a eventuais direitos em choque, de modo a instruir um discurso jurídico apto a satisfazer o ônus argumentativo (leia-se: as regras específicas da argumentação jurídica) daí decorrente. Para tanto, discutirei o papel da fórmula de peso como peça indispensável ao funcionamento dessa gigantesca

⁶³ Essas objeções podem ser encontradas de maneira elencada em Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 159-172.

⁶⁴ Cf. Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 459.

⁶⁵ Cf. Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), pp. 473-475.

engrenagem dogmática e também como forma de rebater as críticas imputadas ao sopesamento, dissolvendo, simultaneamente, compreensões incorretas sobre ele. Ao mesmo tempo, pretendo deixar claro que o sopesamento respeita e faculta uma boa margem de atuação aos órgãos legislativos, uma zona dentro da qual ele não se atreve a adentrar. Isso será feito com recurso a casos do STF que se identificam com o problema desta pesquisa, os quais serão desconstruídos e reconstruídos dentro do modelo discursivo que se sugere. Trata-se, entretanto, como já salientado, apenas de uma sugestão, uma via argumentativa da qual os ministros podem lançar mão se assim desejarem.

Por fim, no capítulo 6 lançarei minhas conclusões a respeito das teses apresentadas, destacando os prós e contras de cada uma, oportunidade em que disporei de elementos suficientes para me manifestar acerca da eficiência do sopesamento como ferramenta argumentativa, bem como se há algo capaz de abalá-lo em sua estrutura lógico-racional ao ponto de torná-lo um dispositivo descartável à luz do que exige a hermenêutica constitucional.

1.4 Metodologia

Outra não poderia ser a abordagem metodológica senão aquela relacionada com as três dimensões vislumbradas por Alexy em sua dogmática jurídica, são elas: a *analítica*, a *empírica* e a *normativa*.⁶⁶ Com efeito, mais do que uma mera opção por um enfoque essencialmente dogmático, a sua adoção deve-se à sua perfeita adequação ao objeto desta pesquisa.

A propósito, observe-se que o tom regido ao tema possui notas predominantemente analíticas. Isso porque um dos principais vieses desta pesquisa consiste na dissecação sistemática dos conceitos basilares da dogmática dos direitos fundamentais, notadamente aqueles referentes à teoria dos princípios. São tais conceitos, do ponto de vista analítico, pressupostos teóricos elementares à consecução dos objetivos aqui fixados, o que ficará patente, conforme já assinalado, no capítulo 2.

A partir daí, abre-se caminho para que se possa averiguar as relações existentes entre os conceitos investigados na primeira parte do trabalho, de sorte a, numa segunda parte, verificar a repercussão deles sobre a estrutura lógica dos argumentos *reais* ou *possíveis* em

⁶⁶ Cf. sobre essas três dimensões, por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 32-38.

torno do problema dogmático-jurídico proposto.⁶⁷ Nesse particular, os capítulos 3 e 4 revelarão a forma pela qual a justificação constitucional das cláusulas restritivas de direitos fundamentais concretiza-se sob o aspecto formal e substancial. E é dessa concretização que se depreenderá o discurso lógico-racional por meio do qual se pautará a argumentação jurídica voltada a cuidar dos problemas que medeiam as agruras da justificação de medidas restritivas que intervêm no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

No intuito de demonstrar a plausibilidade e a correção da fundamentação jurídica dispensada às cláusulas restritivas de direitos fundamentais é preciso também constatar se é possível introjetarmos esse tipo de argumento jurídico ao hábito interpretativo de nossa Corte Constitucional, pois de nada servirá a sobredita inquirição analítica se ela não encontrar aplicação prática em casos reais. A validade dos expedientes teóricos que virão a ser desenvolvidos será, então, submetida à análise da jurisprudência do STF, com apoio na qual se verificará se tais expedientes podem ser adotados na prática forense como subsídio à construção de decisões judiciais bem fundamentadas, isto é, que sejam suscetíveis de controle intersubjetivo e, concomitantemente, disponham de certa previsibilidade diante do ordenamento jurídico. Quer-se com isso avaliar se as teorias e teses aqui defendidas podem contribuir para que a exegese de nossa Corte Suprema atenda a critérios de racionalidade e, portanto, de objetividade, permitindo-se assim um maior controle hermenêutico por parte daqueles que são por ela afetados.

O recurso à jurisprudência do STF, como parte da dimensão empírica de nossa análise, é, portanto, imprescindível para este trabalho e revela-se metodologicamente mais produtiva do que o recurso à jurisprudência estrangeira, pois mantém a discussão o mais próximo possível da realidade forense brasileira, o que me parece só contribuir para o estudo do direito constitucional em nosso País.

Por último, mas não menos importante, a dimensão normativa da dogmática jurídica é aquela por meio da qual se almeja propor e justificar critérios para a satisfação do ônus argumentativo no âmbito das cláusulas restritivas de direitos fundamentais. Vale dizer, ela é a dimensão preocupada em fornecer uma resposta adequada ao problema sugerido por este trabalho.⁶⁸ No entanto, a resposta adequada ao problema, conforme se verificará, resultará naturalmente das premissas teóricas desta análise e da maneira como foram concatenadas,

⁶⁷ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 14-15.

⁶⁸ Cf., no que concerne a esta preocupação da dimensão normativa, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

porém, testá-la é um de nossos objetivos centrais. Esse modo de encarar a temática implicará numa dissertação de mestrado, cujo ponto de partida não é uma resposta preconcebida, a partir da qual todo um raciocínio científico se desenrola, mas sim um problema de argumentação constitucional para cuja solução premissas teóricas hão de ser articuladas no sentido de se edificar um discurso racional em busca de uma resposta, que não tem pretensão de ser omnímoda. Não é preciso registrar que a mencionada edificação discursiva passará, inexoravelmente, por complexos problemas da dogmática dos direitos fundamentais, que, longe de serem pacíficos, carecem de uma abordagem metodológica uniforme, capaz de fornecer uma resposta universal. Diante disso, inevitável será o confronto com pensamentos jusfilosóficos opostos, que resistem arduamente ao nosso modo de lidar com as restrições de direitos fundamentais. Por outro lado, isso será metodologicamente salutar para a pesquisa, na medida em que a consistência de uma resposta tem como um de seus melhores indicadores a sua capacidade de resistir aos mais sofisticados argumentos das teses opostas.

Sinteticamente, essa será a metodologia a ser empreendida, tendo em vista que o objeto da pesquisa consiste eminentemente em um estudo dogmático-jurídico. Assim, não há como passar em branco pelas citadas dimensões, as quais propiciam uma melhor abordagem do tema, uma vez que tangenciam cada um de seus aspectos sob prismas diferentes. Tal postura parece-me permitir fornecer uma resposta consentânea com as teorias, conceitos e interpretações que vigoram tanto na doutrina como na jurisprudência sobre o problema colocado em questão, sem se olvidar, contudo, da necessidade de debelar algumas orientações hermenêuticas em sentido contrário, algumas das quais contribuem para a redução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Em razão do presente trabalho ter como proposta o estudo do sopesamento como substrato argumentativo apropriado para o discurso jurídico, tendo por ponto de partida a teoria do discurso racional de Alexy, almejo, em sua dimensão *empírica*, com ajuda da jurisprudência, demonstrar a relativa frequência de certos tipos de argumentos em casos envolvendo colisões entre regras e princípios, que acabam tocando em questões de direitos fundamentais que sugerem a presença do sopesamento como método de aplicação do direito, ainda que não apareçam de forma explícita. Já na dimensão *analítica* examinarei a estrutura lógica desses argumentos, de modo a, finalmente, na dimensão *normativa* propor e justificar critérios para a racionalidade do discurso jurídico.⁶⁹

⁶⁹ Para esses três enfoques e suas respectivas finalidades dentro da teoria do discurso jurídico cf., mais uma vez, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. 15.

REGRAS E PRINCÍPIOS

2.1 A norma de direito fundamental: estrutura e características: 2.1.1 Comparação estrutural entre regras e princípios – 2.1.2 As três teses centrais da teoria dos princípios de Alexy: 2.1.2.1 A tese da otimização – 2.1.2.2 A "lei de colisão": a) Conflitos de regras e a "fórmula da subsunção" – b) Colisão de princípios – c) Colisão de regras e princípios. 2.2 Inconsistências teóricas: 2.2.1 A superfluidade do discurso principiológico – 2.2.2 A teoria dos princípios como teoria dos direitos fundamentais – 2.2.3 Dimensão de peso e perda da objetividade jurídica – 2.2.4 Supressão da discricionariedade legislativa. 2.3. Refinamentos à teoria dos princípios: 2.3.1 Uma distinção quase nunca pontilhada: mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados – 2.3.2 Duas acepções do critério tudo-ou-nada das regras

2.1 A norma de direito fundamental: estrutura e características

Antes de qualquer comentário mais detalhado acerca da estrutura jurídica das normas de direitos fundamentais, é útil para a sua melhor compreensão explicar, em primeiro lugar, alguns elementos teóricos que considero imprescindíveis à assimilação do processo hermenêutico-constitucional de inclusão de cláusulas restritivas em direitos fundamentais, especialmente naqueles casos que resultam em normas de caráter dúplice. Em razão disso, é imperativo que nos atentemos à fundação dogmática dos direitos fundamentais, ocupada essencialmente pela teoria dos princípios, de sorte a, em um segundo momento, dispormos de elementos suficientes para a apresentação das críticas a ela imputadas. Assim, em um terceiro e último momento, será possível introduzirmos os refinamentos que a teoria dos princípios tem recebido por parte daqueles que insistem em defendê-la. Tudo isso permitirá que no capítulo seguinte haja condições satisfatórias para transitarmos pelos pontos cardeais que orbitam a polêmica jurisprudencial e doutrinária associada às restrições de direitos fundamentais e a teoria do suporte fático amplo e restrito.

2.1.1 Comparação estrutural entre regras e princípios

É comum hoje em dia encontrarmos em nossos manuais e cursos de direito constitucional um capítulo ou tópico reservado à discussão a respeito da natureza das normas constitucionais. Com esse desígnio, os autores geralmente citam dois grandes filósofos do

direito, Ronald Dworkin e Robert Alexy.⁷⁰ Contudo, a pluralidade de critérios tanto quantitativos como qualitativos definidores do que sejam regras e princípios dentro da teoria da norma jurídica⁷¹ prejudica muitas vezes a maneira como os conceitos desses jusfilósofos são estudados, criando-se no direito constitucional brasileiro um verdadeiro cenário de sincretismo metodológico em que uma mixórdia conceitual é engendrada sem nenhum pudor teórico ou precisão.⁷² Na intenção de fugir desse sincretismo pretendo expor, separadamente, as concepções de regras e princípios de Dworkin e Alexy e os critérios básicos de distinção que ambos utilizam, sem, ainda, denotar suas possíveis inconsistências teóricas e refinamentos necessários.

Ronald Dworkin, em seu ataque contra o positivismo jurídico de H. L. A. Hart, notou que em disputas sobre direitos e obrigações legais os juristas costumam valer-se de razões que não funcionam como regras, mas que operam diferentemente como princípios.⁷³ As regras, segundo ele, são aplicáveis de um modo tudo-ou-nada, ou seja, se os fatos previstos por uma regra ocorrem no mundo naturalístico, então, ou essa regra é válida e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela é inválida e não contribui em absolutamente nada para a tomada de uma decisão.⁷⁴ Não obstante, Dworkin reconhece que as regras podem conter exceções, hipótese em que uma razão baseada em uma regra seria incompleta e imprecisa, ao menos que capaz de enumerar todas as exceções exaustivamente. Na visão dele, não há nenhum motivo, em tese, por que todas as exceções não poderiam ser adicionadas às regras, de modo que quanto mais enumeradas mais precisa a enunciação de uma regra.⁷⁵ Por sua vez, Dworkin considera princípios, de um lado, aquele tipo de norma que estabelece um objetivo a ser alcançado, normalmente uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social, ou, de outro lado, aquele tipo de norma que deve ser cumprida por razões de justiça e equidade ou em virtude de alguma outra dimensão da moralidade.⁷⁶ Por isso mesmo, afirma ele que a diferença entre regras e princípios residiria no fato dos princípios possuírem uma

⁷⁰ Cf., por todos, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 276-283; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 30-39.

⁷¹ A respeito dessa pluralidade cf., com detalhes, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, pp. 1160-1162.

⁷² Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 133-136; do mesmo autor, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 625.

⁷³ Quando utilizo o termo "princípio" nesta passagem, o faço no sentido lato de Dworkin, isto é, abrangendo tanto princípios como políticas, uma referência genérica ao conjunto de normas diferente das regras. Cf., Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 22.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 22.

dimensão da qual as regras são desprovidas, qual seja, a dimensão de peso ou importância. Quer com isso dizer que, havendo uma colisão entre princípios, aquele que decide deverá levar em conta o peso de cada um em relação ao outro, o que não implica, entretanto, na possibilidade de uma mensuração exata, de tal maneira que o julgamento que reputa um princípio mais importante do que outro será na maioria das vezes controverso.⁷⁷ Tal distinção é qualificada pelo autor como de natureza estritamente lógica.⁷⁸

Essa teoria dos princípios sem dúvida inspirou Robert Alexy a cunhar a sua própria, movido pela vontade de combater problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como restrições e colisões desses direitos no seio do sistema jurídico. Vale-se ele da distinção entre regras e princípios como plataforma para uma teoria normativo-material de direitos fundamentais, um ponto de partida para o esclarecimento das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.⁷⁹ Alexy diante do grande número de critérios distintivos adotados para a distinção entre regras e princípios entende haver um decisivo, de natureza qualitativa, que residiria na característica dos princípios atuarem como *mandamentos de otimização*, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em outras palavras, ao contrário das regras, em que verificada as suas condições de aplicação no mundo *real* a sua consequência jurídica deve ser cumprida exatamente da maneira como demanda, nem mais nem menos, no caso dos princípios admite-se possam eles ser satisfeitos em graus variados dependendo das circunstâncias fáticas e dos princípios contrapostos.⁸⁰ Por essa razão, diz-se que um dos principais fatores distintivos entre regras e princípios, de acordo com Alexy, está no fato de que estes expressam direitos e deveres *prima facie* e aquelas direitos e deveres *definitivos*.⁸¹ Esse fator distintivo entre tais espécies normativas engloba outro, também muito famigerado na teoria dos princípios de Alexy, que consiste na forma de aplicação de cada uma. Enquanto a forma de aplicação das regras é a *subsunção*, a forma de aplicação dos princípios é o *sopesamento*.⁸²

É desses traços distintivos superficiais dos quais eu parto e que bastam, por enquanto, à introdução da teoria dos princípios, uma vez que o desenvolvimento do assunto

⁷⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 26.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 90-91.

⁸¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 610-611.

⁸² Cf. Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 1. Disponível em «<http://revus.revues.org/2783>». Acesso em 03/04/2014.

costuma parar aí na doutrina constitucional brasileira. Refinamentos direcionados à temática desta pesquisa começarão a ser construídos, portanto, doravante.

2.1.2 As três teses centrais da teoria dos princípios de Alexy

A exposição das três teses centrais da teoria dos princípios destina-se, sobretudo, a fornecer uma propedêutica jurídica às cláusulas restritivas de direitos fundamentais. Apenas com a compreensão de tais teses teremos condições de conduzir a discussão para o próximo nível. Portanto, entender a maneira pela qual a caracterização de princípios como mandamentos de otimização leva diretamente a uma conexão necessária entre o conceito de princípio e a regra da proporcionalidade⁸³ é pressuposto imprescindível à teorização do sopesamento como método de aplicação do direito. Com efeito, só assim será possível analisar detalhadamente a regra da proporcionalidade, cujo funcionamento ótimo depende justamente da boa aplicação das mencionadas três teses, que se correlacionam intrinsecamente com suas três subregras, são elas: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Em outros termos, a significância prática da teoria dos princípios na forma da tese da otimização é encontrada, sobretudo, em sua equivalência com a regra da proporcionalidade. A teoria dos princípios pressupõe a regra da proporcionalidade assim como a regra da proporcionalidade pressupõe a teoria dos princípios.⁸⁴ Fica claro, desse modo, repetindo mais uma vez o que foi dito no introito deste tópico, que a cognição das três teses é indispensável à aplicação da regra da proporcionalidade e, como consectário, à apreciação do funcionamento das cláusulas restritivas na dogmática dos direitos fundamentais. Isso se deve a duas razões principais, primeiro porque a proporcionalidade é verdadeira regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, sendo "*empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais*".⁸⁵ E segundo, porque estando as três teses umbilicalmente ligadas às subregras da proporcionalidade, eventual atividade interpretativa que se mostre desidiosa em relação a esse arcabouço hermenêutico, corre o grave risco de obter resultados argumentativamente incoerentes ou carentes de

⁸³ Nesse sentido, cf. Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), pp. 2 e ss. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

⁸⁴ *Idem*, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 297; do mesmo autor, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

⁸⁵ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 24.

justificação plausível, dada a presença de pulos argumentativos ou lacunas discursivas que prejudicam a racionalidade protetiva dos direitos fundamentais.

Esclarecido esses pontos, passo à análise das teses propriamente ditas.

2.1.2.1 A tese da otimização

O ponto nevrálgico da tese em exame está na definição de princípios como *mandamentos de otimização*, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁸⁶ Nesse sentido, conforme já dito, infere-se que eles podem ser realizados em diferentes graus, tendo em vista que o cumprimento da ordem estabelecida pela norma principiológica depende não somente das circunstâncias fáticas do caso concreto, mas também das possibilidades jurídicas, estas determinadas por princípios e regras contrastantes do ordenamento jurídico.⁸⁷

Nada obstante, é preciso ter em mente que a ideia de otimização compreende aquilo que é reclamado por uma regra ainda mais abrangente, notadamente a regra da proporcionalidade.⁸⁸ Trata-se de uma regra multifacetada cuja complexidade provém, consoante anteriormente registrado, de sua composição tripartite pelas seguintes subregras: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁹ Todas essas subregras, por sua vez, dão expressão à ideia de otimização. As duas primeiras concernem à otimização no tocante ao que é factualmente possível, alvejando, nessa dimensão empírica, uma otimização no sentido da eficiência de Pareto (*Pareto-optimality*). Já a terceira subregra, a da proporcionalidade em sentido estrito, concerne à otimização no tocante às possibilidades jurídicas.⁹⁰ Dessas três etapas do teste da proporcionalidade a última é a que aqui interessa,

⁸⁶ Cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91; e Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 610-611.

⁸⁷ Cf. Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 295.

⁸⁸ No que atina à discussão terminológica em torno da proporcionalidade, mais especificamente, quanto à sua estrutura normativa – se regra ou princípio –, bem como quanto à sua confusão com o princípio da razoabilidade, cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 24-27, com quem comungamos o mesmo entendimento. No entanto, para um posicionamento contrário, segundo o qual é despidianda a identificação da natureza jurídica da proporcionalidade – pouco importando se regra ou princípio – e que, além disso, compreende as expressões razoabilidade e proporcionalidade como sinônimas, cf., entre outros, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 218-246; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 120-122.

⁸⁹ Wilson Steinmetz, "Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 38-39.

⁹⁰ Robert Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005), p. 573.

por se tratar da chave mestra deste trabalho, o que não implicará, contudo, no desprezo das demais etapas naquilo em que acarretam ao juízo da proporcionalidade em sentido estrito. Por ora, irei apresentá-las apenas em seus traços básicos comumente veiculados pela doutrina, não havendo por enquanto necessidade de maiores questionamentos, os quais pretendo fazer somente nos capítulos seguintes.

De se ver, por tudo que precede, que a regra da proporcionalidade constitui-se em um teste que dispõe de uma estrutura analítica voltada a constatar se restrições impostas à realização de um princípio dentro de um contexto em particular são justificadas.⁹¹ É movido por essa finalidade que ela procede a seus designados subtestes. No primeiro, o teste da *adequação*, visa-se evitar a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem que, em contrapartida, promovam qualquer outro princípio ou fim para os quais foram, em tese, adotados.⁹² Por isso, diz-se que adequado é o meio que, uma vez utilizado, fomenta a realização de um objetivo constitucionalmente legítimo.⁹³ Logo, se um meio *M*, adotado com o fito de promover o princípio *P*₁, não é adequado a esse propósito, mas obstrui a realização de *P*₂, então não há nenhum custo tanto para *P*₁ como para *P*₂ caso *M* não seja adotado, porém, existirão custos para *P*₂ caso seja. Nessa hipótese, *P*₁ e *P*₂ podem ser realizados conjuntamente em grau mais elevado em face do que é factualmente possível se *M* for abandonado⁹⁴.

No entanto, como são raros casos de leis declaradas inconstitucionais por razões de inadequação, haja vista que normalmente a medida utilizada pelo legislador tende a fomentar, ainda que em um grau mínimo, o fim a que se destina, a exposição acima basta ao presente trabalho. O mesmo não se pode dizer em relação ao exame da *necessidade*, que receberá maiores desenvolvimentos ao longo do trabalho, principalmente devido à sua forte influência sobre o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Caracteriza-se por um método comparativo que demanda que entre dois ou mais meios igualmente aptos a promover um determinado princípio deve-se optar por aquele que menos interfere no princípio contraposto, pois se há um meio menos interventivo e igualmente adequado, então uma posição pode ser melhorada sem nenhum custo para um ou outro princípio.⁹⁵

⁹¹ Mattias Kumm, "Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice", *International Journal of Constitutional Law* 2:3 (2004), p. 579.

⁹² Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 2. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

⁹³ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 36.

⁹⁴ Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 3.

Como se pode observar, tanto o exame da adequação quanto o exame da necessidade exprimem a ideia da eficiência de Pareto, ou seja, de que uma posição pode ser melhorada em prol de ambos os princípios sem que isso importe em prejuízo para um ou outro.⁹⁶ Isso demonstra, por outro lado, que as subregras da adequação e da necessidade representam a dimensão empírica da regra da proporcionalidade, enquanto a subregra da proporcionalidade em sentido representa sua dimensão normativa.⁹⁷ O exame da proporcionalidade em sentido estrito ocorre em face das possibilidades jurídicas, as quais são definidas pelo resultado proveniente da contraposição entre dois ou mais princípios num dado caso concreto, resultando daí uma relação de precedência condicionada. Tal resultado só pode ser obtido de forma discursivamente racionalizada através do sopesamento, expresso por meio da seguinte regra:

Quanto maior for o grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro.⁹⁸

Alexy chama essa regra de "lei do sopesamento", que embora seja o cerne desta pesquisa, apenas será estudada mais adiante, a fim de preservar a sistemática da exposição.

Antes, porém, de iniciar o próximo tópico, vale ressaltar que essas três subregras da proporcionalidade seguem exatamente a ordem em que foram explicadas, ou seja, a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Isso se deve à relação de subsidiariedade que tais subregras mantêm entre si, na medida em que a aplicação do teste da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas elas.⁹⁹ Desse modo, fica patente que só importarão aos fins deste trabalho medidas legislativas aptas a chegar à última fase da regra da proporcionalidade, pois só elas são capazes de gerar cláusulas restritivas de direitos fundamentais discursivamente justificadas com fulcro no sopesamento.

⁹⁶ A eficiência de Pareto é um dispositivo pertencente originalmente às ciências econômicas e que transmite a seguinte epifania: "[...] se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma **melhoria de Pareto**. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é **ineficiente no sentido de Pareto**, se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é **eficiente no sentido de Pareto**.

Uma alocação ineficiente no sentido de Pareto tem a característica indesejável de que há alguma forma de melhorar a situação de alguém sem prejudicar ninguém mais. A alocação poderá ter pontos positivos, mas o fato de ser ineficiente no sentido de Pareto constitui por certo um ponto negativo para ela. Se há um modo de melhorar alguém sem prejudicar mais ninguém, por que não fazê-lo?" (Hal R. Varian, *Microeconomia: Princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 15).

⁹⁷ Cf., nesse sentido, Mattias Kumm, "Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice", *International Journal of Constitutional Law* 2:3 (2004), p. 579.

⁹⁸ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 436.

⁹⁹ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 34.

2.1.2.2. A "lei de colisão"

Um dos traços mais característicos da distinção entre regras e princípios na dogmática dos direitos fundamentais de Alexy está na forma de aplicação específica de cada categoria normativa, consoante já explicado.¹⁰⁰ Tal característica tem correspondência na maneira pela qual os conflitos normativos são solucionados. Embora colisões de princípios e conflitos de regras adotem métodos diferentes para a solução de suas antinomias normativas, eles partem de um problema em comum, caracterizado pelo fato de duas ou mais normas, quando aplicadas isoladamente a um mesmo caso concreto, levam a resultados diametralmente opostos.

Ao chamar atenção para esse ponto em comum, quero mostrar que a afirmação comumente veiculada de que colisões de princípios e conflitos de regras são solucionáveis por meio do sopesamento e da subsunção, respectivamente, apesar de correta, é uma afirmação simplória, insuficiente à elucidação da estrutura argumentativa de ambas as espécies normativas. Isso ficará mais claro quando explorarmos os conceitos de justificação interna e justificação externa dentro da teoria da argumentação jurídica. No entanto, por ora, explanarei somente como funcionam essas duas operações na aplicação do direito¹⁰¹ e sua identidade com a chamada "lei de colisão".

a) Conflitos de regras e a "Fórmula da Subsunção"

A aplicação de uma regra a um dado caso concreto depende da identificação do operador deôntico traduzido pela posição jurídica da norma – que pode constituir uma *obrigação, permissão, proibição, liberdade ou competência* – e das circunstâncias fáticas por ela reguladas *in abstracto*,¹⁰² as quais observadas no mundo real fazem com que a regra projete seus efeitos jurídicos à espécie obedecendo ao que determina seu enunciado deôntico. Aliás, o cumprimento do enunciado deôntico de uma regra, caso aplicável ao caso concreto, concomitantemente com outra regra contraposta, pode se dar no todo, quando considerada totalmente válida, ou em parte, quando considerada parcialmente válida. A validade parcial de

¹⁰⁰ Cf. tópico 2.1.1.

¹⁰¹ Alexy ainda reconhece uma terceira operação na aplicação do direito, a analogia entre casos. Porém, não cabe, aqui, explorá-la, o que acarretaria um tremendo desvio de percurso. A propósito, cf. Robert Alexy, "Two or Three?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 9-18.

¹⁰² Uma inquirição analítico-filosófica expositora da imprescindibilidade da lógica deôntica para a dissecação estrutural de normas de direitos fundamentais pode ser encontrada em Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 193-253.

uma regra, como foi visto, é determinada pela existência de exceções, as quais devem, todavia, ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada.¹⁰³

Essas características da regra, marcada por uma dedutibilidade em que cada proposição resulta de si mesma para sua aplicação ao caso concreto remete-nos à famigerada teoria do silogismo jurídico. Ao contrário do que muitos pensam, a teoria do silogismo jurídico não é uma teoria puramente lógica – pois, caso assim fosse, suscitaria muitas teratologias jurídicas –, mas uma teoria voltada ao exame da validade de esquemas de conclusão.¹⁰⁴ Como teoria da aplicação do direito tem por exigência mais importante que uma premissa seja a formulação de uma norma universal (regra). Entretanto, o silogismo jurídico vale também para os casos nos quais nenhuma norma está à disposição,¹⁰⁵ sendo aí onde o sopesamento entra como fórmula suplementar.

O silogismo jurídico, assim, impede o arbítrio na relação entre os fundamentos e a sentença, na medida em que exclui a possibilidade de que sejam pronunciadas sentenças divergentes em casos cujos aspectos relevantes para a decisão possam ser descritos de maneira absolutamente idêntica. Torna-se, desse modo, um instrumento para a realização de objetivos desejáveis, tais como a certeza jurídica, a justiça e o controle racional das decisões.¹⁰⁶

Com base na teoria do silogismo jurídico, Alexy, com ajuda da lógica, condensou a operação intelectual de aplicação do direito conhecida como subsunção, no seguinte esquema dedutivo:

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
- $(n + 2) (x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- $(n + 3) Sa$
- $(n + 4) ORa$ $(1) - (n + 3)$

Robert Alexy batizou este esquema geral de "Fórmula da Subsunção",¹⁰⁷ com o preciso escopo de explicitar o raciocínio lógico subjacente às premissas que envolvem a operação subsuntiva de aplicação das regras jurídicas. Sistemáticamente, (1) é a norma tanto

¹⁰³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

¹⁰⁴ Cf. Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ Cf. *Idem*, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), pp. 433-434; do mesmo autor, "Two or Three?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 10-11.

preconizada por um estatuto jurídico como aquela alcançada por uma decisão judicial. De outro lado, $(2) - (n+2)$ são regras semânticas atrelando o conceito usado para dar expressão à condição antecedente da norma (T) com o conceito usado para descrever o caso (S). Ao passo que, $(n + 3)$ é a descrição do caso e $(n + 4)$ é o juízo jurídico que dita a solução para este caso. Logo, tem-se que $(n + 4)$ deriva logicamente de $(1) - (n + 3)$.¹⁰⁸ Eis um exemplo ilustrativo:

- (1) Quem pratica o crime de homicídio (T) deve ser punido com pena privativa de liberdade de seis a vinte anos de reclusão.
- (2) Quem, por meio insidioso e cruel, mata um ser humano (M^1), pratica o crime de homicídio (T).
- (3) Quem, mediante o emprego de tortura à vítima, mata-a (M^2), mata um ser humano por meio insidioso e cruel (M^1).
- (4) Quem mata uma pessoa imobilizada e, portanto, sem chances de se defender, por intermédio de aparatos elétricos que aplicam choques sucessivos à vítima (S), emprega tortura para matá-la (M^2).
- (5) "a" matou uma pessoa imobilizada, sem qualquer chance de se defender, por intermédio de aparatos elétricos que aplicam choques sucessivos à vítima (S).
- (6) "a" deve ser punido com pena privativa de liberdade de seis a vinte anos de reclusão.

Em síntese, a fórmula da subsunção torna diáfano o fato das regras assegurarem direitos e deveres *definitivos*, eis que elas exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam. Além disso, a sobredita fórmula deixa cristalino também que as regras possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. No entanto, essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídica e fáticas, mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.¹⁰⁹ Em decorrência, afirma-se que as regras são *mandamentos definitivos*.

Não obstante, sob outro prisma, cumpre salientar que a aplicação das regras não se exaure, obviamente, num esquema dedutivo desse tipo, existem outras variáveis a serem consideradas, notadamente diante de um conflito normativo. Um conflito de regras emerge das impossibilidades jurídicas em se fazer cumprir a determinação de uma regra, justamente porque há outra regra com ela incompatível, total ou parcialmente.¹¹⁰ Nesse contexto,

¹⁰⁸ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 433-434.

¹⁰⁹ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 104.

¹¹⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 47-49.

conforme amiúde salientado, a incompatibilidade entre regras pode ser solucionada de duas formas, ou por meio da inserção de uma cláusula de exceção (quando parcial), ou com a declaração de invalidade de pelo menos uma delas (quando total).¹¹¹ Neste último caso, o recurso a metarregras (*meta-rules*) como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali* é necessário para se chegar a uma solução, de modo que a aplicação desses expedientes implicará numa segunda subsunção, que nós podemos chamar de metassubsunção (*meta-subsumption*).¹¹²

b) Colisão de princípios

É nessa hipótese que a lei de colisão aperfeiçoa-se em toda a sua extensão como um corolário da tese da otimização. Se os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes e se são dotados de uma dimensão da qual as regras são carecedoras, qual seja, a dimensão de peso, depreende-se que quando um princípio tem sua realização impedida por outro devido à existência de uma consequência jurídica antagônica, a solução para esse tipo de antinomia é qualitativa e estruturalmente diversa das regras, não bastando a subsunção como forma de aplicação.

Sucedo que, pelas qualidades já enunciadas, diante de determinadas condições fáticas e jurídicas, um princípio pode vir a ter um *peso* maior do que outro, permitindo, dessa maneira, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Isso não significa, contudo, que o princípio dominante numa dada ocasião tenha sua preponderância intacta sempre que confrontado com o mesmo princípio concorrente – a não ser que as condições permaneçam inalteradas –, pelo contrário, embora as normas contrastantes continuem sendo as mesmas, as circunstâncias que revestem cada caso concreto modificam-se, o que faz com que novas variáveis sejam consideradas no processo de sopesamento.¹¹³ O sopesamento, em linhas gerais, busca definir qual dos interesses – que geralmente estão no mesmo nível abstrato – tem maior peso no caso concreto.¹¹⁴ A partir daí, torna-se possível a busca por um

¹¹¹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 92.

¹¹² Cf. *Idem*, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 434-435.

¹¹³ Essa afirmação é sintetizada por Virgílio Afonso da Silva valendo-se da versão mais técnica da lei de colisão: "[...] é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C" (Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 611).

¹¹⁴ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 95. O estudo analítico do sopesamento merecerá nossa atenção em tópico separado, dada a complexidade de

resultado ótimo, consentâneo com a teoria dos princípios, e que, como consectário, se assente em uma argumentação jurídica discursivamente racional.¹¹⁵ Esse pensamento jurídico-racional pode ser condensado em uma lei geral de colisão da seguinte forma:

As condições sob as quais um princípio tem prioridade [*precedência*] em face de outro constituem os fatos operativos [*suporte fático*] de uma regra que concede efeito legal [*consequência jurídica*] ao princípio considerado prioritário.¹¹⁶

Uma versão mais técnica pode ser assim plasmada:

Se o princípio P_1 tem prioridade em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se P_1 sob as condições C implica o efeito legal R , então é válida a regra que abrange C como os fatos operativos e R como o efeito legal: $C \rightarrow R$.¹¹⁷

Repare, portanto, que a lei de colisão solidifica o caráter relativo dos direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão natural de que são todos eles vulneráveis a limitações – conquanto imperceptíveis –,¹¹⁸ notadamente por cláusulas restritivas decorrentes da própria antinomia entre os princípios.

c) Colisão de regras e princípios

À primeira vista parece intuitiva a possibilidade de se imaginar uma colisão entre regras e princípios, contudo, esta é apenas aparente, eis que, na realidade, a verdadeira antinomia acontece de forma subjacente a essa hipótese, e se dá entre princípios. Como tal, a subsunção não é suficiente para resolver o problema normativo que se instaura nesse tipo de colisão, sendo necessário, portanto, recorrer-se ao sopesamento. Essa conclusão provém da própria lei de colisão, pois a determinação de uma relação de precedência condicionada corresponde à determinação de uma regra, que é formada por ocasião dos fatos. Tal característica evidencia a toda prova que os níveis nos quais operam as razões baseadas em regras e as razões baseadas em princípios não são, de modo algum, desconexos.¹¹⁹

suas premissas no que concerne às cláusulas restritivas de direitos fundamentais e sua conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade, razão pela qual não será, aqui, pormenorizado.

¹¹⁵ Cf., a respeito das premissas e conteúdos necessários à construção de uma teoria do discurso jurídico, bem como quanto à imprescindibilidade de se assentar uma argumentação jurídica sob o governo de proposições racionais, ou seja, em consonância com a teoria do direito e a teoria da norma, a fim de possibilitar o controle dos enunciados discursivos formulados, Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review* 17:4 (1996), pp. 1027-1034. Neste artigo, Alexy critica o ceticismo de Habermas no que concerne à teoria dos princípios e à regra da proporcionalidade, expedientes teóricos considerados pelo professor de Frankfurt irracionais e insuscetíveis de controle.

¹¹⁶ O texto em língua inglesa é: "*The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior*" (*Idem*, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 297).

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 297.

¹¹⁸ No entanto, há quem discorde e sustente a existência de direitos absolutos, cf. H.L.A. Hart, "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review* 40:3 (1973), pp. 534-555; Alan Gewirth, "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly* 31:122 (1981), pp. 01-16.

¹¹⁹ Cf., por todos, Robert Alexy, *op.cit.*, p. 297.

Nessa perspectiva, veja que as regras são geradas a partir da decantação de direitos e deveres *prima facie* assegurados pelos princípios, os quais contrapostos às condições da realidade fática e jurídica – que dificilmente são ideais – acabam encontrando óbices, estribados em outros princípios, para sua realização, o que demanda, a fim de sanear essa resistência, a perda do caráter *prima facie* desses direitos e deveres em prol da aquisição de um caráter definitivo amoldado à espécie. Por isso, diz-se que as regras garantem direitos e deveres *definitivos*. Em suma, solucionar um caso pela via metodológica do sopesamento nada mais é que decidir por meio de uma regra, que é consubstanciada a partir da priorização de princípios que se revelam, *in casu*, predominantes.¹²⁰

Como se vê, as regras são produto de sopesamentos tanto por parte do legislador constituinte como por parte do legislador ordinário, razão pela qual a colisão entre regras e princípios é apenas aparente, visto que a verdadeira colisão se desdobra no nível principiológico por trás da regra. Em outros termos, a discussão que gira em torno de uma suposta colisão entre uma regra e um princípio não passa, afinal, da discussão dos próprios fundamentos constitucionais – no caso do controle de constitucionalidade – que justificam a regra. Tal percepção é fundamental para que se possa entender a sistemática das cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

Apesar disso, Virgílio Afonso da Silva é reticente a respeito dessa solução, aduzindo ser ela "*problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento*".¹²¹ Para o referido autor, a consequência disso seria um alto grau de insegurança jurídica, visto que a função precípua desempenhada pelas regras no ordenamento jurídico é a de conferir segurança à aplicação do direito. No entanto, ele mesmo se vale da resposta anteriormente expendida para resolver o quebra-cabeça teórico da colisão entre regras e princípios, embora coloque o problema de forma diferente não foge ao raciocínio básico fornecido por Alexy, senão vejamos:

Esse é um ponto que é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção*.¹²²

¹²⁰ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 297.

¹²¹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

¹²² *Ibidem*.

E não poderia ser diferente a interpretação dessa passagem, pois caso Virgílio Afonso da Silva rejeitasse o raciocínio de Alexy para casos de colisão entre regras e princípios, estaria ele indiretamente filiando-se a crítica feita por Jürgen Habermas à teoria do discurso de aplicação de Klaus Günther. De acordo com esta teoria, o peso das regras e princípios relevantes só pode ser determinado quando decidimos casos individuais,¹²³ daí a crítica de Habermas no sentido de que fazendo isso, o sistema se degeneraria a um catálogo de *topoi*, e perderia, assim, o poder de garantir a segurança jurídica.¹²⁴ A teoria dos princípios como formulada por Alexy, entretanto, guarda poucas similitudes com a tópica, porquanto esta, como uma teoria sobre a aplicação de premissas na justificação de decisões individuais requer a consideração de todos os aspectos (*topos*), sejam jurídicos ou extrajurídicos, que orbitam a questão posta em discussão.¹²⁵ Aquela, por sua vez, emerge da dogmática, estatutos jurídicos e precedentes judiciais, pontos cuja significância a tópica falha em apreender adequadamente,¹²⁶ mas que na teoria dos princípios constituem toda uma tessitura racional-jurídica por meio da qual o intérprete obrigatoriamente tem de passar, e isso, portanto, permite que outras pessoas controlem a racionalidade do discurso jurídico construído com base na teoria dos princípios. Em outras palavras, a técnica apresentada aqui para solução de colisões entre regras e princípios parece não se importar, a princípio, com a mitigação da segurança jurídica, contudo, ao fim e ao cabo acaba fomentando-a. Tentar elucidar esse ponto, aliás, é um dos objetivos deste trabalho.

2.2 Inconsistências teóricas

A teoria dos princípios, sem sombra de dúvidas, possui traços atraentes, e isso resta comprovado pelo grande número de adeptos que conquistou ao redor do planeta. Surge um problema, entretanto, a partir do momento em que as pessoas começam a tomar por certo algo que ainda carece de muitas respostas. Essa postura faz com que o desenvolvimento teórico

¹²³ Cf. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse*, p. 219 *apud* Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review* 17:4 (1996), p. 1028.

¹²⁴ Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review* 17:4 (1996), p. 1028.

¹²⁵ Cf., por todos, *Idem*, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 20-24.

¹²⁶ Isso se deve ao fato de que um discurso legal orientado pela tópica se propõe a capturar todos os assuntos (*topos*) envolvendo uma determinada temática, o que nos parece utópico, para não dizer impossível. Esse intento de uma análise universal, dessa forma, acaba prejudicando um conhecimento detalhado dos elementos de fato relevantes num dado caso concreto. Um exame sobre isso pode ser encontrado em *Idem*, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris* 12:4 (1999), pp. 374-384.

pare e lacunas sejam deixadas em branco. Daí a importância das críticas para o aperfeiçoamento de uma teoria.

Nesse sentido, pretendo, aqui, expor as principais indagações daqueles que tendem a repudiar a teoria dos princípios. Contudo, não estou a falar de toda e qualquer oposição à teoria dos princípios, mas, sim, somente daquelas que têm o condão de repercutir sobre a congruência metodológica do sopesamento. Desse modo, as críticas serão divididas sistematicamente quanto a seus efeitos, dependendo da maneira como influenciem a metodologia normativo-aplicativa do sopesamento. Porém, trata-se de crítica apenas indiretamente voltadas ao sopesamento, pois elas, na realidade, voltam-se diretamente à categorização normativa convencionada pela teoria dos princípios, que constitui o objeto deste capítulo. As críticas voltadas a atacar diretamente o sopesamento, em virtude disso, serão objeto de discussão, propriamente ditos, nos capítulos 4 e 5.

Logo, as inconsistências teóricas atribuídas à teoria dos princípios e que foram escolhidas devido à sua grande repercussão, ainda que indireta, sobre o sopesamento, desdobram-se em quatro frentes distintas: i) a distinção entre regras e princípios é supérflua, porquanto reside em uma diferenciação de natureza retórica e não estrutural; ii) conceber direitos fundamentais como princípios enfraquece-os ao invés de fortalecê-los, na medida em que estão sujeitos ao sopesamento; iii) decidir casos referindo-se a princípios e seus pesos relativos implica na criação, por um simples ato de volição humana, de uma norma que inexiste no direito e, por essa razão, prejudica a objetividade jurídica; iv) a tese da otimização não deixa margem para a atuação legislativa, distorcendo a teoria democrática e a separação de poderes.

Apesar de todos esses pontos de suposta incongruência da teoria dos princípios constituírem o objeto de análise dos subtópicos seguintes, não serão todos eles refutados ainda neste capítulo. A redarguição que se pretende construir terá lugar também nos capítulos subsequentes, à medida que novos subsídios teóricos hão de surgir, fazendo da ocasião a oportunidade.

2.2.1 A superfluidade do discurso principiológico

Dois são os autores nos quais me basearei para apresentar esta suposta inconsistência teórica, András Jakab e Ralf Poscher, cujas críticas encontram-se entrelaçadas pelo fato de considerarem a distinção entre regras e princípios algo perfunctório.

Do ponto de vista do primeiro, os princípios não deveriam ser concebidos como estruturalmente diferentes das regras, pois um princípio significaria tão somente uma regra muito importante, de tal sorte que o fator de dessemelhança entre eles seria apenas de natureza retórica. A prescindibilidade da distinção estaria no fato de que o fenômeno dos princípios poderia ser explicado de outra maneira, em especial, através da linguagem tradicional das regras.¹²⁷ Jakab, portanto, quer-se livrar do que considera lugar comum na teoria do direito, que é a distinção lógico-estrutural entre regras e princípios, por entendê-la desnecessária, vez que ela, na sua visão, mais complica do que facilita a explicação dos fenômenos jurídico-normativos. Destaca, entretanto, que não se trata de uma crítica que busca simplesmente taxar de verdadeira ou falsa uma concepção, mas, sim, de discutir qual é a mais adequada.¹²⁸

Humberto Ávila em ensaio sobre a definição dos princípios jurídicos, já havia chamado atenção para esse mesmo problema, contudo, com opinião expressamente oposta, segundo ele:

[...] o problema não está em qualificar esta ou aquela norma ou este ou aquele fenômeno de "princípio", mas em não perceber a diferença estrutural das normas ou dos fenômenos que se procura descrever. O que aqui se pretende é demonstrar que há fenômenos normativos diversos e que – eis a questão – é mais adequado, em nome da clareza e da consistência argumentativa, qualificá-los de modo também diverso. Não se critica a distinção entre denominações, mas entre fenômenos.¹²⁹

Parece-me que a opinião de Ávila é a mais acertada, por uma série de razões, algumas das quais, inclusive, já foram expandidas, todavia, não é o momento certo para isso, dado que a crítica de Jakab possui desdobramentos outros que cabem, aqui, antes serem mencionados. Com efeito, Jakab sustenta que um modelo puro de regras é também melhor por causa de sua maior certeza jurídica se comparado com um modelo misto de regras e princípios, uma vez que os princípios, se interpretados no sentido de Alexy, poderiam resultar, na visão dele, em decisões diferentes, ainda que lastreadas nos mesmo fatos

¹²⁷ András Jakab, "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 145.

¹²⁸ Ou seja, qual concepção possui maior força explanatória – habilidade para explicar um fenômeno –. Esta força, segundo ele, depende de quatro fatores (1) o número de fenômenos que o sistema jurídico-conceitual adotado consegue explicar, (2) a coerência com que isso é feito, e (3) o seu grau de simplicidade. Quanto maior forem esses fatores, melhor a adequabilidade da teoria. Além disso, (4) fatores políticos e ideológicos podem também desempenhar uma função nesse sentido. A propósito, cf. *Ibidem*, p. 147-148.

¹²⁹ Humberto Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista Diálogo Jurídico* 1:4 (2001), p. 5. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com>>. Acesso em: 03/05/2009.

materiais, devido à incerteza do sopesamento.¹³⁰ Nesse particular, eu pergunto: a lei de colisão não visa justamente remediar esse ponto? A resposta a essa pergunta merecerá desenvolvimento em outro lugar, por ora, limitar-me-ei a apresentar a crítica a que o tópico se destina.

Jakab, por outro lado, considera que apesar do modelo puro de regras ser incapaz de explicar como dois princípios colidem e são sopesados um contra o outro para, afinal, fixar uma relação de precedência condicionada, trata-se de questão que pertence a uma problemática diferente da teoria do direito, qual seja, a da interpretação jurídica, não devendo, por isso, misturar-se com a questão da estrutura lógica das normas.¹³¹ Não bastasse, por último, ele opõe aquilo que reputa ser seu golpe fatal contra a teoria dos princípios, objetando o raciocínio segundo o qual algumas normas avaliam fatos *prima facie* como uma violação de direito, mas, posteriormente, após a análise de circunstâncias relevantes do caso, podem chegar à conclusão de que não o são. Por exemplo, pode-se considerar, à primeira vista, uma determinada situação factual como violadora da liberdade de expressão, mas, eventualmente, é possível deixar de considerá-la como tal com a finalidade de se proteger outro direito fundamental. Segundo Jakab, essa compreensão está enganada, não fazendo nada além de confundir dois conceitos importantíssimos para a teoria dos direitos fundamentais, que são os conceitos de *violação* e *restrição*.¹³² A valer, para ele, quando se invoca a liberdade de expressão não se está a proscrever toda e qualquer restrição a essa liberdade pública, mas somente daquelas que a violam. Nesse sentido, seria incorreto julgar que normas de direito fundamental proíbem *prima facie* qualquer restrição para depois, à luz de boas razões, poderem admiti-las, uma vez constitucionalmente justificadas.¹³³ Ou seja, só existe um tipo de proibição exigida pelas normas de direitos fundamentais conforme Jakab, aquela que proíbe a sua violação, não existem atos mais ou menos proibidos, apenas proibidos e não-proibidos (permitidos ou obrigatórios).¹³⁴ Tudo isso remonta à sua conclusão inicial, a de que a normatividade dos assim chamados "princípios" é idêntica a das regras, na exata medida em que ou são aplicáveis ou não, e se são, então, geram consequências jurídicas definitivas.¹³⁵

Ralf Poscher devota-se ao mesmo problema, porém, sob outra perspectiva, a da antinomia normativa. Acrescenta que a maneira como o sistema jurídico lida com a colisão de

¹³⁰ András Jakab, "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 149.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 150-151.

¹³² *Ibidem*, p. 150.

¹³³ Este ponto, em especial, será objeto de análise no capítulo seguinte.

¹³⁴ András Jakab, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 149.

normas demonstra que regras e princípios são estruturalmente idênticos, diferenciando-se apenas em seus conteúdos contingentes, todavia, dentro de uma estrutura normativa uniforme.¹³⁶ Para justificar essa tese, argui ele que o sistema legal reage a colisões de normas com regras de colisão que variam em seu conteúdo. Quer com isso dizer que, dependendo de como tais regras são representadas, elas podem ser retratadas como regras independentes ou como cláusulas de exceção integradas às regras de colisão. Logo, as regras de colisão limitar-se-iam a fornecer duas soluções para o problema do antagonismo normativo, ou à aniquilação de uma das normas colidentes ou à incorporação de uma cláusula de exceção em uma ou ambas as normas. Até aí não há qualquer disparidade em relação àquilo que postula Dworkin ou Alexy. No entanto, Poscher vê a otimização pelo sopesamento como sendo algo meramente relacionado ao conteúdo possível de uma cláusula de exceção. O que equivale a dizer que, em termos de conteúdo, a otimização pelo sopesamento diferencia-se em relação às demais cláusulas de exceção assim como elas diferenciam-se entre si no que concerne a seus conteúdos. Não importa o quão diferentes sejam os conteúdos das cláusulas de exceção, a estrutura das normas permanece intocada. O resultado disso seria, na exata linguagem utilizada por Poscher, que, do mesmo jeito como o "princípio" da *lex posterior* não cria um tipo estrutural de norma, o "princípio" da otimização pelo sopesamento igualmente não cria um tipo estrutural de norma.¹³⁷

2.2.2 A teoria dos princípios como teoria dos direitos fundamentais

A pretensão da teoria dos princípios em servir de sustentáculo para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais é um aspecto que tem incomodado bastante muitos especialistas, basicamente por não concordarem com a premissa na qual ela se funda, isto é, a de que normas de direitos fundamentais são essencialmente princípios e não regras. Afinal, regras supostamente oferecem maior grau de proteção do que princípios, no sentido de que elas não estão sujeitas ao sopesamento.¹³⁸ No entanto, tal postura conduz a uma segunda crítica dentro desse mesmo contexto, que se apoia na presunção de que a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização é uma estratégia deficiente e reducionista. Essa adjetivação binomial negativa decorre, sobretudo, de duas assunções. A primeira diz respeito

¹³⁶ Ralf Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 433.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Massimo La Torre, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Menéndez, Agustín J. e Eriksen, Erik O. (eds.). *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, p. 82.

ao conceito de mandamentos de otimização, se definidos como tais supõe-se que os princípios perderiam o seu caráter deontológico, uma vez que se equiparariam aos valores. Contudo, se se admitisse isso, os princípios manifestariam um juízo de dever-ser cujo conteúdo poderia ser, apesar de tudo, expresso por um operador deôntico e, como consequência, regido pela lógica deôntica. Mas, nesse caso, a aplicação dos princípios, nos termos defendidos por Massimo La Torre, deveria seguir, necessariamente, o raciocínio do tudo-ou-nada e não o raciocínio gradualista próprio do sopesamento.¹³⁹ A segunda assunção, de outro lado, supõe que aceitar a definição de princípios de Alexy implica na adoção de uma moralidade utilitária e teleológica, em que a maximização da felicidade ao maior número de pessoas é o "mandamento" que deve ser realizado ou perseguido. De acordo com La Torre, apenas valores operam relativamente uns aos outros e podem ser provisoriamente mensurados e sopesados a partir da perspectiva de alguém. O que não é o caso dos direitos fundamentais, que derivam de um dever de justiça, um valor que clama por uma proteção absoluta e goza de uma validade universal. Desse modo, o discurso jurídico ideal não se basearia em valores, nem tampouco em preferências individuais, mas em formulações deontológicas¹⁴⁰, ou seja, estritamente em regras.

No mesmo sentido, Kai Möller alega que a tentativa de Alexy em criar uma conexão entre direitos fundamentais e o sopesamento, através de sua definição de princípio, não encontra amparo na lógica ou pode ser demonstrada como uma questão de moralidade substantiva. Para Möller, Alexy falha em demonstrar essa conexão uma vez que nem toda norma de direito fundamental submete-se à forma de aplicação do sopesamento – se é que Alexy defende isso –, algumas são simplesmente regras e, como tais, assim devem ser aplicadas. Aceitar o contrário implicaria em uma redução axiológica dos direitos fundamentais, porque sua aplicação pretensamente ficaria adstrita a uma análise de custo-benefício, desprovida de quaisquer outras considerações de ordem moral ou substantiva.¹⁴¹ Em verdade, a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy, de acordo com Möller, seria incapaz de explicar como o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou a inconstitucionalidade, por violação à dignidade humana, do Ato de Segurança da Aviação¹⁴²

¹³⁹ Massimo La Torre, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Menéndez, Agustín J. e Eriksen, Erik O. (eds.). *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 82-83.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 83-84.

¹⁴¹ Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), pp. 465 e 467.

¹⁴² BVerfGE 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. (1 - 156).

que permitia o abate pelo governo de aeronaves sequestradas e passíveis de serem utilizadas como armas terroristas.¹⁴³

Poscher é ainda mais radical nessa crítica, ele diz que se ficasse demonstrado, como reivindica Alexy, que o *corpus* dos direitos fundamentais não permite um esforço estruturante que vá além da recomendação de sopesar direitos fundamentais colidentes considerando todos os aspectos do caso individual, isso corresponderia a uma teoria geral *ad hoc*, que propugna um sopesamento caso a caso para todos os direitos fundamentais. Por conseguinte, a tentativa de se desenvolver uma dogmática dos direitos fundamentais falharia, pois, senão, teríamos que conviver com o fato de que tudo que essa dogmática tem a oferecer é a recomendação para considerar todos os aspectos do caso individual e otimizá-los à luz do sopesamento,¹⁴⁴ o que nem de longe atenderia às funções que a boa performance de uma dogmática jurídica requer, tais como a função estabilizadora, a função de desenvolvimento, a função de redução do ônus, a função técnica, a função de controle e a função heurística.¹⁴⁵

2.2.3 Dimensão de peso e perda da objetividade jurídica

Se o direito é constituído por princípios que funcionam à maneira de mandamentos de otimização, então, é intuitivo que o sistema jurídico seja por eles persuadido e, por conseguinte, a objetividade jurídica fique à mercê, até certo ponto, do modo como eles se comportam. Esse cenário é visto como algo nocivo por alguns teóricos, principalmente por aqueles que veem nos princípios uma mera ilusão jurídica. Dentre eles, Larry Alexander pode ser considerado um dos grandes autores que vê com maus olhos a objetividade resultante de um sistema jurídico que contempla tanto princípios como regras, sendo nele, portanto, em quem me apoiarei para o desenvolvimento do presente tópico.

Não é nenhum segredo que desde o início desta pesquisa, a fim de testar as hipóteses por ela levantadas, adotou-se como uma de suas premissas básicas o conceito de norma de direito fundamental de Alexy. Por consequência disso, sempre que alguém for titular de um direito fundamental, haverá correlativamente uma norma que assegure esse direito. Em outras palavras, a pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma

¹⁴³ Kai Möller, *op. cit.*, p. 466.

¹⁴⁴ Ralf Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), pp. 446-447.

¹⁴⁵ Sobre essas seis funções da dogmática cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 266-272.

norma de direito fundamental correspondente.¹⁴⁶ Tal afirmação, entretanto, traz consigo a necessidade de outro esclarecimento, que emerge quando se questiona quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Trata-se de uma indagação complexa, que comporta inúmeras conceituações e respostas,¹⁴⁷ porém, por ora, este trabalho adotará um conceito *formal* de direito fundamental, dada a clareza de suas premissas se comparado com conceituações substanciais.¹⁴⁸ Portanto, normas de direitos fundamentais seriam somente aquelas expressas por disposições de direitos fundamentais, ou seja, enunciados jurídicos presentes na Constituição da República e tratados internacionais em que o Brasil seja parte, inclusive, aqueles decorrentes do regime e dos princípios albergados pelo texto constitucional (CF, art. 5.º, § 2.º). É óbvio, entretanto, que nem todas as disposições ou enunciados da Constituição ou de tratados e convenções internacionais podem ser reputados como normas de direito fundamental, mas somente aquelas disposições que são expressamente denominadas como tais, em especial, aquelas pertencentes ao Título I da Constituição Federal (arts. 1.º a 17) ou provenientes de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

A partir daí, vislumbra-se que a norma de direito fundamental requer a atuação do legislador constituinte ou do legislador ordinário para ser criada, a qual pode vir a incorporar tanto regras quanto princípios à ordem constitucional, como, aliás, acontece com boa parte dos enunciados do art. 5.º da Constituição Federal. Larry Alexander, todavia, sustenta que princípios não podem ser criados por um ato legiferante, porque é impossível ao ser humano criar uma entidade normativa desprovida de forma canônica e que possua uma dimensão de peso.¹⁴⁹ Para provar o seu argumento, ele imagina um legislador que deseja criar o princípio da liberdade de expressão, sendo que a única maneira de fazê-lo, segundo ele, seria descrever instruções de como aplicá-lo, mas, nesse caso, estaria reduzindo um princípio a uma regra, que tem forma canônica e, por isso, aplicável do modo tudo-ou-nada.¹⁵⁰ Sucede que, para Alexander, princípios não passariam de uma regra complexa com uma série de qualificações e

¹⁴⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 50-51.

¹⁴⁷ Sobre essa pluralidade de respostas e como elas geram um problema às cortes constitucionais, uma vez que a resposta escolhida repercute no processo de tomada de decisão, cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis et présentes par Olivier Jouanjan*. Trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud. Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000, pp. 273-277.

¹⁴⁸ Cf., sobre essa disputa, Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 65-69.

¹⁴⁹ Larry Alexander, "Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 119.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 119-120.

condições a serem observadas durante a sua aplicação que, por isso, apenas mimetizam a ideia da dimensão de peso. Sistemáticamente, quando as cortes propõem-se a decidir casos fazendo alusão a princípios e seus pesos relativos, elas estão simplesmente os criando¹⁵¹ e não se referindo a normas positivadas.

Dito isso, Alexander arremata que se fosse aceita a noção de que princípios constituem normas jurídicas, inclusive, como mandamentos de otimização, a fronteira entre o direito e a moral se desvaneceria, ficando os juízes à deriva nas controvérsias entre esses dois mundos. O direito perderia, assim, a sua cogência, uma vez que se tornaria incapaz de exercer a sua função precípua de guia das condutas sociais.¹⁵² Dessa forma, uma metafísica subjetivista instaurar-se-ia, na qual o processo discursivo de tomada de decisão, apesar de poder ser denominado jurídico, tem seu resultado dependente única e exclusivamente das reações subjetivas daquele que decide. Com efeito, o direito deixaria de ser um ente epistemicamente independente para tornar-se algo sujeito tão somente às idiossincrasias de cada indivíduo. À medida que aceitamos a juridicidade dos princípios, na opinião de Alexander, ficamos reféns de uma subjetividade moralista que é incapaz de coexistir com a objetividade jurídica que o direito demanda, que se encontra expressa, sobretudo, nas virtudes normativas das regras.¹⁵³

2.2.4 *Supressão da discricionariedade legislativa*

Trata-se de uma controvérsia ligada, de um lado, à natureza aberta do texto constitucional, e, de outro, à tendência dos direitos fundamentais em servir de caso paradigmático aos princípios. Daí decorreria a ideia da existência de um mandamento constitucional para otimizar direitos fundamentais em um processo de sopesamento. Alguns veem nesse movimento uma tentativa de transformar todas as questões constitucionais em uma questão de otimização de princípios pelo sopesamento, cuja objetividade dúbia feriria tanto o princípio da separação de poderes como o princípio democrático, pois a proporcionalidade em sentido estrito significaria tomar decisões que antes pertenciam exclusivamente ao foro político, mas, que, por uma filigrana jurídica (sopesamento de princípios) passaram para o foro da adjudicação constitucional.¹⁵⁴

¹⁵¹ Larry Alexander, "Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 122-123.

¹⁵² *Ibidem*, p. 123.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 126-129.

¹⁵⁴ Cf., nesse sentido, Bernhard Schlink, "The Dynamics of Constitutional Adjudication", *Cardozo Law Review* 17:4-5 (1996), pp. 1234-1237.

Nessa vertente crítica, propugna-se que a ponderação entre bens jurídicos ou direitos colidentes é algo que cabe somente ao legislador fazer, em se considerando a sua legitimidade democrática, sendo vedado ao juiz fazê-lo a pretexto de realizar um "controle de constitucionalidade". Tal afirmação encontraria suporte no fato de que os bens jurídicos constitucionais conflitantes não foram hierarquicamente sistematizados pelo constituinte, uma vez que todos possuem a mesma dignidade normativo-constitucional. Sua hierarquização concreta faria parte da política, sendo o legislador ordinário o agente constitucionalmente competente e democraticamente legitimado para fazê-lo.¹⁵⁵ Se se aceitasse o contrário, segundo os críticos, não haveria espaço para manobras políticas, visto que os parlamentares somente poderiam aplicar a constituição, na melhor das hipóteses, com uma pequena margem de erro, a qual seria a única salvaguarda contra um abrangente regramento político por parte das cortes constitucionais.¹⁵⁶

Mathias Jestaedt, por exemplo, supõe que a tese da otimização funciona como um processo puramente cognitivo, em que o sopesamento tende a negar a distinção entre a programação interna e externa que permeia todo ato de criação normativa. Consequentemente, a aplicação do direito tornar-se-ia cognição jurídica, e, por conta disso, não haveria espaço para qualquer tipo de criação normativo-legislativa. O emprego sistêmico do sopesamento, argumenta Jestaedt, levaria à completa negação da discricionariedade legislativa, porquanto questões envolvendo colisões de direitos fundamentais passariam diretamente às mãos das cortes constitucionais.¹⁵⁷

Esta e outras reações adversas à teoria dos princípios, junto com as já explanadas acima, serão tratadas ao longo deste trabalho com o fim de testar a consistência teórica do sopesamento como ferramenta argumentativa na solução de colisões entre regras e princípios. Pretendo, nessa esteira, observar se os refinamentos e demais aperfeiçoamentos realizados em prol da dogmática dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica de Alexy são capazes de afastar essas inconsistências de sua compleição sistêmica a contento, ou, se de fato, o sopesamento, como parte do núcleo da teoria dos princípios, não passa de um expediente da moda, fadado ao fracasso em um futuro próximo.

¹⁵⁵ Leonardo Martins, "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), p. 37.

¹⁵⁶ Ralf Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 426.

¹⁵⁷ Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 171.

2.3 Refinamentos à teoria dos princípios

2.3.1 Uma distinção quase nunca pontilhada: "mandamentos para otimizar" e "mandamentos a serem otimizados"

Da mesma maneira como há toda uma questão terminológica envolvendo o teste da proporcionalidade, especialmente, no tocante à sua espécie normativa,¹⁵⁸ assunto que não cabe aqui, contudo, nos enveredarmos, o conceito de mandamento de otimização também se encontra submerso em imprecisões da mesma ordem. Essas imprecisões frequentemente passam ao largo da doutrina constitucional e das teses normativo-teoréticas que reprovam a tese da otimização. Isso acaba descambando, o mais das vezes, em críticas mal formuladas ou reproduções descuidadas que não empregam análises concisas acerca da estrutura e forma como a otimização se operacionaliza, resultando na malversação da teoria dos princípios.

Sintomaticamente, o meu intento nesse tópico é chamar a atenção para uma distinção de ordem estrutural e terminológica mais profunda do que as que já foram vistas, mas igualmente imprescindível para uma adequada assimilação da tese da otimização, pois a sua má-compreensão pode acarretar um paradoxo capaz de ameaçar, inclusive, a coesão da sobredita tese normativa como parte integrante da dogmática dos direitos fundamentais. Com o escopo de evitar esse inconveniente, a assertiva "princípios são mandamentos de otimização", quase sempre difundida sem maiores indagações por estudiosos do direito constitucional, será escrutinada a seguir a fim de verificar a sua suficiência conceitual. Observar-se-á, nesse sentido, que alguns aspectos técnico-jurídicos desse cânone principiológico, apesar de constituírem a tônica da teoria dos princípios, passam muitas vezes despercebidos pela doutrina, razão pela qual se faz necessário expô-los.

Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann levantaram uma objeção àquela assertiva, alegando que a definição de princípios como mandamentos de otimização constitui, na verdade, *mandamentos para otimizar*, uma vez que impõe a obrigação de que algo seja realizado no maior grau que é faticamente e juridicamente possível. Esta obrigação, como se percebe, denota um caráter de definitividade, haja vista que ela só pode ser cumprida ou

¹⁵⁸ No Brasil observam-se três correntes quanto à classificação da proporcionalidade, ela pode ser considerada tanto um princípio, como uma regra, quanto um postulado. Cf, respectivamente, sobre essas correntes, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 120-122; Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 24-27; e Humberto Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista Diálogo Jurídico* 1:4 (2001), pp. 23-25. Conforme já destacado, filio-me a segunda corrente.

descumprida, ou seja, ou se otimiza a ordem na maior medida possível ou não se otimiza. Portanto, o fato do mandamento de otimização poder desdobrar-se em variados graus não tem o condão de ilidir, na visão deles, a constatação de que seu cumprimento completo exige a máxima medida possível obrigatoriamente.¹⁵⁹ Aarnio ilustra esse argumento do seguinte modo: "*Ou alguém realiza ou não realiza a otimização. Por exemplo, no caso de um conflito entre dois princípios, os princípios devem ser satisfeitos de maneira ótima, e tão somente da maneira ótima*".¹⁶⁰ Segundo eles, portanto, a afirmação de que princípios são mandamentos de otimização é paradoxal, visto que, na verdade, os mandamentos de otimização têm a estrutura de regras.

Nada obstante, a sobredita objeção não procede, mas a sua importância para a dogmática dos direitos fundamentais é essencial, posto que suscitastes problemas cuja resolução requer a inquirição de fatores pouco examinados no processo cognitivo dos mandamentos de otimização, dada a profundidade indispensável ao trato da matéria. Pois bem, eis que surge a distinção entre "*mandamentos para otimizar*" e "*mandamentos a serem otimizados*". Estes últimos sim, consistem no verdadeiro objeto do sopesamento, podendo também ser designados "*dever-ser-ideal*" ou "*ideais*", na medida em que um dever ser ideal é algo que é para ser otimizado e, portanto, transformado em um dever-ser-real.¹⁶¹ Como substância da otimização, os mandamentos a serem otimizados estão localizados no nível dos objetos, ao passo que os mandamentos para otimizar, isto é, os mandamentos de otimização em si, estão localizados em um metanível, já que, nesse nível, eles prescrevem o que é para ser feito com aquilo que se encontra no nível dos objetos. Em outros termos, eles impõem a obrigação de que o conteúdo semântico das normas¹⁶² por eles veiculadas, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados na maior extensão possível.¹⁶³

Por conseguinte, é possível concluir que os mandamentos de otimização têm sim a estrutura de regras, mas isso não importa no colapso da tese da otimização, apenas nos proporciona um foco mais nítido da situação. Os princípios como objeto ou substância do

¹⁵⁹ Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 65 *apud* Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 300.

¹⁶⁰ Aulis Aarnio, "Taking Rules Seriously". In: Werner Maihofer and Gerhard Sprenger (eds.), "Law and the States in Modern Times", *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie* 42, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990, p. 187. Essa proposição, cabe registrar, transmite exatamente a ideia de que os princípios garantem direitos e deveres *prima facie*, os quais só são apreensíveis em sua completude em condições ideais, geralmente no plano abstrato, em que não houve ainda relativizações por conta das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas pela situação real.

¹⁶¹ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 154-156.

¹⁶² Cf., a respeito da relação entre conteúdo semântico e conceito de norma, *Idem*, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 53-58.

¹⁶³ *Idem*, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 300.

sopesamento, diante disso, não são mandamentos de otimização, mas, sim, mandamentos a serem otimizados. Em outras palavras, os princípios traduzem-se no conteúdo substancial dos mandamentos de otimização, pois são eles que hão de ser otimizados. Desse modo, eles compreendem um dever-ser ideal, na medida em que garantem direitos e deveres *prima facie*, os quais não foram ainda relativizados pelas possibilidades jurídicas e fáticas presentes em um dado caso concreto. Por outro lado, os mandamentos de otimização não são para ser otimizados, mas para serem cumpridos.

Tudo isso revela que é incorreto definir princípios como mandamentos de otimização. No entanto, a aludida definição é útil quando se leva em conta que a sua proposição geral, formulada como tal, transmite de forma direta e clara a natureza dos princípios, especialmente ao dizer como os princípios devem ser operacionalizados, que é tudo o que importa do ponto de vista da prática legal. Portanto, para fins práticos, admite-se a famigerada definição, sem prejuízo, todavia, das hipóteses em que se fazem necessárias a devida distinção.¹⁶⁴ Uma dessas hipóteses ocorre, precisamente, diante da necessidade em se fornecer uma resposta à crítica da superfluidade dos princípios. De acordo com ela, os princípios são estruturalmente idênticos às regras e, por isso, também aplicáveis por meio da subsunção. Se há alguma diferença entre princípios e regras, essa seria de grau ou importância, mas, não, de estrutura. Sendo espécies normativas que não se distinguem quanto à sua estrutura, elas distinguem-se-iam, no máximo, quanto à sua interpretação. Nada obstante, tal posicionamento crítico está equivocado e somente acontece porque os seus defensores ignoram a distinção entre mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados, o que os leva a crer que todas as normas podem e devem ser tratadas como regras.

Exemplo disso é a maneira como Poscher tenta malsucedidamente tratar uma clássica colisão de princípios como um conflito de regras. Imagina ele duas normas, N_1 autoriza o estado a tomar medidas para proteger os seus interesses estrangeiros e N_2 confere aos cidadãos liberdade de imprensa. A primeira diz que se uma ação põe em perigo os interesses estrangeiros do estado, essa ação deve ser proibida. A segunda diz que se uma ação serve à liberdade de imprensa, o estado deve abster-se de proibi-la. Percebe-se, à vista disso, que tais normas contemplam circunstâncias às quais ambas se aplicam, de sorte que o sistema legal tem que introduzir uma regra de colisão se quiser solucionar essa antinomia hipotética. Poscher, entretanto, paradoxalmente, sugere uma regra de colisão com um elemento de peso, em que se realiza uma redução teleológica de N_2 para a interpretação de que N_1 deve ser

¹⁶⁴ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), pp. 300-301.

válida somente em virtude de interesses estrangeiros *importantes*. Desse modo, as normas passariam a ter a seguinte redação: (N_1) se uma ação põe em perigo um interesse estrangeiro importante do estado, essa ação deve ser proibida; (N_2) se uma ação serve à liberdade de imprensa e não põe em perigo interesses estrangeiros importantes do estado, o estado deve abster-se de proibi-la.¹⁶⁵

Nesse exemplo hipotético o autor comete dois equívocos. Embora ele negue, ele acaba fazendo o mesmo que a lei do sopesamento de Alexy faria no caso, que é determinar o quão substancial a periclitção do interesse estrangeiro é de fato. E faz isso recorrendo a um elemento de peso, sem o qual não conseguiria solucionar o problema. Reconhece, assim, por via oblíqua, uma característica estrutural diferenciadora presente nesse tipo de colisão, que inabilita o método subsuntivo puro, próprio das regras, como forma de aplicação do direito, pois se faz necessário um recurso também ao sopesamento. É impossível saber de antemão a consequência jurídica dessas normas sem a intervenção do sopesamento, pois ainda que importante um interesse estrangeiro, parece plausível que a liberdade de expressão pode eventualmente precedê-lo caso revele-se tão importante quanto ele. Ao se utilizar de palavras como "peso" e "importância", e expressões como "pesar mais que", "valer mais que", "pesar a importância de" para solucionar o antagonismo normativo a que se propôs,¹⁶⁶ Poscher nada mais faz do que se valer do sopesamento, conquanto veladamente. De toda sorte que, a insistência em negá-lo deve-se exatamente a sua falta de compreensão em torno da diferença entre mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados, posto que certo está que todas as normas são regras.

Como se pode ver, a distinção entre mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados engendra duas classes de princípios que não diferem quanto à sua estrutura lógica, mas, sim, quanto ao tipo de conteúdo que é ordenado. Enquanto os primeiros possuem como conteúdo o próprio mandamento para perseguir um estado de coisas ideal, os segundos consubstanciam esse exato estado de coisas ideal a ser realizado concretamente na maior medida possível. Nesses termos, não procede a objeção de que os princípios teriam uma estrutura idêntica à das regras, visto que os princípios não se sujeitam ao sistema de aplicação binário do tipo: *ou são otimizados ou não são otimizados*. Isso porque, admite-se, no plano teórico, como, aliás, já foi mencionado, a otimização de um dever-ser otimizante, quer-se com

¹⁶⁵ Ralf Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 434.

¹⁶⁶ Cf. *Ibidem*, pp. 434-435.

isso dizer que se admite um dever de otimizar a realização (no plano concreto) de um conteúdo ideal que deve ser otimizado (no plano ideal).¹⁶⁷

2.3.2 Duas acepções do critério tudo-ou-nada das regras

Em oportunidade anterior, expus que as regras seguem uma lógica tudo-ou-nada, ou seja, se as circunstâncias e elementos que elas preveem se concretizam no mundo naturalístico, então, a sua consequência jurídica deve incidir na exata medida em que está prescrita no texto normativo, nem mais nem menos. É por conta disso que as regras são denominadas mandamentos definitivos, e, desse modo, não são suscetíveis ou carentes de sopesamento, pois têm como forma de aplicação, por excelência, a subsunção, que se orienta pelo raciocínio do silogismo jurídico.¹⁶⁸

. (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

. (2) Ta

(3) ORa (1), (2)

Pois bem, é dessa forma que as regras atuam nos discursos jurídicos gerando razões para normas, ou melhor, para julgamentos concretos de dever-ser tais como uma decisão judicial. As regras agem, portanto, normalmente como razões definitivas, ao contrário dos princípios que agem como razões *prima facie*.¹⁶⁹ Um princípio, por si só, não consegue garantir definitivamente aquilo que requer em um caso concreto, salvo em condições ideais.

Se transportarmos essas questões para a teoria do discurso jurídico, em que compreendemos o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, temos que as regras assemelham-se às razões exclusionárias,¹⁷⁰ porque dispensam o sopesamento e contêm decisões autoritativas no campo do que é factualmente e juridicamente possível, elas reduzem o espaço em que as razões jurídicas podem influenciar uma decisão.¹⁷¹ Esse ponto tem tudo a ver com a dimensão de validade das regras, porém, a maneira pela qual suas razões

¹⁶⁷ Essa é, pelo menos, a interpretação com a qual concordo e que pode ser encontrada em Felipe Oliveira de Sousa, "O raciocínio jurídico entre princípios e regras", *Revista de Informação Legislativa* 48:192 (2011), p. 108.

¹⁶⁸ Cf. Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 21-22 e 164-165.

¹⁶⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 106.

¹⁷⁰ Emprega-se, aqui, o termo "razões exclusionárias" como razões negativas de segunda ordem, *i. e.*, razões para se abster de fazer algo por alguma razão, tal qual desenvolvido por Joseph Raz em sua teoria da razão prática. A respeito, cf. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 3. ed., Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 58-59 e 73-84.

¹⁷¹ Peng-Hsiang Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 37-38.

definitivas atuam, reduzindo o espaço das possibilidades jurídicas e fáticas, trazem consigo uma questão controvertida de inestimável relevância para a teoria dos princípios.

Segundo Dworkin, a regra ou é válida, quando contribui como razão de decidir, ou é inválida, quando em nada contribui.¹⁷² O fato de uma regra poder ter exceções não prejudica o seu caráter tudo-ou-nada, uma vez que a enunciação completa de uma regra deve conter todas as suas exceções, as quais acabam, posteriormente, compondo-a. Além disso, por mais numerosas que possam ser as exceções, pelo menos teoricamente, é possível citá-las por completo.¹⁷³ Tal postura de Dworkin revela que as regras como razões exclusionárias devem sempre prevalecer. Se um princípio colidir com uma regra e sua incidência coincidir com o âmbito exclusionário das razões da regra, então, sempre que isso acontecer ele será por ela derrotado, independentemente do fato de existirem razões mais fortes que às da regra subjacentes ao conflito. Nesse sentido, razões contrárias às regras não são sopesadas, mas excluídas ou substituídas pela própria regra. Como razões exclusionárias, regras podem excluir razões muito mais importantes que poderiam vir a prevalecer caso fossem sopesadas, daí o significado de que as razões exclusionárias excluem as razões com as quais conflitam *por tipo* e não *por peso*.¹⁷⁴ Assim, um princípio só poderia prevalecer sobre uma regra se já fizesse previamente parte dela como uma de suas exceções.

A teoria dos princípios de Alexy, contudo, não se coaduna com a tese da enumeração fundamental de Dworkin, eis que para Alexy uma formulação completa da regra, com todas as suas exceções conhecidas e imagináveis, notadamente no campo dos direitos fundamentais, é algo muitas vezes impossível. E, desse modo, uma formulação completa predeterminada dificilmente seria alcançável, pois somente em virtude de um processo contínuo de conhecimento dos seus pressupostos de aplicabilidade, o que passa frequentemente pelo sopesamento, tornar-se-ia possível conhecer com segurança a sua consequência jurídica.¹⁷⁵ O conhecimento das exceções à regra em Alexy, como se vê, não é um fenômeno antecipadamente cognoscível, mas que se aperfeiçoa à medida que as circunstâncias do caso concreto se apresentam. A propósito, Alexy preleciona:

Contra essa variante [tese da enumeração fundamental] da tese tudo-ou-nada falam, contudo, suas consequências sistemáticas. Que a existência de uma regra pressupõe a existência de todas as suas possíveis exceções significa que cada regra contém todos os seus casos de aplicação em todos os mundos para ela possíveis. Se é

¹⁷² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 24.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 24-25.

¹⁷⁴ Peng-Hsiang Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 38.

¹⁷⁵ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 144.

conveniente aceitar isso com vista a regras, deve, correspondente, também com vista a princípios ser conveniente. Entre regras, que contêm, todos os seus casos de aplicação em todos os mundos para ela possíveis, e princípios, que contêm todos os seus exemplos contrários em todos os mundos para eles possíveis, existe, com respeito à enumeração, porém, no máximo, uma diferença gradual. A tese da separação rigorosa deveria ser deixada cair.¹⁷⁶

De acordo com Alexy as exceções às regras decorrentes de princípios orientam-se pela seguinte sistemática: se um princípio *P* colidir com uma regra *R*, normalmente, a realização de *P* será limitada por *R*, mas, sob certas circunstâncias, *P* pode vir a prevalecer sobre *R*. No entanto, já se acentuou aqui, várias vezes, que a regra não se submete ao sopesamento, razão pela qual tal colisão não pode ser resolvida sopesando-se *P* contra *R*.¹⁷⁷ Pelo contrário, é resolvida sopesando-se o princípio *P* contra o princípio substantivo *P_R*, que materialmente sustenta *R*, e o chamado princípio formal *P_f*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*. Dessa forma, não basta para *P* preceder *R* que *P* seja apenas uma razão mais forte do que *P_R*, é necessário também que *P* tenha um peso maior do que *P_R* junto com o princípio formal *P_f*.¹⁷⁸ Em síntese, embora a existência do princípio formal aumente a dificuldade de um princípio prevalecer sobre uma regra, não se exclui a possibilidade dessa hipótese sob certas condições. Logo, na teoria dos princípios de Alexy pode-se dizer que as regras têm apenas um caráter exclusionário mais *fraco* do que na teoria de Dworkin.

Não me parece adequado um modelo segundo o qual as regras são confinadas a uma área composta por situações de fato predeterminadas e os princípios são deixados a operar em outro lugar. Tal modelo encontraria dificuldade, sobretudo, na área de interação entre regras e princípios. A título ilustrativo, veja-se o exemplo do caso "Marcha da Maconha" julgado pelo STF.¹⁷⁹ Nele, o que estava em jogo era a interpretação da regra contida no art. 287 do Código Penal, que dispõe sobre o delito de apologia de crime ou criminoso:

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Ao contrário da norma processual penal que determina que a oitiva do indiciado deva ser reduzida a termo e assinada por duas testemunhas durante a lavratura do inquérito policial (art. 6.º, inciso V, do CPP), a sobredita norma penal incriminadora, apesar de ser também uma

¹⁷⁶ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

¹⁷⁷ Peng-Hsiang Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 39.

¹⁷⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-91, nota 24.

¹⁷⁹ ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014.

regra, não permite de antemão a taxação imediata do ato de se manifestar por parte de cidadãos que desejam criar um foro de discussão em torno da legalização das drogas, seja por meio de reuniões, passeatas ou marchas populares, como crime contra a paz pública. Não é possível prever antecipadamente, com uma tolerável certeza, qual deve ser a consequência jurídica dessa regra penal, nem quais as suas exceções, em casos desse tipo. No entanto, a notícia que se extrai do relatório do aresto é que inúmeras cortes regionais decidiram proibir inopinadamente as referidas manifestações sob o argumento raso de que a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais e, portanto, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia às drogas, estimulando o seu consumo. Justificar uma decisão baseada nesse tipo de pensamento silogístico e hermético, *a priori* compatível com a interpretação e aplicação de uma regra, expõe uma argumentação jurídica deficiente, que sequer considera o ônus que eventualmente imporia aos direitos à liberdade de reunião (CF, art. 5.º, inciso XVI) e à liberdade de expressão (CF, art. 5.º, incisos IV e IX). Não se trata em decidir em um ou outro sentido, mas, sim, em satisfazer o ônus argumentativo imposto pelos direitos fundamentais *in casu* em colisão, o princípio substantivo da paz pública, que dá suporte material à regra do art. 287 do Código Penal, juntamente com o princípio da saúde pública *versus* os princípios da liberdade de expressão e liberdade de reunião. Desprezar essa colisão para tratar o problema como um simples caso de subsunção de uma regra pode causar falhas tanto de natureza argumentativa quanto de grau de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que a consideração de eventuais restrições a esses direitos passariam ao largo do discurso jurídico que julgasse a constitucionalidade do ato normativo. O que se vê no caso vertente é uma regra que, devido à colisão de princípios existente no plano de fundo de sua aplicação, acaba se comportando como um princípio, porquanto deve passar por um sopesamento antes de incidir à espécie. A regra, portanto, perde o seu caráter definitivo estrito e adquire um caráter *prima facie*, este, porém, muito diferente daquele dos princípios. Em uma colisão entre princípios, um cede lugar ao outro quando determinado à luz do caso concreto que um tem peso maior que o outro. Por sua vez, uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui um peso maior ao princípio substantivo contrário ao que a sustenta, é necessário também, conforme já foi dito, que sejam superados aqueles princípios que estabelecem que as regras criadas pelas autoridades democraticamente legítimas devem ser obedecidas.¹⁸⁰ Estes últimos são os chamados princípios formais, contudo, basta por ora dizer que eles impõem ao operador do direito algo muito mais forte do que uma mera carga

¹⁸⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

argumentativa adicional, o que faz com que o caráter *prima facie* das regras seja extremamente diferente da dos princípios.

A lição que se tira de tudo isso é que as regras atreladas a direitos fundamentais não podem criar aprioristicamente uma área de exclusão como quer a acepção "*forte*" do critério tudo-ou-nada de Dworkin, a qual afasta contextos fáticos e jurídicos de seu substrato normativo antes mesmo de considerar todas as variáveis possíveis, especialmente em casos em que uma regra e um princípio indiquem resultados opostos, vez que, em tese, todas as exceções seriam contempladas pela regra. Pelo contrário, tanto as razões provenientes da regra como do princípio podem determinar o resultado da consequência jurídica. Se a regra for a norma aplicável à espécie, então, o princípio contraposto deve recuar e amargar a restrição imposta por aquela, ao revés, se o princípio tem a chance de influenciar o resultado, então, ou a regra é inválida e extirpada do ordenamento jurídico, ou a regra é válida, mas inaplicável à espécie devido a uma cláusula de exceção introduzida pelo princípio. Esta é a acepção "*moderada*" do critério tudo-ou-nada das regras.¹⁸¹ Obtemos com ela parte da resposta aos problemas da perda da objetividade jurídica e supressão da discricionariedade legislativa, de modo que sua completude será conquistada à medida que o trabalho for se desenvolvendo.

¹⁸¹ A propósito, cf. Colin Tapper, "A note on principles", *Modern Law Review* 34:6 (1971), pp. 629-632.

Capítulo 3

CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Formulação de restrições e cláusulas restritivas de direitos fundamentais: 3.1.1 Teoria do suporte fático e restrições: elementos chave: 3.1.1.1 O arranjo formal do suporte fático dos direitos fundamentais – 3.1.2 "Limites", "limites imanentes" e "restrições" a direitos fundamentais: conceitos indispensáveis à compreensão das cláusulas restritivas: 3.1.2.1 Reserva legal e cláusulas restritivas: diferenças e similitudes. 3.2. Questões tipológico-conceituais referentes às cláusulas restritivas: 3.2.1 Espécies de cláusulas restritivas: 3.2.1.1 Cláusulas restritivas escritas – 3.2.1.2 Cláusulas restritivas não-escritas. 3.3 Definindo o conteúdo dos direitos fundamentais: 3.3.1 O problema da generosidade definicional: 3.3.1.1 A inevitabilidade do sopesamento.

3.1 Formulação de restrições e cláusulas restritivas de direitos fundamentais

De posse do arsenal teórico acima expendido, pretendo adentrar a temática das cláusulas restritivas de direitos fundamentais e suas vicissitudes hermenêuticas. Explorar questões como qual é a matriz formal do ônus argumentativo decorrente dessas cláusulas, quais tipos de cláusulas restritivas existem, em que elas se diferenciam de outras espécies de limitações a direitos fundamentais constituem as principais indagações a serem esclarecidas nesta seção. Esta, aliás, nada mais é do que um consectário lógico das premissas anteriormente desenvolvidas. Quero com isso abrir caminho para o enfoque específico desta pesquisa, que reside na inquirição da argumentação jurídica embasada no sopesamento (e na fórmula de peso) e que soluciona colisões entre regras e princípios, gerando uma norma de direito fundamental atribuída de estrutura mista. Investigar a correção¹⁸² desse tipo de justificação requer, contudo, antes a elucidação dos aspectos formais que se entremeiam no complexo das cláusulas restritivas de direitos fundamentais, pois, só assim, torna-se possível avaliar a validade dos aspectos procedimentais e substanciais dos argumentos fundados no sopesamento.

¹⁸² Emprego o termo correção aqui no contexto da tese da pretensão à correção, que postula que a asserção, proposição e pronunciamento de argumentos normativos em discursos jurídicos não busca uma racionalidade absoluta, mas apenas uma pretensão de que possa ser racionalmente justificada nos moldes do ordenamento jurídico vigente. A propósito, cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. 214.

Em face dessa advertência, faz-se necessária a apreensão cognitiva dos elementos dogmáticos que integram o fenômeno jurídico das restrições a direitos fundamentais, com o fito de se delimitar um modelo de fundamentação jurídica capaz de representar satisfatoriamente as exigências discursivas oriundas da inclusão de cláusulas restritivas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A construção de um discurso jurídico racional nesse campo requererá, portanto, um exame dogmático do problema não só em sua dimensão analítica, mas também em sua dimensão empírica e normativa.¹⁸³

3.1.1 Teoria do suporte fático e restrições: elementos-chave

É racionalmente intuitivo que para a inserção de cláusulas restritivas em direitos fundamentais é preciso que eles sejam restringíveis, mas embora possa parecer óbvia tal inferência, esta característica dos direitos fundamentais é responsável, ainda hoje, por inúmeras divergências doutrinárias, de tal modo que uma solução pacificadora ainda está longe de ser encontrada. No entanto, essas discussões permitiram o desenvolvimento de um modelo teórico geral acerca da restringibilidade dos direitos fundamentais, cuja sistemática, por ter sido teorizada, sobretudo, por Alexy e Borowski, pressupõe muito dos expedientes teórico-dogmáticos já estudados. Com efeito, podem ser designados como seus elementos-chave o "suporte fático" do direito fundamental, no interior do qual se encontram o "âmbito de proteção", de um lado, e a "intervenção" ou "interferência", de outro. É importante ressaltar ainda, que no interior do chamado âmbito de proteção, é possível ainda distinguir-se entre uma dimensão pessoal ou subjetiva e uma dimensão substantiva. Esta dimensão se reporta ao comportamento ou conduta protegido do sujeito de direito – o que é protegido –, ao passo que aquela se refere ao sujeito de direito em si – quem é ou quem são protegido(s) –.¹⁸⁴ Nesse sentido, âmbito de proteção e suporte fático dizem respeito àquilo que é garantido *prima facie* pela norma de direito fundamental, sem levar em consideração as suas possíveis restrições.¹⁸⁵ Por outro lado, o conceito de intervenção constitui posições jurídicas contrapostas aquilo que é geralmente protegido pelos direitos fundamentais. Por exemplo, o direito à liberdade crença (CF, art. 5.º, inciso VI), em sua faceta negativa, assegura ao titular desse direito a garantia de não ser embaraçado na escolha de sua religião, por sua vez, o

¹⁸³ Sobre essas dimensões reveja o tópico 1.4, reservado à metodologia deste trabalho.

¹⁸⁴ Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), p. 202, nota 18.

¹⁸⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

direito à inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5.º, inciso XI) garante ao titular o direito à não-afetação de sua esfera íntima domiciliar, por último, mas não menos importante, o direito à propriedade (CF, art. 5.º, inciso XXII), cujo exercício inclui as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa (CC, art. 1228, "caput"), assegura que nenhuma dessas posições jurídicas de direito ordinário sejam eliminadas em prejuízo de seu titular.¹⁸⁶ Desse modo, como conceito contraposto ao suporte fático e ao âmbito de proteção, a intervenção homenageia posições jurídicas como o embaraço de ações, a afetação de características e situações, e a eliminação de posições jurídicas de direito ordinário.¹⁸⁷ Além disso, há a fundamentação jurídica da intervenção ou interferência, que caso se evidencie suficiente, permite a fixação de uma "restrição".¹⁸⁸

O discurso jurídico que justifica a inclusão de uma restrição ou cláusula restritiva no suporte fático de um direito fundamental parece ter sua racionalidade delimitada em parte pelo aludido modelo, visto que ele dá abertura a um controle mais objetivo da argumentação jurídica se comparado com outros modelos, os quais serão também aqui examinados.¹⁸⁹ A dissonância entre modelos nesse contexto tem respaldo na discrepância geral entre duas teorias, a teoria interna, de acordo com a qual só há o direito com suas extensões (*rectius*: com seus limites imanentes), e a teoria externa, segundo a qual é possível a distinção entre o "direito em si" (direito *prima facie*) e o "direito com suas restrições" (direito definitivo). Não é preciso dizer que somos adeptos desta última, haja vista ser ela a opção natural resultante das proposições teóricas anteriores. Em outros termos, só ela coaduna-se com a teoria dos princípios.

¹⁸⁶ Sobre essas três posições jurídicas (direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características ou situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas) dos direitos a ações negativas (direitos de defesa), foco central deste trabalho, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 196-201.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 303.

¹⁸⁸ Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 202.

¹⁸⁹ Destacam-se, entre outros modelos, a teoria estruturante da norma jurídica de Müller, na qual concebe noções alternativas como as ideias de "programa normativo", "âmbito normativo" e "concretização prática" em total dissonância com o modelo ora sustentado. Para tanto, cf. Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 145-269; do mesmo autor, *Metodologia do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 52 e ss. Outro exemplo é a ideia de prioridade das liberdades de Rawls, cf., a respeito, H.L.A. Hart, "Rawls on Liberty and its Priority", *University of Chicago Law Review* 40:3 (1973), pp. 534-555.

3.1.1.1 O arranjo formal do suporte fático dos direitos fundamentais

Observe-se que o conceito de suporte fático delineado por Alexy e Borowski, como se percebe, tem sua composição adstrita a dois elementos-chave, quais sejam, o âmbito de proteção e a intervenção, de modo que a fundamentação constitucional conducente à restrição encontra-se fora do domínio desse conceito. Nas palavras de Alexy a ideia "*do conceito de suporte fático como um conceito contraposto ao conceito de restrição tem como tarefa abranger todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica prima facie*".¹⁹⁰ Ou seja, ante uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, caso não haja fundamentação constitucional hábil a justificá-la, dá-se azo à consequência jurídica do direito fundamental em questão, afastando-se a hipótese de restrição.

Ora, nota-se, pois, que a ausência de fundamentação constitucional é *conditio sine qua non* para o despontamento da consequência jurídica prescrita pelo direito fundamental, não fazendo sentido, por conseguinte, excluí-la do suporte fático. Se este é caracterizado por elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, fica nítido que a *ausência de fundamentação constitucional* deve ser também incluída no conceito de suporte fático.¹⁹¹

Sob a ótica do direito privado, o suporte fático é o fato ou conjunto de fatos natural ou sociocultural ao(s) qual(is) as normas atribuem efeitos jurídicos. Desse modo, constitui-se nos dados-de-fato previstos abstratamente na hipótese de incidência normativa, cuja realização no mundo real deflagra a incidência da norma, levando-o, então, a transformar-se em fato jurídico. É, portanto, verdadeiro substrato do fato jurídico, embora nele possam estar incluídos fatos já juridicizados.¹⁹² Ressalte-se que a falta de qualquer dos elementos complementares do suporte fático importam na sua deficiência, conducente a um quadro de invalidade ou ineficácia.¹⁹³

Assim é que um conceito ampliado de suporte fático, composto pelo âmbito de proteção, intervenção e fundamentação constitucional parece-me mais apropriado. A propósito, conforme já mencionado, se a intervenção revelar-se constitucionalmente fundamentada estaremos diante de uma restrição, ao passo que se restar desprovida de fundamentação esbarraríamos em uma violação ao bem jurídico protegido pelo direito

¹⁹⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305.

¹⁹¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74-75.

¹⁹² Cf. Marcelo da Costa Pinto Neves, "A incidência da norma jurídica e o fato jurídico", *Revista de Informação Legislativa* 21:84 (1984), p. 273.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 274.

fundamental. No caso dos direitos de defesa, ou seja, aqueles que normalmente exigem para o seu cumprimento uma ação negativa por parte do Estado ou particulares, como as liberdades públicas, uma intervenção estatal que ousasse restringir a esfera de liberdade de alguém sem que estivesse devidamente amparada em fundamentos constitucionais, *v. g.*, em princípios constitucionais antagônicos, estaria fadada a ser escoimada do ordenamento em razão do vício da inconstitucionalidade proveniente do desencadeamento da consequência jurídica daquela liberdade, que demanda a cessação da intervenção dentro de seu âmbito de proteção. Logo, segundo a formulação concebida por Virgílio Afonso da Silva, se uma ação x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma medida estatal que intervém em x ($não-FC(IEx)$), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx).¹⁹⁴ Tal proposição, com base nos operadores lógicos acima delineados, pode ser sintetizada da seguinte forma: $(x) (APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$.¹⁹⁵

Assinale-se, todavia, que o sobredito modelo tem sua aplicação, em última análise, voltada ao suporte fático dos direitos de defesa, que são direitos, em regra, deduzidos contra o Estado. Dessa forma, a sua titularidade por parte de algum sujeito de direito corresponde, como destacado anteriormente, ao dever estatal de cumprimento de ações negativas, as quais podem ser de três ordens: direitos *ao não-embaraço de ações*, direitos *à não-afetação de características e situações* e direitos *à não eliminação de posições jurídicas*.¹⁹⁶ Esses direitos possuem como ícone as liberdades públicas, cujo suporte fático, se verificado em toda a sua formulação, traz como consequência jurídica a exigência da cessação do ato interventor. Um bom exemplo encontrado na jurisprudência do STF versa sobre os requisitos impostos à

¹⁹⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 75, nota 25. Nesta formulação lógica x é uma variável de ação sobre indivíduos que agem, (x) é o quantificador universal (para todo x, \dots), \wedge é o símbolo que transmite a ideia da conjunção aditiva *e*, \neg representa o marcador de negação *não*, \leftrightarrow é o símbolo veiculador de relações bicondicionais (*se e somente se . . . então . . .*), O é o operador deôntico que expressa uma obrigatoriedade. Cf., sobre a aplicação desses símbolos lógicos em raciocínios jurídicos, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. xiv; Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23:1 (1913), *passim*; do mesmo autor, "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 26:8 (1916), *passim*. O quantificador universal é empregado na formulação em questão a fim de exprimir que a proteção de ações da mesma espécie de x está condicionada aos fatores ali contidos, de modo que se sua proteção parece absoluta (incondicionada) *a priori*, a sua conjugação com a medida estatal que porventura tenha guarida na constituição torna tal proteção relativa (condicionada). A respeito, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 302-303, nota 66.

¹⁹⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 196 e ss.; Arthur L. Corbin, "Legal Analysis and Terminology", *Yale Law Journal* 29:2 (1920), pp. 163 e ss.

decretação da prisão preventiva, a qual provoca, certamente, um imenso gravame à liberdade individual. Se um indivíduo, por exemplo, tem sua liberdade de ir e vir constrangida pelo cumprimento de um mandado de prisão expedido em decorrência da decretação judicial de sua prisão preventiva, requer-se do ato judicial que a decreta a especificação dos fundamentos que a ensejam. Nessa direção, vê-se que os fundamentos estipulados pelo art. 312 do Código de Processo Penal fazem menção direta a princípios de envergadura constitucional, tais como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a garantia da aplicação da lei penal, etc., pois caso não o fossem, prejudicado restaria o sopesamento com o princípio da liberdade de locomoção. Se a medida prisional revelar-se desproporcional em virtude da deficiência da argumentação jurídica em favor dos princípios que justificam a intromissão no *status libertatis*, a consequência será a da revogação da prisão preventiva.¹⁹⁷

O mesmo não acontece com os direitos sociais, para cujo suporte fático a omissão estatal é considerada intervenção. São direitos que quando titularizados por alguém, concedem a ele(s) ou ela(s) a faculdade de exigir do Estado a realização de ações positivas. Os direitos sociais como direitos a *ações positivas* podem ser de duas espécies: direitos a ações positivas *fáticas* e direitos a ações positivas *normativas*.¹⁹⁸ Os últimos são direitos a atos estatais de criação de normas, exemplo simbólico no direito constitucional brasileiro foi a decisão do STF que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar por lei complementar o direito de greve do servidor público civil, o que, até então, constituía fato obstativo da efetividade e aplicabilidade da norma talhada no art. 37, inciso VII, da Constituição da República.¹⁹⁹ Os primeiros, por sua vez, são direitos a prestações, *v. g.*, quando o STF considera a pretensão individual de um cidadão hipossuficiente ao fornecimento de medicamento não contemplado pela lista do Sistema Único de Saúde (SUS).²⁰⁰ Assim sendo, a satisfação desse direito social à saúde implicará uma ação estatal positiva fática, qual seja, a entrega do medicamento ao cidadão.

Como se vê, a formulação do suporte fático dos direitos a ações positivas, compreendidos entre eles os direitos sociais, culturais e econômicos notadamente, destoa em muitos aspectos em relação ao suporte fático dos direitos de defesa, começando pelo âmbito de proteção. Enquanto nas chamadas liberdades públicas o cerne da discussão envolvendo o âmbito de proteção recai sobre a descoberta de quais ações, fatos, estados ou posições

¹⁹⁷ HC 101761/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15/02/2011.

¹⁹⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 201 e ss.

¹⁹⁹ MI 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/1996.

²⁰⁰ STA 175 AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/03/2010.

jurídicas o integram, nos direitos sociais o foco é outro, proteger direitos, nesse universo, equivale a realizar direitos. Com efeito, descobrir o quê compõe o âmbito de proteção de um direito social implica em saber quais ações estatais fomentam a realização desse direito.²⁰¹ Por outro ângulo, verifica-se que o conceito de intervenção também precisa ser adaptado, tendo em vista que, nesse particular, a intervenção consistirá ou numa omissão normativa do poder legiferante, ou numa abstenção do poder público em cumprir prestações essenciais à população. Em síntese, "*se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg FC$), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox)*".²⁰² Igualmente é possível converter a proposição enunciativa do suporte fático dos direitos sociais, culturais e econômicos em uma formulação lógica, nos exatos moldes anteriores: $(x) (DSx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow Ox)$.²⁰³

Ora, tanto nos direitos a ações negativas quanto nos direitos a ações positivas percebe-se que o que suscita a validade de uma restrição a um direito fundamental é a presença da fundamentação constitucional (*FC*). Neste caso, a intervenção não configuraria uma violação ao direito fundamental, mas uma restrição constitucionalmente justificada, com esteio em outra regra ou princípio garantidor de direito fundamental.

3.1.2 "*Limites*", "*limites imanes*" e "*restrições*" a direitos fundamentais: conceitos indispensáveis à compreensão das cláusulas restritivas

Feita a análise do esqueleto do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, o momento é o de se aprofundar nas entranhas desse elemento-chave. Em analogia ao corpo humano, cabe agora se indagar sobre quais são e onde pertencem especificamente cada órgão, músculo e víscera que preenchem esse organismo vivo que é a normatividade dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, quero averiguar quais são as circunstâncias que autorizam que manobras interventivas sejam realizadas dentro desse organismo, de sorte a convalescer sua higidez sistêmica. Entretanto, o objetivo que se almeja aqui, por óbvio, não busca uma resposta definitiva a tais questionamentos – o que seria muito pretensioso de minha parte –, na verdade, quer-se aqui tão somente fornecer subsídios que propiciem a inquirição do problema sob uma perspectiva racional e consentânea com a dogmática dos direitos fundamentais,

²⁰¹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77.

²⁰² *Ibidem*, p. 78.

²⁰³ *Ibidem*, p. 78, nota 34.

permitindo, desse modo, apontar caminhos que possam levar a possíveis soluções para essas indagações.

Início, portanto, minha empreitada analisando algumas questões terminológicas que reputo essenciais para a construção de um modelo adequado às características normativo-discursivas das cláusulas restritivas de direitos fundamentais. Pois bem, começo registrando um alerta, o de que o conceito de direito *prima facie* (ou "direito em si" se preferir) não deve ser entendido como infinito em todas as suas extensões, o que é, convenhamos, dificilmente possível. Por isso, não há como negar que o direito *prima facie* deve ter certos limites, ainda que gerais e amplos, antes de experimentar restrições de acordo com a teoria externa.²⁰⁴ Nessa senda, distinguir os aludidos "limites", próprios do direito, das "restrições" que lhe são infligidas por fatores externos – por exemplo, decorrentes de uma colisão com outros direitos fundamentais – é medida que se impõe à compreensão da natureza das cláusulas restritivas.

Com efeito, a referida distinção encontra amparo no fato de que as "restrições" são consequência de um processo argumentativo no qual a proteção do direito *prima facie* é reduzida, de tal maneira que parte de seu conteúdo, que antes o integrava, acaba não o integrando mais em sua formulação como direito definitivo. Ao contrário, a determinação dos "limites" do direito *prima facie* não tem como ponto de partida uma posição jurídica mais ampla – ocupada pelo "direito em si" no caso das "restrições" –, mas, sim, um fenômeno epistêmico na natureza,²⁰⁵ entendido como tal o conjunto de ações, fatos, estados e posições jurídicas que se verificam no mundo real. Daí que o suporte fático do direito *prima facie*, ao experienciar tal realidade epistêmica, seleciona dentre todos os atos, fatos, estados e posições jurídicas, aqueles que sejam dotados de alguma característica que, isoladamente considerados, guardem alguma relação com seu "âmbito temático", independente da consideração de outras variáveis.²⁰⁶

Ademais, não há que se confundir os mencionados "limites" com os chamados "limites imanentes", típicos da teoria interna. Primeiro, porque os "limites" sobre o qual falamos, ao contrário dos "limites imanentes", não são incompatíveis com os termos "restrição a direitos", "abuso de direito" ou "sopesamento", na medida em que eles não excluem a atuação de fatores externos como, por exemplo, uma cláusula restritiva imposta a partir de

²⁰⁴ Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), p. 202.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 203.

²⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 34-35.

uma colisão de princípios.²⁰⁷ Segundo, e isso é consequência da primeira característica, os "limites", em oposição aos "limites imanentes", não definem o conteúdo dos direitos fundamentais de antemão, como se regras fossem, razão pela qual não imprimem às normas de direito fundamental uma *validade estrita*, porquanto se a norma tem validade estrita, ela segue o raciocínio do tudo-ou-nada na sua acepção forte.²⁰⁸

O caso Lengruber ilustra bem o ponto acima. Roberto Penna Lengruber dizia-se médium espiritual, tendo se tornado famoso em virtude de suas performances espíritas televisionadas, que consistiam basicamente em curas milagrosas. Por consequência, muitas pessoas passaram a procurá-lo a fim de obter a cura para as suas moléstias, acreditando que elas desapareceriam pela intercessão dos poderes paranormais do médium. Por conta disso, foi ele denunciado pela prática do crime de curandeirismo, na sua vertente prevista no art. 284, inciso II, do Código Penal.²⁰⁹ Inconformado, Lengruber recorreu ao STF por meio de *habeas corpus* alegando que, o espiritismo, como profissão de fé, abrangeria a prática da realização de "passes", uma vez que são atos típicos da liturgia espírita. Logo, estaria a sua conduta albergada pelo âmbito de proteção da liberdade de consciência, crença e exercício de cultos religiosos (CF, art. 5.º, inciso VI). Não obstante, o min. Francisco Rezek houve por bem denegar o *writ*, aduzindo, dentre outras razões, que "*a garantia da liberdade de culto seguramente não alcança, pois, a prática de atos que, sem embargo de sua roupagem mística, são tipificados pela lei penal*".²¹⁰ Ao assim concluir, o ministro acabou excluindo *a priori* do âmbito da proteção da liberdade de consciência, crença e exercício de cultos religiosos conduta – realização de "passes" da ritualística espírita – que, se isoladamente considerada, resultaria certamente protegida por tal liberdade, à vista de seu inegável conteúdo religioso. No entanto, o min. Francisco Rezek preferiu restringir antecipadamente o âmbito de proteção da liberdade religiosa, conferindo-lhe validade estrita e não validade reiterada,²¹¹ portanto,

²⁰⁷ Cf., sobre essa qualidade dos limites imanentes, porém não compartilhada pelos limites ora em questão, Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 37.

²⁰⁸ A questão da validade estrita, expressão de Jan-Reinard Sieckmann, como consequência da adoção da ideia de limites imanentes, é melhor explicitada em Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129. No que tange às acepções forte e moderada do critério tudo-ou-nada, cf. tópico 2.3.2.

²⁰⁹ Art. 284, inciso II, do CP: "*Exercer o curandeirismo:*

[...]

II – *usando gestos, palavras ou qualquer outro meio*".

²¹⁰ RHC 62240-2/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 02/08/1985.

²¹¹ Sobre a relação dos conceitos de validade estrita e validade reiterada com argumentos normativos escorados em razões provenientes de princípios e regras cf. Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13:3 (2000), pp. 301-304; Jan-Reinard Sieckmann, "The Fragmentation of Deontic Logic". In: Jaap Hage and Giovanni Sartor (eds.), *Law, Morality, Defeasibility*, Special Workshop of IVR 2003, pp. 8-10. Disponível em <http://www.cirfid.unibo.it/~agsw/lmpd03/papers/Sieckmann_Fragmentation.pdf>. Acesso em 18/05/2012.

tratando-a não como um princípio – que garante direitos e deveres *prima facie* –, mas como uma regra – que garante direitos e deveres definitivos –. Ao agir desse modo, o ministro não satisfaz o ônus argumentativo gerado pela aludida norma de direito fundamental, pois, ao contrário, emprestou ao princípio da liberdade religiosa validade definitiva, o que não permite que ele seja objeto de sopesamento, funcionando essa norma, portanto, como uma regra já devidamente delimitada aplicável por subsunção. Vê-se, dessa maneira, uma argumentação que despreza uma possível e plausível violação de direito fundamental, que é simplesmente deixada de lado sob o pretexto da aplicação de uma regra penal, cujo âmago nem sequer é explorado. Prefere-se a saída fácil à argumentação complexa e difícil do sopesamento. Todavia, resta o revés de que o ônus da argumentação só seria satisfeito se fosse realizado o sopesamento entre o princípio garantidor da citada liberdade e os princípios nos quais a regra penal se baseia – ordem pública e bons costumes –. Ao omitir-se nesse particular, além de criar uma fundamentação jurídica deficiente, o seu raciocínio apriorístico – consistente na exclusão de antemão de atos do âmbito de proteção das referidas liberdades –, se levado às últimas consequências, diminui consideravelmente a proteção conferida pelo direito à liberdade religiosa, além de ser capaz de produzir resultados teratológicos. O STF, ao ratificar a decisão do min. Francisco Rezek, com certeza não levou em consideração o peso do argumento por ele empregado. Ao se afirmar que a garantia da liberdade religiosa não alcança a prática de atos que, apesar de religiosos, estejam tipificados pela lei penal, o tribunal acabou fixando o direito com seus limites imanescentes, ou seja, todo ato de conotação religiosa que não seja proibido pela lei penal é permitido à luz da liberdade de crença, independente das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Nada obstante, embora o pensamento esposado pelo STF pareça inofensivo, pode gerar graves repercussões sobre outras práticas religiosas, hipoteticamente criminalizando as figuras do Pajé indígena e do Babalorixá (ou pai de santo, como é popularmente conhecido), personalidades de incontestável índole espiritual, cuja função de curandeiro nas tribos e comunidades do candomblé é do conhecimento notável de todos. Segundo esse entendimento, todos deveriam ser punidos e conduzidos a prisões, o que não ocorreria se tivesse sido adotado um suporte fático amplo na primeira decisão,²¹² posto que situações como as descritas acima restariam preservadas, uma vez que as restrições a

Não cabe, aqui, entretanto, aprofundar-me nos meandros desses conceitos, pois isso fugiria ao escopo deste trabalho.

²¹² Pois, nesse caso, chegar-se-ia à conclusão de que o Pajé e o Babalorixá são personalidades eclesiásticas que têm identidade com o "âmbito temático" da liberdade religiosa e, por isso, são por ela protegidos, de modo que qualquer medida punitiva que visasse vulnerá-los, com fulcro no art. 284 do Código Penal, como é o caso em apreço, deveria ser fundamentada com arrimo nos princípios que dão amparo a esta norma incriminadora, uma vez que só assim seria possível verificar no caso concreto a licitude ou ilicitude da conduta ritualística curandeira realizada eventualmente durante a liturgia professada por eles.

direitos fundamentais adviriam de juízos *a posteriori*. Com isso permitir-se-ia um sopesamento nas situações hipotéticas do Pajé e do Babalorixá, por exemplo, sendo a partir de então possível explicar o porquê da restrição à liberdade religiosa, o que se daria através de um discurso jurídico racional acerca da licitude ou ilicitude da conduta desses líderes espirituais, com base também em considerações de direitos fundamentais.

Como se vê, os "limites" da teoria externa são ontologicamente diferentes dos "limites imanentes" da teoria interna, posto que aqueles não pressupõem a existência de apenas um objeto, qual seja, o direito com suas extensões, mas, sim, a divisão desse objeto em duas noções, o "direito em si", e, destacado dele, as suas restrições.²¹³ Efetivamente, a fixação de "limites", ao contrário da fixação dos "limites imanentes", não reduz a proteção *prima facie* provida pelo "direito em si", apenas delimita o espectro dessa proteção utilizando o critério do "âmbito temático". Não faria qualquer sentido, por exemplo, o direito à intimidade, previsto no art. 5.º, inciso X, da Constituição da República, proteger a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas de alguém contra interceptações sem ordem judicial, eis que, para a salvaguarda desse direito, já existe a proteção do art. 5.º, inciso XII, do mesmo diploma constitucional. O que se percebe, portanto, é que os "limites" visam apenas estabelecer a fronteira entre ações, estados e posições jurídicas que, isoladamente considerados, podem ser incluídos na proteção *prima facie* do direito fundamental em virtude de compartilharem com ele algum liame conotativo – ou vínculo temático –, e aquelas ações, estados e posições jurídicas que não guardam qualquer relação com a matéria salvaguardada pelo direito fundamental. Por isso, diz-se que é a interpretação²¹⁴ do enunciado jurídico que provê o "limite" da norma.

Entretanto, caso assumisse-nos um modelo de suporte fático restrito, de um lado, o conceito de "limites" perderia sua razão de ser, pois o que existe nesse modelo são apenas "limites imanentes" que determinam o conteúdo do direito, de outro, o conceito de restrição adquiriria nova feição, uma vez que a determinação do conteúdo do direito – por critérios escusos, que podem ou não ser o sopesamento – encolheria substancialmente o número de casos geradores de ônus argumentativo, em que intervenções, porque descartadas de antemão como violações (restrições ilícitas), perderiam a chance de tornarem-se restrições constitucionalmente justificadas (restrições lícitas).

²¹³ Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 38-39.

²¹⁴ Interpretação essa que deve ser a mais ampla possível de modo a abarcar o maior número de posições, ações e estados que se identificam com o âmbito temático da norma sendo interpretada.

3.1.2.1 Reserva legal e cláusulas restritivas: diferenças e similitudes

A discussão ora colocada em pauta é de suma importância, pois ajuda a entender a sistemática das restrições a direitos fundamentais na constituição brasileira e o porquê de ser ela inconciliável com um sistema de reserva legal, ao contrário do que vastamente difundido pela doutrina nacional.²¹⁵ Esse equívoco da doutrina nacional tem de certa forma contribuído para uma miscelânea imprópria dos sobreditos institutos clausulares, que, no entanto, são ontologicamente distintos. Vale dizer, são eles desdobramentos de uma mesma concepção geral de cláusula restritiva (restrição *lato sensu*), que reputa como tal toda e qualquer cláusula que obsta à concretização de bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/ situações/ posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais, as quais se exprimem na forma de mandamentos de otimização. Desse modo, conforme já registrei anteriormente, se princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, então, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* assegurada por um princípio de direito fundamental.²¹⁶ Daí a conceituação de Alexy: "*restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição prima facie de direito fundamental*".²¹⁷

Por outro lado, é observável em boa parte das constituições ao redor do globo, inclusive, na brasileira, a prática dos constituintes, ao criarem o design constitucional, em deixar algumas questões abertas para o futuro. Muitas vezes, a postura dos constituintes em não decidir uma determinada questão constitucional se dá conscientemente, e o fazem justamente para não vincular as gerações futuras a decisões passadas que possam tornar-se anacrônicas diante de um novo contexto histórico-político.²¹⁸ Nesse sentido, os constituintes costumam adotar duas medidas principais, ou criam dispositivos constitucionais com enunciados jurídicos dotados de uma linguagem vaga, ou escolhem deferir a decisão para o futuro por meio de uma cláusula de reserva legal, que explicitamente delega certas questões constitucionais a legislaturas futuras.²¹⁹ Um problema, entretanto, surge quando os

²¹⁵ Cf., por todos, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 548-550; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 306-314.

²¹⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ As razões pelas quais os constituintes podem deferir às legislações futuras a tomada de decisões sobre importantes questões constitucionais são as mais variadas, sendo a não vinculação a decisões passadas apenas uma delas. Um estudo sobre as mais variadas razões que influenciam o processo de deferência constitucional pode ser encontrado em Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, "Deciding not to decide: Deferral in constitutional design", *International Journal of Constitutional Law* 9:3-4 (2011), pp. 641 e ss.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 636-637.

constituintes não estipulam uma sistemática específica acerca do funcionamento dessas cláusulas de reserva de lei, permanecendo silente. Parece claro que quando os constituintes explicitamente delegam uma determinada matéria eles desejam constitucionalizá-la de alguma maneira, ao invés de simplesmente deixá-la ao talante da legislação ordinária. O completo silêncio, por outro prisma, é inerentemente ambíguo, e pode querer dizer a partir de uma perspectiva constitucional que os constituintes estão implicitamente delegando uma questão a futuros tomadores de decisão, mas também pode querer dizer que eles simplesmente não quiseram antecipar uma decisão sobre determinada questão, ou tampouco têm ideia sobre quem deva decidi-la.²²⁰

É de se notar, portanto, que a falta de refinamento dos conceitos de cláusula de reserva legal e cláusula restritiva pode levar a sérias consequências, mormente a diminuição da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que a reserva de lei, se aplicada à nossa sistemática constitucional, parece estimular o desenvolvimento de teses como a dos limites imanentes – que aqui combatemos –, fortalecendo, dessa maneira, a teoria interna e argumentos lastreados na noção de suporte fático restrito.²²¹ Com efeito, passo, então, a refinar a ideia geral das cláusulas restritivas.

Desde logo, parece-me imprescindível classificá-las quanto à sua fonte, *i. e.*, se são cláusulas restritivas constitucionalmente imediatas ou constitucionalmente mediatas. As primeiras são aquelas cujos fundamentos podem ser encontrados diretamente no texto constitucional, ao passo que as últimas apesar de não terem como fonte primária o texto constitucional, são expressas mediante lei promulgada com fundamento imediato na constituição.²²² Nesse particular, vale lembrar o ensinamento de Alexy ao iniciar sua resposta à pergunta sobre o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais. E ele responde: "*uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição*".²²³ Tanto que, consoante mencionado no tópico antecedente, se a norma for inconstitucional (não for justificável constitucionalmente), ela até pode ter a

²²⁰ Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, "Deciding not to decide: Deferral in constitutional design", *International Journal of Constitutional Law* 9:3-4 (2011), pp. 639-640.

²²¹ Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbujm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 610-611.

²²² Cf., nesse sentido, Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 212-214; No Brasil, cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 302-306.

²²³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

natureza de uma medida interventiva, mas não a de uma restrição²²⁴, ocasião em que configurará verdadeira violação a direito fundamental. Pois bem, estou aqui a falar, portanto, somente de cláusulas presumidamente compatíveis com a Constituição.

Eis o primeiro passo rumo à definição dos conceitos de reserva de lei e cláusulas restritivas como concebidas pela teoria externa. A cláusula de reserva legal, necessariamente, pressupõe a existência de uma lei por meio da qual se viabiliza, sendo que, só dessa forma, consegue introduzir uma cláusula restritiva em um direito fundamental. De acordo com a supracitada terminologia são as cláusulas de reserva legal, por conseguinte, sempre cláusulas constitucionalmente mediatas, enquanto que as cláusulas restritivas produto da teoria externa podem ser tanto constitucionalmente imediatas, por exemplo, se derivadas de uma colisão direta entre princípios constitucionais, como constitucionalmente mediatas, se extraídas de um sopesamento realizado pelo próprio legislador ordinário ao interpretar o texto constitucional e consubstanciar uma norma infraconstitucional em respeito à Lei Maior.

Outra diferença que salta aos olhos do intérprete da constituição diz respeito à grafia do enunciado jurídico que assegura o direito fundamental garantido com reserva legal, simples ou qualificada. As cláusulas de reserva legal são sempre cláusulas restritivas *escritas*, de modo que o debate em torno da possibilidade de inserção de cláusulas restritivas nos chamados direitos fundamentais garantidos sem reserva legal desde sempre foi objeto de intrincados problemas, cuja solução a doutrina até hoje se digladiava.²²⁵ Por sua vez, as cláusulas restritivas que emergem da aplicação das normas de direitos fundamentais que têm duplo caráter – dispõem de uma estrutura mista de regra e princípio –,²²⁶ podem ser tanto *escritas* como *não-escritas*, e isso porque elas têm uma conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade.

Dessa percepção surge uma terceira diferença, que se refere aos critérios adotados para justificar uma restrição a um direito fundamental. Com efeito, nos direitos fundamentais submetidos à chamada reserva simples, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, "o constituinte defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito".²²⁷ No entanto, ao delegar, *e. g.*, a competência ao legislador de criar intervenções legais no âmbito do direito fundamental garantido com reserva simples,

²²⁴ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

²²⁵ Acerca desse debate cf. *Ibidem*, pp. 124-130; e Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 206-207.

²²⁶ Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 141-144.

²²⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

o constituinte não impõe parâmetros a essa função legiferante, cingindo-se apenas a mencionar a possibilidade dessa intervenção.²²⁸ Já nos direitos fundamentais submetidos a reserva qualificada a constituição "*não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados*".²²⁹ Sobre os direitos garantidos com reserva simples Alexy afirma que eles ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial,²³⁰ pois este espaço fica completamente disposto à conformação do legislador. No que tange aos direitos fundamentais garantidos com reserva qualificada o espaço de conformação do legislador já é muito mais reduzido.

Não há nenhum problema em admitir que a Constituição da República em vários de seus dispositivos remete à lei a regulação de determinadas matérias, o que costuma fazer através de expressões, corriqueiramente encontradas nos enunciados constitucionais, como "na forma da lei"²³¹, "definidos em lei"²³², "nos termos da lei"²³³, entre outras. O problema se encontra em transplantar um pretense "sistema de reserva legal", nos moldes pleiteados por Gilmar Mendes e Paulo Bonavides,²³⁴ encontrado originariamente em países como Portugal²³⁵ e Alemanha²³⁶ para o Brasil. Ressalte-se que, mesmo nesses países europeus, há divergências com relação à tipologia tricotômica de reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, consistente nas já explicadas cláusulas: i) com reserva de lei simples; ii) com reserva de lei qualificada; e iii) sem reserva de lei.

À vista de tudo o que foi exposto até agora, para a coerência e racionalidade das teorias e teses intrínsecas a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy, em especial, do

²²⁸ Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 607.

²²⁹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

²³⁰ O embate entre as teorias que defendem um conteúdo essencial absoluto e as que defendem um conteúdo essencial relativo não constitui objeto deste trabalho, embora possa ser aqui tratado de relance. Para um estudo profundo sobre o assunto cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros: 2010, pp. 183-200.

²³¹ Veja, por exemplo, o art. 5.º, inciso VI, da CF: "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*".

²³² Veja, por exemplo, o art. 37, inciso VII, da CF: "*o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*".

²³³ Veja, por exemplo, o art. 5.º, VII, da CF: "*é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva*".

²³⁴ Vide nota 217 *supra*.

²³⁵ Cf., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, pp. 724-729.

²³⁶ Cf., por todos, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trans. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 131-132.

sopesamento, no contexto nacional, parece-me acertada a opinião de Virgílio Afonso da Silva de que a defesa de um sistema de reserva legal na tessitura da constituição brasileira advém de um juízo açodado que denomina de "empréstimo constitucional inadequado". Isso porque transporta uma tipologia estrangeira sem a devida atenção ao material normativo-constitucional brasileiro, que aparentemente não se coaduna com um sistema de reserva de lei.²³⁷ Tal afirmação se apoia no fato de que a semelhança entre dispositivos da constituição brasileira com dispositivos de constituições estrangeiras, que servem de parâmetro para a defesa de um sistema de reserva legal, não é suficiente para justificar o empréstimo teórico. Sucede que, há algo nessas constituições que não está presente na nossa Constituição, que é a previsão de que *somente quando autorizado expressamente pela constituição* pode o legislador restringir ou regular algum direito fundamental.²³⁸

Assim é que em constituições que contêm dispositivos como o descrito acima (restrição por lei somente mediante autorização constitucional expressa), bem como disposições de direitos fundamentais sem referência a uma possível restrição (garantidos sem reserva legal), em que impera uma consciência de que inexitem liberdades absolutas, houve a necessidade de se recorrer à teoria dos limites imanentes para se explicar o fenômeno das cláusulas restritivas.²³⁹ Adicione a isso o fato de que, conforme já salientado, essa teoria fomenta um modelo de suporte fático restrito, que foge ao sopesamento como modo argumentativo de encarar os problemas decorrentes das restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Pois, como demonstrado por meio do caso Lengruber,²⁴⁰ quanto mais restrito o suporte fático, menos restrições hão de ser constitucionalmente justificadas,²⁴¹ porquanto basta à argumentação jurídica baseada nesse modelo excluir a posição jurídica reputada inconveniente – geradora de ônus argumentativo – do âmbito de incidência da norma. Por fim, a combinação desses fatores poderia acarretar também o fortalecimento da teoria interna, já que as restrições a direitos fundamentais, autorizadas ou não pela constituição, passariam a integrar a própria estrutura dos direitos fundamentais como seus limites imanentes.²⁴²

Por esses motivos e outros – citados nos tópicos anteriores –, é que se afirma, na linha de Virgílio Afonso da Silva, que tentar importar um modelo triádico de reserva legal

²³⁷ Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 607-608.

²³⁸ *Ibidem*, p. 610.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 610-611.

²⁴⁰ RHC 62240-2/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 02/08/1985.

²⁴¹ Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 611.

²⁴² *Ibidem*.

para a constituição brasileira implica em criar problemas onde eles não existem.²⁴³ Além do inconveniente da figura dos limites imanes, tal modelo acaba tolhendo o legislador em sua discricionariedade ou margem de conformação, na medida em que só poderia ele atuar nos casos em que houvesse previsão constitucional de cláusulas de reserva de lei, e, mesmo as havendo, no caso das reservas qualificadas pouco ou nada poderia inovar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.²⁴⁴

Os argumentos jurídicos utilizados na justificação das cláusulas de reserva legal diferenciam-se, portanto, daqueles utilizados na justificação das cláusulas restritivas, aqueles estão sempre sujeitos ao preenchimento de critérios formais prescritos pela própria constituição, podendo ser a capacidade de argumentação mais ou menos ampla dependendo do tipo de reserva, o que não acontece com as cláusulas restritivas como concebidas na teoria externa, cuja argumentação jurídica pode atentar, concomitantemente, tanto para critérios formais quanto substanciais.

3.2. Questões tipológico-conceituais referentes às cláusulas restritivas

Os pontos apresentados até agora serviram de preparação para o modelo de cláusulas restritivas de direitos fundamentais que se quer defender neste trabalho, um modelo que seja consentâneo com o sistema constitucional brasileiro. Para tanto, como visto, foi preciso refinar algumas concepções e rejeitar outras, apesar de amplamente divulgadas pela doutrina nacional sem maiores preocupações. O que pretendo fazer aqui, nesta seção, é oferecer uma proposta de classificação das restrições e cláusulas restritivas baseadas nas teorias estruturais de Alexy e Borowski, mas somente no tocante àqueles expedientes que possam ser harmonizados com a nossa Constituição, facilitando a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais que a integram. Essa exposição, ademais, servirá de plataforma para o capítulo seguinte, onde planejo arquitetar o design de uma ponte teórica entre as cláusulas restritivas e o sopesamento. Contudo, cosoante venho destacando desde o início, minha preocupação não repousa sobre a argumentação jurídica das cláusulas restritivas de direitos fundamentais em geral, mas, sim, sobre um tipo de cláusula restritiva muito específica, que redundava da colisão entre uma regra infraconstitucional e um princípio constitucional, e que, por isso, está sujeita ao controle de constitucionalidade.

²⁴³ Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenojm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 612.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 612-614.

Por outro lado, não é novidade que o modelo que desejo sustentar é disputado por outras teorias, dentre as quais aquelas que combinam a teoria do suporte fático restrito com a teoria interna. Discutirei duas delas aqui, a primeira de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, e a segunda de Friedrich Müller, nomeadamente porque ambas têm uma desvantagem em relação à teoria do suporte fático amplo naquilo que diz respeito ao problema da generosidade definicional e da proposta do recurso ao sopesamento como fórmula para o equacionamento desse problema.

3.2.1 *Espécies de cláusulas restritivas*

As cláusulas restritivas que nos interessam são aquelas compatíveis com o catálogo de direitos fundamentais encontrado na Constituição da República e nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário. Por isso, não farão parte desta exposição espécies de cláusulas restritivas encontradas apenas em constituições e leis estrangeiras, ou espécies de cláusulas restritivas irrelevantes para este trabalho, que pouco ou nada contribuiriam para a investigação científica que ora se cultiva. A distinção entre cláusulas gerais e cláusulas específicas, por exemplo, é uma classificação que, para este trabalho, em nada acrescenta.²⁴⁵ As cláusulas gerais sequer existem na conjuntura constitucional brasileira, embora estejam presentes e tenham a sua devida importância em documentos de direito comparado como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴⁶ e a Constituição Suíça²⁴⁷.

Ressalte-se ainda que já consignei de quais premissas parto (teoria externa e teoria do suporte fático amplo) para o tratamento dispensado às restrições de direitos fundamentais, razão pela qual as espécies de cláusulas restritivas que serão aqui apresentadas coadunam-se com esse referencial teórico. No entanto, não se trata de uma preferência pessoal pura e simples, mas de uma preferência circunstanciada em termos de argumentação jurídica e proteção dos direitos fundamentais. É óbvio, todavia, que essa escolha apesar de trazer

²⁴⁵ Sobre essa distinção, no entanto, cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 215-232.

²⁴⁶ Art. 52(1) of the ChFR: "Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognized by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others".

²⁴⁷ Art. 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: "Restriction des droits fondamentaux: 1 – Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés; 2 – Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui; 3 – Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé; 4 – L'essence des droits fondamentaux est inviolable".

consigo vantagens, traz também algumas desvantagens, as quais, entretanto, parecem valer o risco.

Além disso, tenho frisado ao longo desta pesquisa o meu fascínio com um tipo muito peculiar de cláusula restritiva, aquela que deriva da colisão entre uma regra infraconstitucional e um princípio constitucional. Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais só podem ser restringidos por normas da mesma hierarquia ou por força delas. Desse modo, as restrições de direitos fundamentais podem ser de duas ordens: i) ou normas de hierarquia constitucional; ii) ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As primeiras são classificadas como restrições *diretamente constitucionais* e as últimas como restrições *indiretamente constitucionais*.²⁴⁸ As restrições diretamente constitucionais (ou constitucionalmente imediatas), portanto, impõem a obrigação de que razões restritivas somente podem ser encontradas na lei primária, *i. e.*, na Constituição. Já as restrições indiretamente constitucionais (ou constitucionalmente mediatas), apesar de não poderem ser encontradas na lei primária, são criadas por instituições competentes que exercem uma competência delegada diretamente pela Constituição, em geral, a possibilidade de legislar sobre determinado assunto constitucional.²⁴⁹ Essa cisão, por sua vez, importa em uma taxonomia entre duas espécies de cláusulas restritivas.

A despeito do que possa parecer, os conceitos de restrição e cláusulas restritivas não devem ser confundidos, não sendo um sinónimo do outro, conforme preleciona Alexy:

O conceito de restrição pertence à perspectiva do direito, enquanto que o conceito de cláusula restritiva pertence à perspectiva da norma. Uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido.²⁵⁰

A norma de direito fundamental completa pode ser tanto aquela extraída hermeneuticamente do texto constitucional (ou em conjugação com o texto infraconstitucional) quanto à norma de direito fundamental atribuída. As normas de direitos fundamentais, por força da própria Constituição, não estão todas expressas nos enunciados constitucionais, podendo decorrer do regime e dos princípios por ela adotados (CF, art. 5.º, § 2.º). Essas normas de direito fundamental que não estão estabelecidas diretamente no texto constitucional, mas decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, são as chamadas normas de direito fundamental atribuídas. As normas de direito fundamental,

²⁴⁸ Cf., Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

²⁴⁹ Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 212-213.

²⁵⁰ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 286.

portanto, podem ser divididas, em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas.²⁵¹ É esse emaranhado de classificações entre tipos de restrições e normas de direito fundamental que faz com que surja naturalmente duas espécies de cláusulas restritivas, as escritas e as não-escritas.

3.2.1.1 Cláusulas restritivas escritas

As cláusulas restritivas escritas podem conter tanto restrições diretamente constitucionais como restrições indiretamente constitucionais. Começarei pelas que contêm restrições diretamente constitucionais. Nessas, em particular, é preciso questionar se algumas cláusulas constituem realmente cláusulas restritivas ou se fazem parte do suporte fático da norma. Um exemplo são as expressões "pacificamente" e "sem armas" constantes do art. 5.º, inciso XVI, da Constituição Federal, que garante o direito à liberdade de reunião. No direito constitucional brasileiro é predominante o entendimento segundo qual os requisitos da *pacificidade* e da *ausência de armas* não constituem uma restrição ao direito fundamental, mas, sim, elementos objetivos do suporte fático da liberdade de reunião, ou seja, uma descrição diretamente constitucional da extensão substancial do dispositivo que dispõe sobre esse direito.²⁵² No entanto, se se parte do texto normativo tem-se que ambas as expressões comportam dupla interpretação, podendo significar tanto uma parte (elemento objetivo) do suporte fático quanto a formulação de uma cláusula restritiva. Em verdade, no primeiro viés interpretativo os aludidos requisitos funcionam como *conditio sine qua non* para a obtenção da proteção constitucional da norma, já, no segundo caso, funcionam como condições para a exclusão da proteção constitucional, *i. e.*, uma cláusula que se expressa de forma negativa nos seguintes termos: "reuniões não pacíficas e com armas não são protegidas". A diferença pode parecer tênue e inócua, mas acarreta grandes repercussões para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Caso se opte pela tese de que as restrições assinaladas pelo constituinte não são restrições, mas descrições ou elementos objetivos daquilo que é protegido, então, todas as restrições diretamente constitucionais seriam apenas descrições do suporte fático de um direito, nos moldes como postula a teoria interna, e, por conseguinte, poderiam ser reputadas como "limites imanentes".²⁵³ No entanto, já conhecemos os malefícios da adoção de

²⁵¹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 69-76.

²⁵² Cf., por todos, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395.

²⁵³ Cf., nesse sentido, Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 286-287.

uma teoria interna para a argumentação jurídica e, por isso, a descartamos desde já. A posição que, portanto, entendo fazer mais sentido e conferir maior proteção aos direitos, tanto do ponto de vista argumentativo quanto dogmático, é aquela que interpreta a cláusula "pacificamente e sem armas" como a formulação resumida de uma regra, que delimita o âmbito de proteção dos direitos e deveres *prima facie* protegidos pela norma. Em suma, a regra expressa pela cláusula restringe a realização do princípio constitucional da liberdade de reunião, e, desse modo, a disposição constitucional, nesse particular, tem a natureza de regra, mas subjacente ao nível da regra, há o nível do princípio, que continua importante.²⁵⁴ Daí porque a introdução de uma cláusula restritiva, no caso pelo constituinte, faz com que a norma de direito fundamental em questão adquira estrutura dúplice, sendo ao mesmo tempo tanto regra como princípio. Em um contexto em que o caráter pacífico de uma manifestação coletiva é duvidoso, é sempre necessário um sopesamento entre o princípio constitucional da liberdade de reunião e os princípios com ele colidentes, em especial, aqueles que dão ensejo à referida cláusula restritiva prevista diretamente pela Constituição. É o que aconteceu, por exemplo, no caso "Marcha da Maconha".²⁵⁵ Os ministros, ao aderirem em boa parte às razões do relator, o min. Celso de Mello, consideraram a denominada "Marcha da Maconha" um movimento social "*organizado*" e "*pacífico*", voltado a discutir a "*legalização do uso das drogas*", a criticar "*o modelo penal de repressão e punição ao uso de substâncias entorpecentes*" e a formular "*sugestões concernentes ao sistema nacional de políticas públicas sobre drogas*". Características essas que, segundo eles, não teriam o condão de pôr em risco a ordem pública e a paz pública, bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora do art. 287 do Código Penal, ao ponto de se deflagrar a proteção do direito penal, *ultima ratio* da ordem jurídica.

Por sua vez, o traço característico das cláusulas escritas indiretamente constitucionais é que elas não contêm nenhuma autorização expressa que discipline a inserção de restrições, dado que seu caráter restritivo advém de restrições mediatamente constitucionais, as quais fazem referência, pelo menos em parte, a normas de envergadura infraconstitucional. Um ótimo exemplo, aqui, pelo seu valor instrutivo, é o caso julgado pelo STF do sigilo de correspondência das cartas postais enviadas por presidiários.²⁵⁶ Neste litígio um dos objetos de apreciação era se o direito fundamental ao sigilo epistolar, previsto no art. 5.º, inciso XII, da CF, fora violado pelo diretor de penitenciária que interceptara uma missiva de um de seus

²⁵⁴ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 287.

²⁵⁵ ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014.

²⁵⁶ HC 70814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

custodiados, na medida em que a regra contida no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/94) assim o autorizava, desde que mediante ato motivado. A colisão que se instalou pelo teor dos dispositivos citados foi *aparentemente* entre um princípio e uma regra.²⁵⁷ Apesar da norma constitucional que assegura o sigilo epistolar não contemplar qualquer cláusula expressa de restringibilidade (cláusula restritiva *escrita diretamente constitucional*),²⁵⁸ o STF, em interpretação sistemática, houve por bem tratar a aludida regra infraconstitucional como uma cláusula restritiva de direito fundamental (cláusula restritiva *escrita indiretamente constitucional*), após sopesar, *in casu*, os princípios da segurança pública, disciplina penitenciária e preservação da ordem jurídica, que dão esteio à regra, contra a proteção do sigilo de correspondência. Isso mostra que a cláusula nada mais é que uma decisão do legislador ordinário, no exercício de sua competência constitucional, a favor de determinadas razões de direito constitucional e em detrimento de outras. No caso em apreço, o STF reputou constitucional/proporcional o sopesamento realizado pela autoridade legislativa entre o princípio do sigilo epistolar e os princípios constitucionais que materialmente sustentam a regra do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, permitindo, assim, a inserção de uma cláusula restritiva no direito fundamental preconizado pelo art. 5.º, inciso XII, da CF.

²⁵⁷ Para ficar mais clara a colisão entre essas duas espécies normativas, transcrevo os dispositivos que lhes em questão:

Art. 5.º, inciso XII, da CF: "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*". Insta consignar que a cláusula restritiva "*salvo, no último caso, por ordem judicial [...]*" refere-se apenas e tão somente às comunicações telefônicas.

Art. 41 da Lei 7.210/94: "*Constituem direitos do preso:*

[...]

XV – *contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;*

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

²⁵⁸ Nesse sentido, cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 310-311. Na jurisprudência do STF, o voto do min. Celso de Mello no HC 69.912/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/11/1993. A discussão sobre se dizer que um direito fundamental é previsto constitucionalmente sem cláusula restritiva escrita equivale a dizer que ele é garantido sem reserva legal será objeto de análise posteriormente. Mas, desde já, adiantamos que não são afirmações equivalentes, pois geram consequências jurídicas diferentes. Sobre isso cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1998*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 612-614.

3.2.1.2 *Cláusulas restritivas não-escritas*

Mais problemáticas são as cláusulas restritivas não-escritas. A própria ideia de uma "cláusula não-escrita" é contraintuitiva, pois a expressão "cláusula" geralmente refere-se ao direito positivado. Além disso, as circunstâncias sob as quais elementos não-escritos acabam fazendo parte de uma cláusula restritiva são alvo de um grande debate, porquanto dependem de métodos de interpretação e aplicação do direito. Em um primeiro momento, entretanto, cumpre verificar se o direito em razão do qual se discute uma possível restrição está positivado ou não. Pois, caso não esteja, o entendimento que prevalece é que direitos não-escritos só podem sofrer a ação restritiva de cláusulas igualmente não-escritas.²⁵⁹ No entanto, surge um problema quando se tenta inserir uma cláusula não-escrita em um direito cuja norma já prevê cláusulas restritivas provenientes de seu texto normativo.²⁶⁰ O pensamento comum que vigora nos sistemas constitucionais europeus é que se estamos diante de direitos fundamentais escritos, espera-se que suas cláusulas restritivas sejam também escritas. Essa proposição pode até ser verdadeira, dependendo do que disponha a ordem constitucional, mas não é no Brasil. A presunção contra as cláusulas não-escritas vigora, principalmente, em países que adotam um sistema de reserva legal, que, conforme já vimos, não é adotado aqui.²⁶¹ Essa adoção irregular decorre da falsa impressão de que se existem direitos no catálogo de direitos constitucionais que ostentam cláusulas escritas, então, aqueles que não as dispõem assim o são por decisão consciente do constituinte, e, por isso, não poderiam sofrer ações restritivas em virtude de meras interpretações jurídicas. Sem embargo, trata-se de uma questão de interpretação, cuja validade das premissas depende da descoberta se o constituinte decidiu se omitir no tocante às cláusulas restritivas, deixando o assunto aberto para o legislador ordinário e demais intérpretes da constituição, ou se tomou uma decisão consciente ao não fazer constá-las em determinados direitos, tendo assumido as consequências teóricas advindas da adoção desse modelo. O caso brasileiro, consoante foi analisado, pertence ao primeiro modelo,²⁶² a despeito da maioria da doutrina nacional entender em sentido inverso.

²⁵⁹ Cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 206.

²⁶⁰ Sobre a diferença entre texto normativo e norma, da perspectiva da teoria dos princípios, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 616-618.

²⁶¹ Cf. tópico 3.1.2.1.

²⁶² Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1998*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 605-618.

Acredito que o caso "Farra do Boi"²⁶³ sirva de exemplo para explicar a introdução de cláusulas restritivas não-escritas em normas de direitos fundamentais. No entanto, apenas um dos votos apresenta argumentos normativos que parecem se coadunar com o modelo ora defendido, que é o voto do min. Néri da Silveira, uma vez que apenas ele reconhece a existência de um "*evidente conflito*" entre princípios constitucionais, os demais ministros preferem adotar critérios compatíveis com a teoria dos limites imanentes.²⁶⁴ Pois bem, o caso "Farra do Boi", julgado pelo STF em sede de recurso extraordinário, originou-se de uma ação civil pública proposta por associações que militam em defesa dos direitos dos animais contra o Estado de Santa Catarina, cujo pedido demandava que ele passasse a coibir a prática da chamada "tourada de corda" ou "tourada à vara larga" realizada pelas comunidades litorâneas catarinenses, influenciadas pelas tradições culturais dos imigrantes açorianos, durante a semana santa. A farra consiste basicamente em amarrar os chifres ou pescoço do touro a uma corda de linho, a qual na outra extremidade é atada a uma vara flexível. Desse modo, os toureiros improvisados podem aventurar-se dentro de uma área de risco, onde o animal circula livremente, e resguardar-se em uma área de proteção fora desses limites. Após, o boi ou touro é tornado objeto sacrificial, oferecido como hóstia repartida aos consortes. Diante disso, alegou-se que o Estado de Santa Catarina, ao se omitir quanto à disciplina da sobredita prática, estaria descumprindo o art. 225, § 1.º, inciso VII, da CF, que proíbe o cometimento de atos que "*submetam os animais a crueldade*". O min. Néri da Silveira, de fato, acatou esse entendimento, mas pontificou também que "*se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo*", decorrendo "*dos costumes que o acórdão considera como culturais, definindo-as como uma expressão de cultura popular*". Por consequência, a "Farra do Boi" pode ser considerada ato folclórico regional abrangido pelo âmbito de proteção da norma estabelecida no art. 215 da CF, que incentiva e protege a difusão de manifestações culturais. Não obstante, o mesmo ministro conclui: "[...] invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, *in fine*, da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição [...]". É com essas palavras que ele acaba, nada mais nada menos, que adicionando uma cláusula restritiva não-escrita, decorrente da interpretação do art. 225, § 1.º, inciso VII, da CF, na liberdade de manifestação cultural prevista no art. 215 da CF, que, *prima facie*, permitia a realização da chamada "Farra do Boi".

²⁶³ RE 153.531-8/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 13/08/1998.

²⁶⁴ Esses votos, em especial, serão tratados na seção seguinte.

Apesar de tudo, esse tipo de abordagem foi rejeitado pelos demais ministros, que preferiram adotar uma abordagem consonante com a teoria interna e a teoria do suporte fático restrito, reduzindo a questão à mera aplicabilidade de uma regra.²⁶⁵ Aliás, esse último tipo de abordagem é que se costuma ver na jurisprudência do STF, salvas raras exceções. Às abordagens que adotam um suporte fático amplo normalmente sofrem objeções quanto à aceitação de restrições constitucionais não-escritas com natureza de princípios, pois o reconhecimento delas poderia implicar na possibilidade de que todos os órgãos estatais, apenas baseados em um princípio – ou seja sem autorização legal – poderiam intervir nos direitos fundamentais.²⁶⁶ Trata-se de uma desvantagem que supostamente a adoção de um suporte fático amplo agonizaria, a qual pretendo explorar na seção seguinte. Entretanto, quero adiantar que essa agonia não procede, uma vez que "*às disposições de direitos fundamentais não são atribuíveis apenas posições materiais, mas também formais*".²⁶⁷ Essa questão, em especial, permeará o âmbito das discussões no capítulo 4.

3.3 Definindo o conteúdo dos direitos fundamentais

As questões tratadas acima descrevem como as cláusulas restritivas afetam o conteúdo dos direitos fundamentais em um modelo de suporte fático amplo, contrastando-o, sempre que possível, com um modelo de suporte fático restrito. Este, como foi visto, é o que costuma fazer parte do vocabulário corrente do direito constitucional brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Embora ambos os modelos tenham as suas diferenças, eles partem de um ponto em comum, o fato dos direitos fundamentais imporem ao Estado o ônus da justificação constitucional toda vez que ele intervir nos seus âmbitos de proteção. Desse modo, protege os indivíduos e a coletividade contra restrições arbitrárias (sem fundamentação) em seus direitos. Uma das consequências disso é a vinculação do legislador

²⁶⁵ Talvez seja por isso que Wilson Steinmetz chegue à conclusão de que o problema se trata apenas da aplicação de uma regra e não de uma colisão entre princípios (que aconteceria entre o princípio material do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que sustenta a regra que proíbe tratamentos cruéis contra animais (art. 225, § 1.º, inciso VII, da CF), e o princípio da liberdade de manifestação cultural). De fato, ele salienta, assim como eu, que os votos do min. Francisco Rezek e do min. Maurício Corrêa não reconhecem, em momento algum, a presença de uma colisão de princípios, razão pela qual não recorrem ao sopesamento para decidir a questão. Aliás, são apenas esses dois votos que ele analisa criticamente até chegar à sua conclusão final, de que não há ponderação a ser feita ou exame de proporcionalidade a ser realizado. Cf., a propósito, Wilson Steinmetz, "Farra do Boi', fauna e manifestação cultural: Uma colisão de princípios constitucionais? – Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal", *Direitos Fundamentais & Justiça* 9 (2009), pp. 266-272. A minha indagação é a seguinte: será que essa é a única e melhor solução para o caso concreto do ponto de vista da argumentação dos direitos fundamentais? É o que pretendo discutir posteriormente.

²⁶⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 290-291.

ordinário aos direitos fundamentais, que ao legisferar deve, então, se atentar a uma interpretação conforme a constituição, sob pena de seu ato normativo padecer de inconstitucionalidade. As divergências entre os modelos, entretanto, iniciam-se a partir do momento em que passam a tentar definir o conteúdo dos direitos fundamentais com seus respectivos âmbitos de proteção, bem como a arguir metodologias que permitam analisar racionalmente a justificação constitucional atribuída às restrições. No fim das contas, cada modelo acaba patrocinando uma metodologia própria de satisfazer o ônus da argumentação resultante das cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

O âmbito de proteção pode ser definido, em linhas gerais, como o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, *i. e.*, o domínio que a norma de direito fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção.²⁶⁸ Com efeito, quanto maior for a amplitude de um âmbito de proteção, tanto maior será a probabilidade de atuações estatais apresentarem-se como interventivas, de outro lado, quanto mais restrito for o âmbito de proteção de um direito fundamental, menor serão as chances de ocorrerem conflitos normativos entre direitos fundamentais.²⁶⁹ O problema, todavia, se encontra em saber qual dessas duas propostas é a mais vantajosa do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, aquela que confere uma generosidade definicional aos direitos fundamentais, ou aquela que estipula limites ao seu conteúdo desde o princípio.

De certo, o modelo de suporte fático restrito dos direitos fundamentais reduz substancialmente o campo de atuação das cláusulas restritivas, pois faz com que situações, condutas, e posições jurídicas que seriam consideradas conformadoras de cláusulas restritivas em um modelo de suporte fático amplo, passem a ser designadas como mero *uso do direito fundamental* ou como *exercício do direito fundamental* em razão de serem consideradas apenas expressão do conteúdo formal ou material da norma jurídica que os representa. Nesse sentido, algumas questões terminológicas devem ser levadas em conta para a compreensão de como a determinação do âmbito de proteção em um modelo de suporte fático restrito efetua-se. A mais pertinente delas, a meu ver, se trava entre os conceitos de *conformação* e *restrição*. Conformação seria toda situação em que o direito não é restringido, afetado ou reduzido pelo Estado, mas, ao contrário, é densificado ou fomentado através de uma medida normativa ou administrativa, que abre possibilidades de conduta, permitindo, dessa forma, que o particular

²⁶⁸ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 124.

ou a coletividade possam usufruir adequadamente de seu direito.²⁷⁰ Uma restrição, por sua vez, configurar-se-ia sempre que uma atuação estatal tornasse total ou parcialmente impossível ao particular ou a coletividade usufruir de uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental.²⁷¹ Essa distinção conceitual, todavia, traz consigo uma séria dificuldade, inexistente na teoria do suporte fático amplo, qual seja, a necessidade de se diferenciar entre atos de caráter conformador e atos de caráter restritivo. De fato, essa é uma distinção perturbadora, pois à medida que se abre novas possibilidades de conduta para o exercício de um direito, disciplinando-o em pormenores, aumenta-se igualmente a possibilidade desse direito invadir a seara de outro, interferir em características protegidas por outros direitos. Essa intromissão, contudo, no modelo restrito de suporte fático, não deve ser encarada como uma restrição, e, portanto, carente de justificação constitucional, mas como uma simples delimitação da norma.

O peso da dúvida recai em se saber qual dos modelos, diante de suas peculiaridades, promove em maior grau a racionalidade da argumentação jurídica, fornecendo critérios de controlabilidade que permitam reconstruir sistematicamente o discurso dos direitos fundamentais. Nesse particular, percebemos que a reconstrução de argumentos encontrados na jurisprudência do STF é imprescindível para se alcançar o sucesso do processo heurístico ora em discussão. No caso Lengruher,²⁷² por exemplo, vimos que o STF optou pelo modelo restrito, ao decidir que o crime de curandeirismo (CP, art. 284), ainda que perpetrado durante ritual litúrgico ou místico, não pertence ao âmbito de proteção da liberdade religiosa, não constituindo, por isso, uma restrição à saúde pública, mas uma violação. Não admite, portanto, a existência de uma colisão de direito fundamental, sob o pretexto de que condutas tipificadas em normas penais, por serem reprováveis, não poderiam, em hipótese alguma, serem albergadas, simultaneamente, por direitos legítimos. Argumento este que encontra o seu contraexemplo no caso "Marcha da Maconha".²⁷³

Além disso, a determinação do âmbito de proteção de um direito fundamental, no modelo restrito, requer frequentemente uma "*uma visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e disposições constitucionais*".²⁷⁴ Desse modo, antes mesmo de sua aplicação ao caso concreto, o conteúdo do direito fundamental é definido em abstrato em conjunto com outras normas conexas, o que não caracteriza, nessa linha, restrição ou afetação,

²⁷⁰ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 128-129.

²⁷² RHC 62240-2/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 02/08/1985.

²⁷³ ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014.

²⁷⁴ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *op.cit.*, p. 127.

mas mera conformação. Nesse contexto, regulações de direitos fundamentais, assim especificadas pela constituição, não teriam o condão de inserir cláusulas restritivas em direitos fundamentais, uma vez que se destinariam a apenas regular seus pormenores.²⁷⁵ Por exemplo, o art. 5.º, inciso XXXI, da CF, dispõe que a sucessão de bens estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, e o art. 10 do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) confere ao juiz a prerrogativa de escolher a legislação sucessória que seja mais benéfica ao cônjuge e aos filhos brasileiros. Ora, se se adota um suporte fático restrito não há dúvida de que se trata de um simples caso de regulação, que não importa em qualquer outro tipo de questionamento a não ser a definição do conteúdo do direito de herança, mas, se se adota um suporte fático amplo, não resta dúvida de que se trata de um caso de restrição em detrimento dos direitos sucessórios dos herdeiros estrangeiros, que serão prejudicados em prol da satisfação do princípio da territorialidade, corolário da soberania nacional. Outro exemplo semelhante, porém com pequenas disparidades, seria o direito à propriedade, que em uma perspectiva sistemática da Constituição deve atender a sua função social (CF, arts. 5.º, incisos XXII e XXIII, 170, incisos II e III), seja em uma contexto socioeconômico (CF, art. 173, § 1.º, inciso I), seja em um contexto político-urbano (CF, art. 182, § 2.º), seja em um contexto rural-agrário (arts. 184, *caput*, 185, parágrafo único, e 186). De fato, a Constituição da República, movida pela finalidade de disciplinar a função social da propriedade, preceitua que a lei fixará normas para o cumprimento de seus requisitos, o que tem lugar em vários de seus dispositivos. Para quem parte de um suporte fático restrito, essas normas apenas constituiriam um fator conformador do conteúdo do direito de propriedade. Esta, aliás, é a posição que vem predominando na doutrina brasileira.²⁷⁶ Contudo, em um suporte fático amplo, não haveria como não caracterizar a função social como uma cláusula restritiva do direito de propriedade. Vejamos o caso da usucapião especial de imóvel urbano, que surge no Estatuto da Cidade (art. 10 da Lei 10.257/01) como um mecanismo de realização da função social da propriedade urbana. Ao se criar uma nova modalidade de usucapião, que ostenta requisitos menos exigentes que seus irmãos clássicos estampados no Código Civil, o referido estatuto certamente restringe o direito de propriedade daquele que titulariza o registro do imóvel alvo da usucapião no cartório competente. Não obstante, o menor rigor da citada legislação estatutária na inauguração dessa nova forma de aquisição originária da propriedade se justifica constitucionalmente por questões políticas que demandam, *e. g.*, o parcelamento

²⁷⁵ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

²⁷⁶ Cf, por todos, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 438-445.

ordenado do solo urbano. Trata-se de um sopesamento levado em consideração pelo legislador entre função social e direito de propriedade, que subjaz à criação dessa inédita modalidade de usucapião e que, concomitantemente, a justifica. No entanto, para aqueles que preferem um modelo de suporte fático restrito, isso não passaria de uma delimitação do direito de propriedade.

Tanto é assim que Friedrich Müller, um dos arautos da abordagem restrita, sustenta que o programa normativo (suporte fático) dos direitos fundamentais não pode ser averiguado isoladamente, mas deve prestar atenção aos programas normativos das disposições infraconstitucionais que se apresentam como elementos do ordenamento jurídico do âmbito normativo (âmbito de proteção) dos direitos fundamentais.²⁷⁷ Seguindo essa linha, no caso do sigilo de correspondência de presidiário,²⁷⁸ a norma do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que permite ao diretor de estabelecimento prisional devassar cartas postais remetidas por presos, não materializaria uma cláusula restritiva à norma de direito fundamental garantidora do sigilo epistolar (CF, art. 5.º, inciso XII) – como aconteceria se fosse adotado um suporte fático amplo –,²⁷⁹ mas singela definição de seu conteúdo.

Posto isso, vejamos as consequências em se eventualmente aceitar um ou outro modelo sob a perspectiva da argumentação jurídica.

3.3.1 O problema da generosidade definicional

Dependendo de qual modelo se escolha, repercussões diversas podem sobrevir à maneira como os direitos fundamentais são racionalizados, argumentados e deduzidos em juízo. O presente trabalho dedica-se, em especial, a estudar o sopesamento em suas possíveis relações com as cláusulas restritivas de direitos fundamentais, portanto, este será o mote que impelirá a análise que se pretende empreender aqui. Por causa disso, repercussões que não sejam condizentes com esse núcleo temático serão, desde logo, deixadas de lado.

Pois bem. Aqueles que preferem o modelo de suporte fático restrito, como Pieroth e Schlink, questionam-se se, de fato, esse seria o melhor modelo do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, indagam se os principais atrativos que fazem do modelo de suporte fático amplo um rival a altura são realmente plausíveis. Se ambos os modelos concordam que toda vez que o Estado procede a uma intervenção em um direito

²⁷⁷ Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2 ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, pp. 247-248.

²⁷⁸ HC 70814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

²⁷⁹ Cf. tópico 3.2.1.1.

fundamental, esta carece de justificação constitucional, então, não seria mais vantajoso ampliar-se o âmbito de proteção do direito, ao invés de restringi-lo? Pois, como já dito, quanto maior o âmbito de proteção, tanto maiores as chances de uma atuação estatal apresentar-se como interventiva. Consequentemente, o Estado não se tornaria mais responsivo na medida em que sujeito a fortes exigências de justificação jurídico-constitucional? Não se tornaria também mais responsável, uma vez que as ocasiões de prestação de contas se expandiriam? Pieroth e Schlink rejeitam todas essas presunções intuitivas que pendem em favor do alargamento do âmbito de proteção, dizem que elas ignoram dois importantes aspectos que convivem com as atuações estatais. O primeiro refere-se à existência de critérios justificativos diversos da argumentação constitucional baseada estritamente em direitos fundamentais, como a justificação baseada na autoridade do processo legislativo, político e democrático. Já o segundo concerne ao desconhecimento das prováveis sequelas que a adoção de um suporte fático amplo pode acarretar, como a sobrecarga e a dilatação excessiva dos direitos fundamentais. A exigência crescente por uma justificação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais tornar-se-ia tão frequente e comum, inclusive, em casos onde ela é evidente, que os seus padrões se degenerariam em questões insignificantes.²⁸⁰ Sintomaticamente, um entendimento restrito dos direitos fundamentais conferiria maior margem de discricionariedade às autoridades criadoras de leis e atos normativos do que um entendimento amplo, que crê sempre possível a justificação de uma cláusula restritiva em decorrência de um direito fundamental colidente. O entendimento restrito vê nas cláusulas restritivas um dispositivo normativo dotado de excepcionalidade, que deve funcionar como *ultima ratio*, notadamente em situações em que a constituição não previu intervenções legislativas. Por conta disso, o entendimento amplo banalizaria o caráter de exceção das cláusulas restritivas, uma vez que elas poderiam ser justificadas por meio de um juízo de sopesamento qualquer, fazendo com que a coerência interna do sistema de cláusulas restritivas concebido expressamente pela constituição se desintegrasse.²⁸¹

Por isso, os autores que militam a favor de um suporte fático restrito veem no sopesamento um grande vilão. A maleabilidade que ele outorga ao âmbito de proteção, permitindo a inclusão de cláusulas restritivas fundamentadas na colisão com outros direitos, prejudicaria o processo de concretização dos direitos fundamentais, cujo âmbito de proteção

²⁸⁰ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 125-126.

deve ter a sua extensão encarada, em geral, como algo invariável.²⁸² Desse modo, sustentam que em vez do sopesamento o âmbito de proteção dos direitos fundamentais "*têm que ser simplesmente determinado de maneira correta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir do seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática*".²⁸³ Então, só resta perguntar: por que o sopesamento seria uma maneira anormal e incorreta para se determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais? A resposta está naquilo que os defensores do suporte fático restrito chamam de "generosidade definicional".

De acordo com Stavros Tsakyrakis a generosidade definicional é uma implicação lógica do sopesamento, que, como se sabe, desempenha na teoria dos princípios um papel metodológico central na solução de colisões entre direitos fundamentais. Dessa forma, para que um conflito normativo possa ser sanado de maneira adequada pelo sopesamento, demanda-se, em tese, que o intérprete assuma a definição mais ampla possível do que possa ser concebivelmente considerado a instanciação do exercício de um direito fundamental.²⁸⁴ Isso faz com que, de outro lado, as cláusulas restritivas sejam também interpretadas da forma mais ampla possível, assim como os objetivos legítimos que as justificam e permitem que uma restrição seja introduzida no suporte fático de um direito. Na medida em que as cláusulas restritivas permitem que direitos sejam restringidos em razão de outros direitos, então, impõe-se que os direitos sejam definidos amplamente, ao menos *prima facie*, para que possam ser lapidados, em caráter definitivo, em um estágio ulterior pelo sopesamento.²⁸⁵

Um caso da jurisprudência do STF que creio ajuda a aclarar a generosidade definicional com que a teoria do suporte fático amplo trata os direitos fundamentais é o já explicado caso da "Farra do Boi".²⁸⁶ Pois nele vislumbramos duas fundamentações jurídicas antagônicas, porém, que defendem um mesmo resultado, qual seja, a proibição da festividade conhecida como "Farra do Boi". Assim é que surge o questionamento se os direitos, enquanto razões para a restrição de outros direitos, devem ser definidos estreitamente ou amplamente. Daí o porquê dos ministros discutirem se a "Farra do Boi" pode ser considerada um exercício legítimo do direito constitucional à liberdade de manifestação cultural. O min. Francisco Rezek chegou a seguinte conclusão: "*Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza [Farra do Boi] a Constituição não é alvejada. Não há aqui*

²⁸² Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

²⁸³ *Ibidem*, p. 126.

²⁸⁴ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), p. 480.

²⁸⁵ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 700.

²⁸⁶ RE 153.531-8/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 13/08/1998.

uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso". Por seu turno, o min. Néri da Silveira, como já ressaltado,²⁸⁷ reconheceu a Farra do Boi como um folguedo folclórico enraizado culturalmente pela matriz açoriana da população litorânea do Estado de Santa Catarina, mas que a crueldade com a qual tal manifestação lida com os animais é tamanha, que, se fosse admitida, importaria em uma forte vulneração ao meio ambiente, ao ponto de tornar "*inviável a aplicação do art. 225, VII, in fine*, da Lei Maior". Como se vê, trata-se de duas abordagens distintas, mas com resultados idênticos. Sucede que, quando se procura determinar se uma forma de agir é protegida pelos direitos fundamentais, duas respostas são possíveis: ou ela é permitida ou não. O resultado depende da maneira como que se enfrenta a relação entre o suporte fático e a restrição, porquanto a essas duas respostas é possível atribuir-se quatro construções fundamentadoras:

- (1) Suporte fático (+), restrição (+): não permitida.
- (2) Suporte fático (+), restrição (-): permitida.
- (3) Suporte fático (-), restrição (+): não permitida.
- (4) Suporte fático (-), restrição (-): não permitida.²⁸⁸

Observamos que nesse esquema três construções (1), (3) e (4) são equivalentes no resultado, porém, distintas na fundamentação de uma não-permissão. No caso "Farra do Boi" dá-se a impressão que o min. Francisco Rezek adotou, conquanto implicitamente, a construção (4) em sua decisão e o min. Néri da Silveira a construção (1).

Daí a crítica de Tsakyrakis de que a falta de critérios rigorosos, em um modelo de suporte fático amplo, na fixação de limites aos direitos fundamentais é uma manobra que serve, nada mais nada menos, para incluir o sopesamento na equação, ainda que seja desnecessário. Se o intérprete é generoso durante a etapa de especificação do âmbito de proteção, ele assim o faz sabidamente, consciente de que todas as questões normativas cruciais para a resolução do caso concreto poderão ser deferidas à etapa do sopesamento.²⁸⁹ E, de fato, se se emprega uma interpretação restritiva à liberdade manifestação cultural no caso "Farra do Boi", por exemplo, de forma a excluir a "tourada de corda" do seu âmbito de proteção, então, não faz nenhum sentido falar em sopesamento, porquanto inexistente uma colisão de direitos. Esse ponto, em especial, Tsakyrakis considera uma implicação

²⁸⁷ Cf. tópico 3.2.1.2.

²⁸⁸ Essa esquematização é encontrada em Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 308.

²⁸⁹ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), p. 481.

embaraçosa para o método do sopesamento, pois, na verdade, estaria ele criando uma confusão que é, desde o início, desnecessária à solução do problema, apenas para posteriormente remediá-la.²⁹⁰ No entanto, Tsakyrakis reconhece que a motivação por trás da generosidade definicional está em se evitar excluir pretensões de direito desde o começo, de sorte a não se delimitar indevidamente a abrangência das proposições jurídicas a serem examinadas. Não obstante, ao proceder dessa maneira, Tsakyrakis aponta que o sopesamento troca a inclusividade pela superficialidade, porque a definição do conteúdo de um direito fundamental é guiada pela compreensão de sua importância, a qual é a responsável por lhe conferir seu *status* único no ordenamento jurídico. A definição adequada do conteúdo de um direito fundamental pressupõe a análise sensitiva de como a sociedade valora um direito, o que envolve a avaliação da constelação de valores políticos e morais que orbitam esse direito. Esse raciocínio, entretanto, estaria perdido, caso o sopesamento entrasse em jogo fazendo com que proposições insuficientemente refinadas fossem levadas em conta.²⁹¹ Um dos grandes problemas da generosidade definicional, segundo Tsakyrakis, estaria, portanto, na sua incapacidade de capturar a importância dos bens jurídicos que ele coloca nos dois lados da balança, nomeadamente quando se nega em desconsiderar interesses e preferências eivados de ilicitude. Existem tipos de justificação que não são somente menos convincentes ou de menor peso, mas que são incompatíveis com o reconhecimento de um direito, é o caso da justificação estribada em razões ilícitas.

No mesmo sentido, propugna Müller que os âmbitos normativos não são esferas de liberdade, e, assim, não devem ser interpretados desvinculadamente das normas sob a escusa de se cumprir a função corregedora da norma ou simplesmente positiva. Discorda, portanto, daqueles que incluem no âmbito de proteção tudo aquilo que apresenta uma característica que, considerada isoladamente, seja suficiente para a subsunção ao suporte fático, independente de outras características.²⁹² Com efeito, diz que a natureza das coisas a serem apreendidas pela norma deve se cingir a estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, cuja relevância para o âmbito normativo dimane de um processo de interpretação prática, que não importa no englobamento da totalidade absoluta de fatos com correlação temática com o recorte do domínio da vida efetivado pela norma.²⁹³ E, mesmo

²⁹⁰ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), p. 481.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 488.

²⁹² Por exemplo, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 322.

²⁹³ Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2 ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 249.

admitindo a existência de normas cujo âmbito normativo é obscuro, difícil e discutível, entende que elas possam ser mais bem racionalizadas com auxílio dos métodos convencionais de interpretação do que com elementos interpretativos concentrados em ponderações de valores e bens, os quais dificilmente conseguem ultrapassar o estágio da interpretação tautológica.²⁹⁴

O problema, contudo, a meu ver, não está em se reconhecer em um juízo *prima facie* argumentos ilícitos ou qualquer outro argumento dotado de vínculo temático como merecedores da proteção de um direito fundamental, mas em não admiti-los por meio de um juízo qualquer – que não o sopesamento – antes mesmo de considerá-los *in natura* ou no caso concreto. Pois, como já vimos inúmeras vezes, argumentos aparentemente ilícitos podem revelar não ser aquilo que parecem à primeira vista. Desprezá-los significa, portanto, abrir as portas para uma violação velada de direitos fundamentais. A título ilustrativo, vale conferir o caso "Farra do Boi". Se se diz que a liberdade de manifestação cultural e a liberdade de crença não compreendem atos, estados e posições jurídicas que sujeitam animais a tratamentos cruéis, inclusive, tradições folclóricas e religiosas que culminam no sacrifício animal para oferenda a deidades, então, exclui-se a possibilidade de se justificar constitucionalmente qualquer tipo de expressão cultural e religiosa baseada em rituais animais. Por conseguinte, se porventura o STF decidir recorrer à *ratio decidendi* do min. Francisco Rezek no caso "Farra do Boi", que defende exatamente a racionalidade esposada acima, típica de quem adota a teoria do suporte fático restrito, outro resultado não advirá do RE 494601/RS que não seja o seu categórico provimento. A propósito, o recurso extraordinário em questão discute a constitucionalidade da Lei 12.131/04 do Estado do Rio Grande do Sul, que acrescentou à redação do art. 2.º do Código Estadual de Proteção aos Animais parágrafo único com os seguintes dizeres:

Art. 2.º. É vedado:

- I – ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de inexistência;
- II – manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;
- III – obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem a sua força;
- IV – não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo;
- V – exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável;
- VI – enclausurar animais com outros que os molestem ou os aterrorizem;
- VII – sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial de Saúde – OMS nos programas de profilaxia de raiva.

²⁹⁴ Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2 ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 251.

Parágrafo único – Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana.

Nesse sentido, parece-me que atribuir à exceção prescrita por essa regra o vício da inconstitucionalidade sob o argumento de que às liberdades cultural e religiosa não aproveitam práticas cruciantes contra os animais, é uma justificação constitucional um tanto quanto deficiente. Um juízo desse tipo foge à análise de suas consequências para outros direitos fundamentais, uma vez que se concentra somente nos aspectos do direito que lhe interessa, no caso, o meio ambiente. Ao agir assim, o intérprete acaba mascarando restrições a direitos fundamentais sob um discurso jurídico de fundamentação parca, que não traz grandes desafios argumentativos, a não ser um mero raciocínio silogístico que funciona como um agente facilitador. Isso porque não cuida de justificar por que outros direitos fundamentais não são lesados, pelo contrário, prefere simplesmente ignorá-los. Estamos falando, por exemplo, em proibir práticas e rituais seculares da memória afro-brasileira, os quais vêm norteando manifestações culturais e religiosas, como o Candomblé, a Umbanda e a Quimbanda, desde os primórdios de nosso povo. Experimentar um suporte fático restrito nesse caso, semelhante ao utilizado no caso "Farra do Boi", significa apagar uma importante parte da História do Brasil sem ao menos considerá-la. Quero dizer com isso que o problema argumentativo não está no fato da proibição em si de práticas cruéis contra animais no seio de religiões de matriz africana, mas no fato de não se cogitar as sérias interferências que um juízo restritivo desse tipo implicaria para outros direitos fundamentais, como a liberdade de manifestação cultural e de religião.

3.3.1.1 *A inevitabilidade do sopesamento*

Como se vê, a questão das cláusulas restritivas tem correspondência direta com a questão da amplitude do escopo dos direitos fundamentais. Mesmo assim, há aqueles que persistem, como Jakab, em defender um suporte fático restrito, por entender que a interpretação e aplicação do direito livre do sopesamento é mais segura e objetiva. Com efeito, afirma que uma vez definidos os limites imanentes entre dois princípios, não porque o sopesamento prefere um ao outro, mas porque, interpretados como regras, o caso se enquadra no suporte fático de apenas um deles, não resta qualquer dúvida ou discricionariedade para se discutir se o caso pertence ao âmbito de proteção de um ou de outro direito.²⁹⁵ Nesse contexto,

²⁹⁵ Andrés Jakab, "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 149.

entende que tratar normas de direitos fundamentais como princípios que garantem direitos e deveres *prima facie* é atitude equivocada. Não faz nada mais além de misturar o conceito de restrição com o conceito de violação de direitos fundamentais. Ao tratar qualquer tipo de intervenção estatal como uma violação *prima facie*, para só depois, havendo razões constitucionais suficientes para justificá-la, tratá-la como uma restrição, cria-se uma confusão onde não existe. O único tipo de proibição que existe, é a de violação a direitos fundamentais. Logo, a interpretação jurídica deveria se ater a identificar apenas dois resultados, a violação ou a não-violação de direitos fundamentais, sem se preocupar com estágios intermediários voltados ao reconhecimento da presença ou ausência de restrições (ou cláusulas restritivas).²⁹⁶

O fato é que a definição restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é apenas aparentemente livre do sopesamento. O resultado de uma interpretação restritiva de um direito fundamental está sempre baseada em um sopesamento, pois se apoia em razões a favor e contra a proteção.²⁹⁷ Para continuar com o nosso exemplo, no caso "Farra do Boi" o min. Francisco Rezek valeu-se de argumentos morais que execram atitudes violentas e cruéis em face dos animais para, afinal, dizer que o caso não tinha qualquer vínculo com a liberdade de manifestação cultural. A definição ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais pelo menos torna a explícita a colisão, criando um ônus argumentativo que deve obrigatoriamente ser debelado por meio do sopesamento. Não o faz de forma velada, o que certamente prejudica a controlabilidade da argumentação jurídica.

Por conseguinte, o fato da definição restritiva apoiar-se em sopesamentos ocultos cria uma confusão entre as noções de conteúdo dos direitos e restrição de direitos. Lembre-se anteriormente sobre o que falei sobre a diferença entre os conceitos de conformação e restrição.²⁹⁸ O conteúdo do direito deve ter a sua definição pautada pela interpretação mais ampla possível do texto constitucional. Ao passo que, a consideração de colisões entre direitos fundamentais só deve ganhar espaço em fase ulterior, especificamente voltada à análise da proporcionalidade das supostas restrições a direitos fundamentais.²⁹⁹ A interpretação pertence ao campo da justificação externa,³⁰⁰ e, como tal, não visa um resultado prático (a aplicação ou não da norma), mas a uma interpretação correta. O resultado da interpretação é uma afirmação e, como toda afirmação, possui também uma pretensão de correção, a qual vem a ser

²⁹⁶ András Jakab, "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 150.

²⁹⁷ Cf., Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), pp. 700.

²⁹⁸ Cf., tópico 3.3.

²⁹⁹ Cf., Matthias Klatt and Moritz Meister, *op. cit.*, p. 701.

³⁰⁰ Essa afirmação será mais bem elaborada no capítulo seguinte.

demonstrada quando os fundamentos a seu favor vigoram sobre aqueles que a contrapõem. Assim, a interpretação compõe-se da escolha, dentre várias alternativas possíveis, daquela que revela os melhores argumentos. A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida em virtude de argumentos deve ser distinguida do processo real da obtenção do resultado, que, no caso dos direitos fundamentais, é geralmente alcançado por meio do sopesamento.³⁰¹

Portanto, temos que, ao contrário do que aduz Jakab, são as definições de conteúdo que se orientam pelo modelo de suporte fático restrito que levam à insegurança jurídica. Na medida em que definições restritas usualmente escoram-se em sopesamentos velados, o âmbito de proteção dos direitos torna-se imprevisível. Já no suporte fático amplo há previsibilidade em razão da proteção *prima facie* conferida pelos direitos fundamentais, que basicamente inclui tudo que tenha a ver com o âmbito temático do direito em questão.³⁰²

Por derradeiro, há uma diminuição do dever do Estado em justificar restrições a direitos fundamentais quando se adota uma postura, como a do suporte fático restrito, que fingi não sopesar. Essa postura permite que autoridades neguem proteção ao indivíduo ou à coletividade com suporte no argumento de que o conteúdo de um direito não protege a conduta ou comportamento em questão, simplesmente tratando restrições a direitos fundamentais como uma conformação de seu escopo normativo. Pelo contrário, amplas proteções *prima facie* opõem ao Estado o dever de apresentar razões que justifiquem a negativa de proteção diante de possíveis violações a direitos fundamentais.³⁰³

³⁰¹ Cf., sobre essa diferenciação entre interpretação e aplicação do direito, Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 63-66 e 69.

³⁰² Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 97-100.

³⁰³ Cf., Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), pp. 701-702.

A JUSTIFICAÇÃO NORMATIVO-DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A construção dos direitos fundamentais: 4.1.1 Contingentes ou necessárias: conexões na teoria dos princípios: 4.1.1.1 A primeira tese da necessidade. 4.1.2 Contingência e positividade: a segunda tese da necessidade: 4.1.2.1 A fundamentação discursiva dos direitos fundamentais a partir dos direitos humanos. 4.1.3 A natureza dúplice dos direitos fundamentais: 4.1.3.1 A junção do nível dos princípios com o nível das regras.

4.1 A construção dos direitos fundamentais

Os elementos-chave e questões terminológicas trabalhados no capítulo anterior não foram aqui expostos aleatoriamente, sem propósito, como meros aspectos contingentes da teoria dos princípios e da proporcionalidade, mas, sim, em virtude de uma exigência estrutural da dogmática da qual ambas fazem parte. Entre a proporcionalidade e as cláusulas restritivas de direitos fundamentais existe uma conexão intrínseca, que decorre, como já visto, da tese da otimização. A proporcionalidade, entre outras coisas, costuma requerer o sopesamento entre o direito que experimenta a restrição e os interesses ou direitos contrapostos que dão ensejo à cláusula restritiva. Isso significa, dentro do modelo construído por Alexy, que, onde há um direito sendo sopesado contra outros direitos ou interesses, a justificação de uma cláusula restritiva está em jogo. No entanto, cabe registrar, repetindo o que já foi dito anteriormente, que a determinação do âmbito de proteção de um direito não importa em sopesá-lo contra outros direitos opostos, mas interpretá-lo em sua máxima extensão temática, delineando a sua proteção *prima facie*. Para tanto, em geral, merece atenção a filologia dos termos empregados pelo enunciado jurídico interpretado, a intenção do legislador e o propósito sistemático do dispositivo.³⁰⁴

³⁰⁴ É comum que esses critérios interpretativos contradigam-se, contudo, neste caso, deve se levar em consideração o peso de cada um na conjuntura das circunstâncias do caso concreto. Naturalmente essa espécie de sopesamento não se confunde com o sopesamento de direitos, trata-se de uma vertente metodológica totalmente distinta, que, aqui, não convém elucidar, mas que segue uma lógica própria. Sobre isso cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), p. 204, nota 30; Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 70-75.

Esses aspectos das cláusulas restritivas retomam de certa maneira a discussão entre a teoria interna e a teoria externa, que tem como paralelo a discussão entre direitos absolutos e direitos relativos (ou restringíveis). Essa regressão tem sua importância no modo como as restrições comportam-se em ambos os modelos de direito. Direitos absolutos, como o próprio nome indica, não são suscetíveis a intervenções, de sorte que qualquer restrição no seu âmbito de proteção é considerada, necessariamente, uma violação (restrição inválida). Os direitos relativos, por seu turno, também gozam de um suporte fático definido, mas esta definição se dá em caráter *prima facie* estendendo-se por um amplo espectro fático-jurídico, que, por isso, está sujeito a restrições adicionais. Desse modo, como explicado, se uma intervenção é constitucionalmente justificada, então, ela consubstancia uma restrição válida, não devendo ser tratada, em razão disso, como uma violação ao direito em consideração. Uma vez esclarecida a relação entre suporte fático, restrição e direito definitivo, pode-se voltar à análise das cláusulas restritivas, as quais estão embutidas na estrutura gerada pelo modelo de direitos relativos.³⁰⁵ Assim sendo, cláusulas restritivas retratam a suscetibilidade de direitos a sofrer restrições e a exibir critérios restritivos. Um exemplo de direito que exibe critérios formais para sua restrição é a inviolabilidade domiciliar, que preceitua as situações de flagrante delito, desastre ou a necessidade de se prestar socorro como casos que excepcionam a norma geral que proíbe a entrada na casa sem o assentimento do morador (CF, art. 5.º, inciso XI). De outro lado, entretanto, existem disposições de direitos fundamentais que não estabelecem quaisquer critérios formais, ou mesmo naqueles que os estabelecem é impossível contemplar todas as possíveis e imagináveis exceções, parece-me que é aí que entra o sopesamento como um critério substancial para a justificação das cláusulas restritivas (implícitas). Sem embargo, dependendo do caso concreto, sempre há a possibilidade de se questionar as circunstâncias factuais e jurídicas que geraram a introdução de uma cláusula restritiva em um direito fundamental, ainda que se trate de cláusula restritiva cujas circunstâncias justificantes encontrem-se expressas na Constituição. O que importa é saber se a correlação entre direitos fundamentais e sopesamento fragiliza ou não a proteção que as normas constitucionais asseguram aos indivíduos e a sociedade.

³⁰⁵ Nesse sentido, cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 204-205.

4.1.1 Contingentes ou necessárias: conexões na teoria dos princípios

Venho explicando ao longo deste trabalho como regras e princípios consubstanciam razões na argumentação jurídica dos direitos fundamentais e a forma pela qual ambas espécies normativas influenciam na racionalidade jurídica do discurso que serve de substrato para o processo hermenêutico de tomada de decisão. Saber como tais normas funcionam na interpretação e aplicação do direito é objeto de grande controvérsia jurídica, cujas proposições teóricas são motivo de constantes debates. Não é diferente com a tese da otimização e a sua faceta mais abrangente, que comporta também a regra da proporcionalidade, chamada de teoria dos princípios. A tese da otimização e sua conexão com a regra da proporcionalidade formam, portanto, a teoria dos princípios, enquanto a teoria dos princípios e a sua conexão com a teoria dos direitos fundamentais formam uma dogmática dos direitos fundamentais, epistemologicamente falando. Por isso mesmo, muito se tem discutido sobre a natureza dessas conexões, se contingentes ou necessárias (lógicas), pois a qualificação delas é fator essencial para a conformação de uma dogmática jurídica dos direitos fundamentais.

Por razões metodológicas, que se farão óbvias mais à frente, cuidarei primeiro das falhas argumentativo-teóricas imputadas à tese da otimização e a proporcionalidade (em sentido estrito), e, só depois, cuidarei daquelas imputadas à teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais. Em ambas as ocasiões terei, por enfoque central, a aptidão do sopesamento em converter-se em uma ferramenta universal da argumentação jurídica dos direitos fundamentais.

4.1.1.1 A primeira tese da necessidade

Retomo, aqui, parte das inconsistências teóricas cultivadas no segundo capítulo, que, por carecerem de um desenvolvimento argumentativo mais apurado, que escapou a análises anteriores, receberão, nesta oportunidade, o devido cuidado. Referem-se elas à conexão entre a tese da otimização e a proporcionalidade. Começo pela incredulidade de Kai Möller para com a tese da otimização, visto que ele se recusa veementemente em aceitar a maneira como Alexy define a estrutura dos princípios. Com efeito, diz que Alexy está enganado ao declarar que a natureza dos princípios se resume a normas que ditam a realização de algo na maior medida possível dentro das condições jurídicas e fáticas impostas pelo caso, porquanto isso implicaria em uma conexão lógica, ou necessária, com o sopesamento, o que, segundo Möller, é absolutamente inaceitável. Tal inaceitabilidade justificar-se-ia pelo fato de Alexy ter supostamente deixado uma lacuna na tese da otimização ao esquecer-se de explicar um

importante entressa na transição entre a análise da "maior medida possível" e a exigência lógica do sopesamento, dando a impressão de que "a maior medida possível" só pode significar uma coisa, "a medida correta".³⁰⁶ Em uma colisão entre direito à intimidade e liberdade de imprensa, por exemplo, se sabemos como solucioná-la corretamente, então, presume-se que a solução irá realizar ambos os princípios "na maior medida possível". Inversamente, se a colisão entre direito à intimidade e liberdade de imprensa é solucionada de modo moralmente ou juridicamente incorreto, tem-se que ambos os princípios foram realizados aquém do possível. Se isso é verdade, como quer Möller, em vez de construirmos argumentos baseados no sopesamento entre princípios, deveríamos elaborar argumentos morais a respeito de qual princípio deve ter prioridade, de tal forma que o resultado desses argumentos determinasse, então, o que é juridicamente e factualmente possível.

Para Ralf Poscher, como já parcialmente observamos,³⁰⁷ a análise de como o sistema lida com conflitos normativos demonstra que regras e princípios são, na verdade, estruturados de forma idêntica, pois somente diferem com relação à contingência de seus conteúdos. O sistema jurídico, desta feita, reage ao conflito entre normas com regras voltadas especificamente à solução desses conflitos, as quais, dependendo da complexidade do caso, apenas variam no que tange a seus conteúdos. Essas regras podem levar tanto à invalidação de uma das normas conflitantes, quanto à incorporação de uma cláusula de exceção em uma ou ambas as normas, evitando, assim, o conflito entre elas. Por conseguinte, a otimização por intermédio do sopesamento seria meramente um dos possíveis conteúdos que uma cláusula de exceção poderia contemplar, de tal sorte que a otimização pelo sopesamento diferenciar-se-ia de outras cláusulas de exceção, da mesma maneira como outras cláusulas de exceção diferenciar-se-iam umas das outras em decorrência de seus conteúdos. Assim é que o diferente conteúdo das cláusulas de exceção deixa a estrutura das normas intocada, do mesmo modo como a regra da *lex posterior* não traduz um tipo estrutural diferente de norma.³⁰⁸ Além desse argumento, o mesmo acolhido por Andrés Jakab,³⁰⁹ que Alexy chama de "argumento da identidade", há o "argumento da não-existência". Segundo este argumento, o tipo de entidade

³⁰⁶ Kai Möller, "Balancing and the structure of constitutional rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 459.

³⁰⁷ Cf. tópico 2.2.1.

³⁰⁸ Ralf Poscher, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 230; do mesmo autor, "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 433.

³⁰⁹ Cf. Andrés Jakab, "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 145-153.

defendida pela teoria dos princípios, isto é, princípios que não tem a estrutura de regras, não existem.³¹⁰ Poscher acredita nisso, e, para tanto, chega a pôr em dúvida o refinamento feito por Alexy para responder aquele primeiro argumento (da não-existência), consistente na distinção entre "mandamentos para otimizar" e "mandamentos a serem otimizados". Alega, nesse sentido, que o conceito de dever-ser *ideal* ou dever-ser *prima facie*, veiculador dos mandamentos a serem otimizados, que constituem os objetos de um sopesamento, são supérfluos, pois, em tese, qualquer coisa pode ser otimizada, desde uma doença até coisas como o tempo, temperatura, altura, comprimento, pressão dos pneus, etc. Desse modo, a definição de princípios como deveres-ser ideais, ou como normas que asseguram direitos e deveres *prima facie*, não existem, pois o caráter normativo do "objeto do sopesamento" depende apenas daquilo que é otimizado. A normatividade dos mandamentos a serem otimizados é, portanto, algo contingente e não necessário.³¹¹

Note-se que a visão escudada por Möller e Poscher contradiz aquilo que é considerada uma conexão intrínseca dentro da teoria dos princípios para Borowski,³¹² a tese de que existe uma equivalência necessária entre a tese da otimização e a regra da proporcionalidade. Essa equivalência deriva logicamente das três subregras da proporcionalidade, as já conhecidas subregras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as quais conferem expressão metodológica à natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Na medida em que a adequação e a necessidade dão expressão àquilo que é factualmente possível, a proporcionalidade em sentido estrito dá expressão àquilo que é juridicamente possível, uma conexão tão necessária para a coerência da teoria dos princípios que Alexy a chamou de "primeira tese da necessidade".³¹³ No entanto, como se viu, os mencionados autores contestam a existência dessa conexão necessária entre a tese da otimização e a regra da proporcionalidade, dizendo que, na realidade, tal conexão é contingente, por tratar-se de uma questão de conteúdo normativo e não de estrutura normativa. Vejamos, portanto, qual dessas duas conflitantes visões possui maior coerência teórica e, ao mesmo tempo, contribui para a racionalidade do discurso jurídico.

³¹⁰ Robert Alexy, "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 344.

³¹¹ Cf. Ralf Poscher, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 233-235; do mesmo autor, "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), pp. 436-438.

³¹² Cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1:2 (2007), pp. 203-204.

³¹³ Cf., a respeito, Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), pp. 2-5. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

Quando Möller afirma que a equivalência entre a natureza dos princípios, como mandamentos de otimização, e a regra da proporcionalidade provém de uma percepção equivocada, pois a expressão "na maior medida possível" não corresponde metodologicamente à exigência do sopesamento, mas à ideia de correção, o que se está criticando é justamente a primeira tese da necessidade. Tanto é assim, que Möller cunha a noção de "otimização devidamente compreendida", quer com isso dizer que o princípio não deve ser otimizado "na maior medida possível", mas, sim, na "medida correta". Resultado este, segundo ele, que independe do sopesamento, visto que só pode ser alcançado por meio do desenvolvimento de argumentos morais. Em outros termos, entende que os conceitos de correção e moralidade são contrapostos ao processo de sopesamento. A despeito dessa afirmação, tenho sustentado ao longo deste trabalho que o tanto o conceito de moralidade como o conceito de correção exigem que qualquer interferência em um direito fundamental, especialmente aquelas que resultam em cláusulas restritivas, sejam justificadas constitucionalmente, inclusive, por meio do sopesamento. No tocante ao sopesamento, uma questão decisiva é saber se o ônus argumentativo decorrente de uma cláusula restritiva correta, inserida em um direito, depende da verificação da intensidade de interferência (I_i) com que essa cláusula prejudica a realização desse direito (P_i) e da importância que ela produz para a satisfação (I_j) de outro direito, colidente com aquele (P_j), diante de uma situação hipotética em que não haja qualquer tipo de interferência em face do primeiro direito. Eu entendo que sim. E isso ficará demonstrado pela capacidade analítica da "Fórmula de Peso" em absorver argumentos morais. Nesse sentido, apresentarei a fórmula de peso não como uma alternativa a argumentos morais, mas como uma estrutura que admite que discursos sejam construídos tanto com base em argumentos jurídicos quanto com base em argumentos morais.

Ainda uma segunda objeção contra a primeira tese da necessidade, é aquela traduzida nos argumentos da identidade e da não-existência articulados por Poscher. De fato o sopesamento é capaz de construir argumentos lastreados em otimizações de objetos não-normativos, porém, uma tal construção dentro do domínio da hermenêutica constitucional teria consequências devastadoras, que, contudo, passam ao largo da crítica de Poscher. Seu argumento é incapaz de explicar colisões de direitos fundamentais como a que acontece, por exemplo, no caso do Referendo na Medida Cautelar na ADI 4.451/DF, que discutia a constitucionalidade do art. 45, inciso II, da Lei 9.504/97 e, por arrastamento, os §§ 4.º e 5.º do

mesmo dispositivo legal, incluídos pela Lei 12.034/09.³¹⁴ Ao considerar a medida cautelar, a qual, aliás, conferiu liminarmente (§ 3.º do art. 10 da Lei 9.868/99), o min. Ayres Britto considerou que as referidas normas infraconstitucionais impunham uma restrição ilícita à liberdade de imprensa, ao proibir, durante o período eleitoral, o uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de alguma forma, degradasse ou ridicularizasse candidato, partido ou coligação, por parte de programas jornalísticos que tivessem também um cunho humorístico. No caso entendeu haver uma colisão entre o dever da imparcialidade ou equidistância que os veículos midiáticos de rádio e televisão, por constituírem serviços públicos (espectro de radiofrequências), devem manter em relação aos candidatos e a liberdade de imprensa. Asseverando que, somente "*se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto*".³¹⁵ Vê-se, portanto, que o min. Ayres Britto se socorreu, de uma maneira ou de outra, do sopesamento como instrumento metodológico para a formação de seu juízo de convencimento, por meio do qual, claramente, chegou à sua regra de precedência condicionada, consignada no trecho transcrito acima.

Nada obstante, o argumento de Poscher torna-o incapaz de absorver a colisão entre liberdade de imprensa e dever de imparcialidade ou equidistância eleitoral como uma colisão de normas ou direitos. Do seu ponto de vista, a argumentação do min. Ayres Britto reduzir-se-ia a mera questão de se dar prioridade a um ou outro objeto de preferência. Essa atitude, contudo, demonstra uma visível inaptidão em se raciocinar sobre a normatividade dos direitos fundamentais. Enquanto a liberdade de imprensa permite *prima facie* o uso de qualquer tipo de recurso de vídeo satírico, sarcástico, irônico ou irreverente na transmissão radiotelevisiva de matérias jornalísticas sobre as eleições, o dever de impessoalidade ou de equidistância requer *prima facie* que tais recursos sejam proibidos. Todavia, permissões *prima facie*, assim como proibições *prima facie*, são somente deriváveis de normas. Nesse contexto, os objetos não-normativos concebidos por Poscher e que ele supõe possam sujeitar-se a juízos de preferência da mesma maneira como os princípios, definitivamente não são normas. Por outro lado, o conceito de um dever-ser ideal ou um dever *prima facie* torna possível a distinção entre o direito em si, sem restrições, e aquilo que resta após a justificação de uma restrição em seu suporte fático, isto é, o direito com suas restrições. Essa distinção, conforme pudemos observar acima, tem implicações proeminentes sobre o debate em torno da construção dos

³¹⁴ ADI 4.451 MC-REF/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 24/08/2012.

³¹⁵ ADI 4.451 MC-REF/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 24/08/2012.

direitos fundamentais, não podendo, por isso, ser ignorada. Por essa razão, não é somente possível supor a existência de princípios, mas é, de fato, necessária.³¹⁶

Para complementar suas críticas, Poscher equipara as regras aos princípios, dizendo que ambos têm estrutura normativa idêntica (argumento da identidade). No entanto, seu argumento parte de uma premissa equivocada, a de que a subsunção na teoria dos princípios se resume a um método de aplicação de regras, que funciona isoladamente e sem a necessidade de que outros argumentos ou interpretações sejam desenvolvidos.³¹⁷ Ele está enganado, a teoria dos princípios compreende um modelo altamente complexo de subsunção que essencialmente se conecta com as argumentações e interpretações levadas a efeito pelos outros dois métodos de aplicação do direito, o sopesamento e a analogia ou comparação entre casos.³¹⁸ Nesse contexto, está ele enganado também em dizer que a lei do sopesamento é a "fórmula universal para todo discurso prático",³¹⁹ pois, como eu havia dito, o sopesamento *atua em sinergia* com os outros dois métodos de aplicação do direito, no caso, a analogia e a subsunção. Logo, em um sistema em que as três formas básicas têm lugar, o sopesamento desempenha um papel essencial. O que não se confunde com um papel de protagonista, que exija a sua predominância em todos os aspectos do discurso prático.³²⁰

4.1.2 Contingência e positividade: a segunda tese da necessidade

Muito mais complicada é a questão relacionada à conexão entre a teoria dos princípios, incluindo a proporcionalidade, e os direitos fundamentais. A tese de que existe uma conexão necessária entre a teoria dos princípios ou a análise de proporcionalidade, sobretudo o raciocínio do sopesamento, de um lado, e os direitos fundamentais, de outro, é chamada por Alexy de "segunda tese da necessidade". A distinção entre a primeira e a segunda tese da necessidade justifica-se na medida em que uma conexão necessária entre a tese da otimização e o teste de proporcionalidade no nível normativo-teorético não implica, paralelamente, uma conexão necessária entre a proporcionalidade ou a teoria dos princípios e

³¹⁶ Cf., nesse sentido, Robert Alexy, "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 344-345.

³¹⁷ Ralf Poscher, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 236.

³¹⁸ Cf., a respeito, Robert Alexy, "Two or Three?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 9-18.

³¹⁹ Ralf Poscher, *op. cit.*, p. 239.

³²⁰ Cf., nesse sentido, Robert Alexy, "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 345.

os direitos fundamentais no nível da interpretação constitucional.³²¹ Por consequência, a segunda tese da necessidade requer uma fundamentação própria e autônoma, a qual, entretanto, é muito mais combatida do que a primeira, mormente por tocar em aspectos delicados da positividade do direito.

O principal argumento a favor da contingencialidade dessa conexão está na tentativa de Matthias Jestaedt em desmerecer o sopesamento como parte integrante de uma "teoria universal dos direitos fundamentais". Segundo ele, a dogmática de Alexy dá origem a uma verdadeira "doutrina do sopesamento", cuja intenção é a de representar uma teoria universal dos direitos fundamentais, uma ambição que, para Jestaedt, vai muito longe, por estar irremediavelmente fora de base. A solução, então, seria reduzi-la (a doutrina do sopesamento) para o *status* de uma teoria analítica direcionada a temas específicos da estrutura de direitos fundamentais que eventualmente entrem em colisão. Transformar-se-ia, assim, em uma teoria da derivação jurídica mais sofisticada em comparação a sua condição atual que fornece uma alternativa complexa, insuficientemente teorizada, entre subsunção ou sopesamento. Daí a sua pretensão em neutralizar o sopesamento como forma universal de aplicação dos direitos fundamentais, sob o argumento de que a teoria dos princípios não dispõe de meios suficientes para estruturalmente identificar uma norma como regra ou princípio, já que ela não diz nada sobre *se* ou *quando* alguém está diante de uma colisão de princípios ou um conflito de regras. O que ela faz é somente dizer como colisões de princípios devem ser resolvidas, mas não fornece uma resposta aceitável à questão sobre se se está na presença de princípios colidentes em primeiro lugar, ou quando isso ocorre.³²² Nesse sentido, Jestaedt argui que a definição de direitos fundamentais como princípios em razão de sua natureza ou caráter distinto não é uma manobra adequada a uma proposição dogmática/doutrinária, a não ser que tal natureza ou caráter distinto decorra diretamente do direito positivo, ou seja, de uma decisão do legislador constitucional. Por sua vez, essa decisão legislativa tem que ser provada. Jestaedt afirma isso porque entende que questões relacionadas à como os valores morais e as leis devem ser aplicadas no nível do direito positivo devem ser exclusivamente respondidas com referência ao direito positivo. Ideais morais podem adquirir o *status* de máximas jurídicas válidas e, assim, podem ter a sua realização traduzida em uma questão de dever jurídico positivo, desde que seja possível se apontar uma decisão jurídica no sentido de incorporá-los, *i. e.*, uma

³²¹ Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), pp. 5-6. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

³²² Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 159-160.

decisão legislativa por parte do órgão legiferante determinado pelo direito positivo como competente para esse fim.³²³ Resumindo, a caracterização dos direitos fundamentais como princípios é uma possibilidade jurídica, mas uma possibilidade contingente que depende de uma decisão legislativa devidamente autorizada pelo direito positivo. Por conta disso, adverte: "*aplicado na dosagem errada e no contexto errado, i. e. universalmente e abrangentemente, o mal causado pelo produto 'doutrina do sopesamento' é significativamente maior do que o bem que é capaz de alcançar*".³²⁴

Por essa razão, Poscher objeta a conexão entre a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais, pois aquela se encontraria em um nível de abstração diferente desta. A teoria dos princípios pertenceria ao âmbito da teoria geral da adjudicação, ou da metodologia jurídica, e não ao nível de uma doutrina concreto-positiva de direitos. Assim como a subsunção e a analogia não engendram uma teoria doutrinária sobre, por exemplo, o instituto da responsabilidade civil, a ideia da argumentação baseada em princípios a partir do sopesamento igualmente não produz uma teoria dos direitos fundamentais, o que somente poderia ocorrer, eventualmente, por força do direito positivo.³²⁵

4.1.2.1 A fundamentação discursiva dos direitos fundamentais a partir dos direitos humanos

Em oportunidade anterior, empreguei um *conceito formal* de direitos fundamentais em razão de sua utilidade e clareza, características que o tornam quase imune a dúvidas.³²⁶ De acordo com esse conceito são direitos fundamentais aqueles definidos pela constituição como tais, ou aqueles direitos em favor dos quais a constituição contempla uma proteção especial. Embora útil em certas ocasiões, é certo que ele se revela insuficiente em outras, quando uma compreensão aprofundada da natureza dos direitos fundamentais é demandada. Nesse contexto, a positividade do ordenamento jurídico descortina apenas um aspecto dos direitos fundamentais, nomeadamente o seu aspecto real ou factual. No entanto, se adotamos um *conceito substancial* de direitos fundamentais, que serve, entre outras coisas, para revisar resultados advindos da aplicação do conceito formal, temos um conceito que inclui critérios que vão além daquilo que é mencionado, listado, ou garantido por uma constituição.

³²³ Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 161.

³²⁴ *Ibidem*, p. 172.

³²⁵ Cf. Ralf Poscher, "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 432. Críticas semelhantes podem ser encontradas no tópico 2.2.2.

³²⁶ Cf. tópico 2.2.3.

Um tipo comum de conceituação substancial é aquela que define direitos fundamentais como direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Com efeito, direitos humanos e direitos fundamentais, segundo essa diretriz conceitual, seriam, por extensão, equivalentes.³²⁷ Porém, similarmente ao conceito formal, o conceito substancial tem seus problemas, ele é tanto exageradamente como pouco inclusivista. Explico. Constituições podem conter direitos que não são classificados como direitos humanos, assim como pode haver direitos humanos que não encontraram entrada no *corpus juris* constitucional. Diante disso, surge um terceiro conceito, denominado *procedimental*. Esse conceito espelha os problemas institucionais que rodeiam a transformação dos direitos fundamentais em direito positivo. A incorporação de direitos humanos por uma constituição e o subsequente *status* hierárquico protetivo superior que eles recebem dentro da ordem constitucional é o que dá ensejo ao exercício do controle de constitucionalidade por parte das cortes em relação a todas as demais autoridades, inclusive, o parlamento. Nesse particular, os direitos fundamentais seriam a expressão de uma descrença no processo democrático, que pode estar sujeito a falhas. Em outras palavras, os direitos fundamentais acabam servindo tanto de base como de limite para a democracia. Do ponto de vista procedimental, portanto, direitos fundamentais corresponderiam a direitos que são tão importantes que uma decisão para protegê-los não pode ser deixada à mercê de casuísticas maiorias parlamentares.³²⁸

O conceito que proponho aqui não vê esses três conceitos de forma segmentada, mas de forma entrelaçada, uma vez que a compreensão do caráter duplo das normas de direitos fundamentais passa, necessariamente, por esses conceitos, cujas fundações jusfilosóficas se comunicam entre si. Por essa razão, direitos fundamentais podem ser definidos como direitos que foram consignados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo. Trata-se, em outros termos, de uma intenção em positivizar os direitos humanos, a qual é, à época da promulgação da constituição, normalmente compartilhada pelos constituintes, que buscam, com isso, estabelecer um catálogo de direitos constitucionais fundamentais. Ou seja, consiste em uma intenção objetiva.³²⁹ Sistemáticamente, temos que se direitos humanos não podem ser substanciados, direitos fundamentais também não podem. Isso faz com que a questão da fundação jusfilosófica dos direitos fundamentais torne, em parte, uma questão atrelada à fundação dos direitos humanos. Para a análise desse

³²⁷ Robert Alexy, "Discourse Theory and Fundamental Rights". In: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 36-37.

³²⁸ *Ibidem*, p. 38.

³²⁹ *Idem*, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 7. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

atrelamento, contudo, requer-se a adoção de uma ideia geral do que sejam direitos humanos. É óbvio que há controvérsias, porém não cabe aqui retratá-las, o que fugiria aos propósitos deste trabalho, razão pela qual adotarei a definição veiculada por Alexy. De acordo com ela, direitos humanos são (i) universais, (ii) fundamentais, (iii) abstratos, (iv) direitos morais e (v) estabelecidos com prioridade em relação a todos os outros direitos.³³⁰ Apenas duas dessas características interessam a minha exposição, quais sejam, o caráter abstrato e moral dos direitos humanos.

Direitos existem somente se são válidos, todavia, a validade dos direitos humanos como direitos morais depende da justificação destes e da justificação destes apenas. Nesse intuito, a teoria do discurso jurídico, na qual o sopesamento apresenta-se inserto, está centrada no conceito de racionalidade, sendo através deste conceito que ela confere validade jurídica aos direitos humanos *qua* direitos morais. Alexy chama essa abordagem discursivo-teorética de "explicativa", pois ela tenta fundamentar os direitos humanos tornando explícito o que é necessariamente implícito na prática humana. Para tanto, a referida abordagem discursivo-teorética desenvolve um argumento em três passos ou níveis. Em um primeiro nível, ele tenta demonstrar que a prática de afirmar, indagar, e argumentar pressupõem regras de discurso que expressam as ideias de liberdade e igualdade como inerentes à racionalidade. Sem embargo, essa pressuposição não é suficiente para justificar os direitos humanos. Daí a importância do segundo passo, que concerne à necessidade de práticas discursivas. Seres humanos são "criaturas discursivas" e, como tais, têm dificuldade em não participar de qualquer tipo de alteração discursiva, pois se trata de uma prática imanente a vida humana em sociedade.³³¹

³³⁰ Robert Alexy, "Discourse Theory and Fundamental Rights". In: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, p. 39.

³³¹ Em sentido contrário, cf. Massimo La Torre, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 92-93. Para ele, a estratégia em três níveis de Alexy – que se move de (1) uma pretensão de correção para (2) uma pretensão de justificação, e, afinal, descamba em uma (3) pretensão de justiça – é falha, porquanto os discursos não confluem para a totalidade da experiência humana (seres humanos infelizmente não são seres absolutamente discursivos). No mesmo sentido, cf. Eugenio Bulygin, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris* 13:2 (2000), pp. 133-137. Neste ensaio, Bulygin critica mais exatamente a suposição pragmática de Alexy da existência de uma pretensão de correção incorporada no discurso jurídico, razão pela qual contesta a existência de uma conexão necessária entre o direito e a moralidade.

A despeito da grande relevância dessa controvérsia para a teoria do discurso jurídica e a fundação dos direitos fundamentais, não cabe aqui explorá-la, o que fugiria aos propósitos da presente discussão, a qual visa apenas o estudo do fenômeno da posituação dos direitos fundamentais e não a fenomenologia jurídica como um todo. Contudo, para um posicionamento que se sintoniza com as premissas deste trabalho e, ao mesmo tempo, enfrenta os argumentos suscitados acima, cf. Robert Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris* 13:2 (2000), pp. 138-147.

Por isso, na maioria das vezes, o ser humano tende a não se reprimir discursivamente, tentando exprimir as suas posições de forma racional, objetiva e verdadeira.³³²

Derradeiramente, o terceiro passo refere-se à transição do discurso para a ação. Para que essa transição ocorra, contudo, é preciso a observância de algumas premissas. A primeira consiste no "argumento da autonomia". Ele diz que, independente de quem quer seja, aquele que toma parte em um discurso com seriedade, pressupõe a autonomia de seus interlocutores.³³³ A segunda premissa faz menção ao "argumento do consenso", segundo o qual a igualdade dos direitos humanos é um resultado necessário a um discurso ideal. Enquanto a terceira premissa reúne as ideias de discurso, democracia e direitos humanos, que expressa o caráter holístico da justificação discursivo-teorética dos direitos humanos, decorrente da construção de um sistema que representa a natureza discursiva dos seres humanos como um todo.³³⁴ Portanto, nessas três premissas explicativas da moralidade dos direitos humanos fica claro que eles como direitos morais pertencem à dimensão ideal do direito.

Já o caráter abstrato dos direitos humanos, visível pelo fato deles se referirem, sem maiores detalhes, a objetos complexos como liberdade, igualdade, vida e propriedade, faz com que eles estejam inevitavelmente sujeitos a colisões. Logo, os direitos humanos necessitam do sopesamento, o que cria uma conexão necessária entre o sopesamento ou a proporcionalidade e os direitos fundamentais, na medida em que os direitos humanos são positivados.

4.1.3 A natureza dúplice dos direitos fundamentais

As investidas de Jestaedt e Poscher contra a segunda tese da necessidade dimanam da falta de compreensão da natureza dúplice dos direitos fundamentais. O caráter ideal dos direitos humanos não desaparece uma vez que eles foram incorporados ao direito positivo. Vale dizer, os direitos humanos conectados às disposições constitucionais garantidoras de direitos fundamentais continuam a exercer a função de razões jurídicas, favoráveis ou contrárias, ao conteúdo do que foi positivado, preenchendo a textura aberta dos direitos constitucionais. A presença indelével da dimensão ideal resultante dos influxos gerados pela incorporação de direitos humanos por normas constitucionais não importa, entretanto, na

³³² Robert Alexy, "Discourse Theory and Fundamental Rights". In: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, p. 43.

³³³ *Idem*, "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris* 9:3 (1996), p. 217.

³³⁴ *Idem*, *op. cit.*, pp. 43-44.

destruição do caráter positivo destas. A tese da natureza dúplice requer que tanto a dimensão ideal quanto a dimensão real do direito sejam levadas a sério, de modo que é ela que dá expressão às regras da argumentação jurídica.³³⁵ Existem dois tipos de regras da argumentação jurídica. As do primeiro tipo preceituam quando e como os argumentos ou razões devem ser empregados, ao passo que as do segundo tipo preceituam como os argumentos ou razões devem ser ponderados frente a um conflito. Para os fins deste trabalho, só as regras do segundo tipo interessam, podendo ser destacado, dentre elas, as regras que convencionam primazias *prima facie*. A ordem dos argumentos até hoje é muito debatida, porém, há certo consenso no que tange ao rigor das regras, cuja formulação deve evitar ordenações que sejam herméticas e absolutas. Daí a existência de *regras de primazia*. Sob esse ângulo, duas regras de primazia gerais são formuladas: (i) argumentos linguísticos prevalecem *prima facie* sobre todos os outros argumentos; e (ii) argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos prevalecem *prima facie* sobre argumentos práticos gerais.³³⁶

Em verdade, a força do argumento linguístico só existe porque à dimensão real do direito é dada a sua devida importância na tese da natureza dúplice, que leva em conta a autoridade do legislador constituinte e do legislador ordinário em um Estado Democrático de Direito, perspectiva esta apoiada pelos princípios da democracia e da separação dos Poderes. Os argumentos genéticos também se apoiam nesses princípios, contudo, falta-lhes um traço marcante dos argumentos linguísticos, que é a preservação da segurança jurídica. Logo, estes preponderam sobre aqueles, porque o que é dito pelo legislador tem primazia sobre aquilo por ele meramente intentado. Argumentos sistemáticos, por sua vez, visam à coerência, e, desse modo, buscam a racionalidade de suas premissas, posto que a ausência de coerência permite o surgimento de arbitrariedades. Entretanto, aquilo que é trazido através de uma visão sistemática é produto também das decisões do legislador, razão pela qual os argumentos linguísticos prevalecem também sobre os sistemáticos. A valer, todos esses argumentos por estarem atrelados, de uma maneira ou de outra, à autoridade democrática do legislador, podem ser classificados como argumentos institucionais, sendo que, dentre eles, há uma primazia *prima facie* dos argumentos linguísticos sobre os genéticos e os sistemáticos. No entanto, entre os argumentos genéticos e sistemáticos não há relações de primazia.³³⁷

³³⁵ Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 8. Disponível em «<http://revus.revues.org/2783>». Acesso em 03/04/2014.

³³⁶ Cf., *Idem*, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

³³⁷ *Ibidem*, p. 74-75.

Ressalte-se que sobre o conjunto dos argumentos institucionais incide outra regra geral de primazia *prima facie*, que apregoa que os argumentos institucionais prevalecem sobre os práticos gerais ou substanciais. A necessidade da existência de um sistema jurídico advém justamente da fraqueza dos argumentos encontrados no discurso prático geral, posto que este não leva, em inúmeros casos, a resultados por todos aprovados. De toda sorte que, mesmo que conseguisse aprovação geral, o discurso prático não tem o condão de, por si só, assegurar o cumprimento geral de normas.³³⁸

Diante dessa tipologia de argumentos, é que surge a premência em se distinguir entre a justificação interna e a justificação externa na argumentação jurídica dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de se elucidar o papel dos princípios formais no sopesamento. O fato é que, conforme eu disse acima, os direitos fundamentais colocam o processo democrático em descrença sempre que questionam a constitucionalidade de uma regra constitucional ou infraconstitucional, respectivamente editadas pelos legisladores constituinte e ordinário. Saber quando trespassar a primazia *prima facie* conferida à dimensão autoritativa ou positiva é, portanto, medida que se impõe, eis que as regras constitucionais e infraconstitucionais têm como pano de fundo preferências tomadas por seus respectivos legisladores, cada qual representando o resultado de um sopesamento entre direitos fundamentais. Resultado este que, *a priori*, o intérprete da constituição está vinculado.

A tese da natureza dúplice dos direitos fundamentais responde, em parte, a alguns dos receios manifestados por Kai Möller. Ele diz que a necessidade de se recorrer à moralidade desfere um golpe fulminante à teoria dos princípios, que somente se sustentaria caso a elaboração de argumentos morais sobre direitos fundamentais implicasse no sopesamento de princípios colidentes. Considera, todavia, tal hipótese absurda, à vista de que existem várias maneiras de se raciocinar moralmente acerca de pontos divergentes que não sejam o sopesamento, fazer o contrário, diz ele, redundaria no mais puro e cego utilitarismo.³³⁹ Exemplo disso, por exemplo, seria a incompatibilidade da teoria dos princípios com teses morais encontradas em noções como "a prioridade das liberdades" de Rawls³⁴⁰ e "direitos como trunfos" de Dworkin,³⁴¹ as quais consideram determinados direitos como simplesmente avessos ao sopesamento ou, alternativamente, preferem conferir a alguns deles um peso

³³⁸ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 75.

³³⁹ Kai Möller, "Balancing and the structure of constitutional rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), 459-460.

³⁴⁰ A propósito, cf. Hart, H.L.A. "Rawls on Liberty and its Priority", *University of Chicago Law Review* 40:3 (1973), *passim*.

³⁴¹ Ronald Dworkin, "Rights as Trumps". In: Aileen Kavanagh and John Oberdiek, (eds.), *Arguing About Law*, New York: Routledge, 2009, pp. 335-344.

abstrato tão gigantesco ao ponto de, salvo raras exceções, não ceder a outros quando em colisão. Da perspectiva de Möller, a desarmonia da teoria dos princípios com essas vertentes moralizantes dos direitos fundamentais decorre do fato de que uma decisão moralmente correta para ela é aquela que otimiza valores morais em colisão. Assim, de um ponto de vista moral ou legal, a otimização de valores morais equivaleria à otimização de lucros, proposição esta que só é verdadeira para algumas teorias morais, nomeadamente o utilitarismo.³⁴² Propõe então, como alternativa, por negar a conexão entre otimização e sopesamento, aquilo que chama de "otimização devidamente compreendida", um conceito que deve ser interpretado como uma fórmula neutra entre as teorias morais que, embora concorrentes, reconhecem que pode haver conflitos entre valores morais. Ao contrário da otimização que supõe a conexão entre princípios e o sopesamento para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o conceito de Möller rejeita esse liame por entender que ele em nada favorece a hermenêutica constitucional. Nesse sentido, argui que a concepção de direitos fundamentais de Alexy e sua relação com regras e princípios não é o foco central de sua teoria, mas, sim, a necessidade do sopesamento. Tal abordagem, segundo Möller, prejudicaria o estudo da estrutura dos direitos fundamentais, uma vez que existem teorias morais que simplesmente não aceitam o sopesamento como ferramenta argumentativa dos direitos fundamentais, tendo, aqui, já mencionado duas.³⁴³ Com efeito, a teoria dos princípios de Alexy seria incapaz de explicar a estrutura de direitos fundamentais como a proibição de tortura (CF, art. 5.º, inciso III), a proibição da pena de morte em tempo de paz (CF, art. 5.º inciso XLVII, alínea "a"), a proibição de prisão de caráter perpétuo (CF, art. 5.º inciso XLVII, alínea "b"), a anterioridade da lei penal e outros direitos análogos em razão de não se submeterem ao sopesamento, ou seja, serem normas de direito fundamental livres de sopesamento.

4.1.3.1 A junção do nível dos princípios com o nível das regras

Nada obstante, os receios de Möller ignoram completamente a fundamentação discursiva dos direitos fundamentais, encarregada de submetê-los às regras da argumentação jurídica, tais como as regras de primazia e, subsidiariamente, quando necessário, o sopesamento. Quando o constituinte decide uma questão por meio do sopesamento de direitos humanos produzindo uma regra constitucional, o intérprete da constituição está vinculado, pelo menos em um primeiro momento, a aplicá-la sem questionamentos. Exemplo disso são

³⁴² Kai Möller, "Balancing and the structure of constitutional rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 462.

³⁴³ *Ibidem*, pp. 463-464.

as normas constitucionais proibitivas de atos como a pena de morte e a tortura. Estas, por apresentarem a estrutura de regras, visto que não comportam aplicação em graus variados, asseguram direitos e deveres definitivos, que gozam, por conta dessa condição, de uma primazia *prima facie* em relação aos princípios, que asseguram direitos e deveres *prima facie*. A superação de razões definitivas no nível constitucional é algo bastante incomum, mas não impossível. Compele o intérprete a satisfazer um tremendo ônus argumentativo que, em alguns casos, como o da proibição da tortura, assoma-se quase infactível, tanto em virtude da plausibilidade dos argumentos institucionais como da própria força da autoridade democrática legítima que edita o ato normativo-constitucional. No entanto, insisto em dizer, que apesar das regras garantirem direitos e deveres definitivos, e, portanto, funcionarem como razões definitivas na argumentação jurídica, esta condição apenas lhes confere, dentro da prática argumentativa, uma primazia *prima facie*, que, por isso mesmo, pode ser suplantada, conquanto a altos custos, tanto pela via legislativa como jurisdicional. Veja, por exemplo, o caso do Decreto 5.144/04 que regulamentou os §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986), conhecido popularmente como "Lei do Abate". Permite-se, por meio dele, ainda que em tempo de paz, a destruição de aeronave classificada como hostil, após o esgotamento de todos os meios coercitivos previstos em lei, mediante autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. Trata-se de lei que dura mais de dez anos e cuja constitucionalidade, até o presente momento, ainda não foi desafiada no STF. Entre as razões para o abate está o risco à segurança aérea e à segurança terrestre, que pode ocorrer no ingresso em espaço aéreo restrito – *e. g.*, rampa de aproximação para pousos e decolagens em aeroportos movimentados – ou proibido – *e. g.*, sobrevoo de penitenciárias, refinarias de petróleo, usinas nucleares – sem autorização do órgão de controle de tráfego aéreo competente. Igualmente, o risco à vida ou segurança de autoridades nacionais, estrangeiras e transnacionais em reuniões, eventos ou assembleias serve também de base para o abate, como aconteceu recentemente na Copa do Mundo de Futebol Fifa Brasil 2014, em cujo espetáculo de estreia se encontravam vários chefes de estado e o próprio Presidente da Organização das Nações Unidas – ONU. Neste caso, em particular, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA promoveu alterações temporárias no espaço aéreo brasileiro estipulando zonas de exclusão aérea, dentro das quais qualquer aeronave sem permissão ou sem identificação poderia ser abatida.³⁴⁴

³⁴⁴ Alterações do espaço aéreo, criação de áreas restritas e proibidas ao voo de aeronaves, procedimentos especiais de circulação aérea, podem ser acompanhadas através do Serviço de Informação Aeronáutica – AIS prestado pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA em suas Circulares de Informação

Efetivamente, toda norma de direito fundamental, ainda que tenha a estrutura de regra, está sujeita a questionamentos, por mais impossível que a realização de um sopesamento pareça. Contudo, antes de realizá-lo, o intérprete deve prestar reverência à decisão literal do legislador constituinte, que desfruta, como vimos, de uma prioridade *prima facie* ante a razões substantivas. Somente nos casos em que produzir resultados questionáveis, a justificação do sopesamento do legislador constituinte poderá ser colocada em xeque para dar lugar a outro sopesamento, igualmente respaldado, diretamente ou indiretamente, em normas de envergadura constitucional. No caso da "Lei do Abate", uma norma de direito fundamental que inicialmente era considerada uma regra – que se revelou incompleta para o legislador ordinário –,³⁴⁵ teve incluída uma cláusula restritiva com estrutura de princípio, baseada em razões de segurança aérea, segurança nacional, repúdio ao terrorismo, proteção à vida de terceiros, usuários do transporte aéreo, e de autoridades estatais, nacionais e internacionais. Tal cláusula, por ter a estrutura de princípio, está sujeita a sopesamentos, e, dessa maneira, submeta-se à análise de constitucionalidade. As regras dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, apesar de infraconstitucionais, refletem uma escolha do legislador ordinário no nível constitucional, que acaba excetuando a proibição da pena de morte com força em outros direitos fundamentais. Os regulamentos de tráfego aéreo, como as AICs, por constituírem atos normativos, também estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, haja vista que dispõem sobre as circunstâncias permissivas de um abate.

Observe-se que não há outra maneira de se lidar com a questão, as metarregras utilizadas nos conflitos entre regras são totalmente inaplicáveis à espécie, pois elas não conseguem explicar como normas infraconstitucionais, que, lastreadas em princípios constitucionais, estão a excetuar uma norma constitucional. A não ser que se conceba que os princípios constitucionais que ensejaram materialmente as regras do Código Brasileiro de Aeronáutica e os regulamentos de tráfego estejam sustentando a cláusula de exceção (espécie de cláusula restritiva) inserida na regra constitucional que proíbe a pena de morte, outra solução não se afigura possível. Entender o contrário sepultaria as aludidas normas infraconstitucionais em uma irremediável inconstitucionalidade e reduziria o ônus argumentativo a uma mera questão proibitiva. E ainda que, futuramente, fosse declarada a inconstitucionalidade da norma, tal declaração não infirmaria o entendimento ora esposado,

Aeronáutica – AIC e Publicação de Informação Aeronáutica – AIP. A AIC-N12, de 17 de julho de 2014, por exemplo, estipulava as zonas de exclusão no espaço aéreo brasileiro a perdurarem durante a realização da Copa do Mundo, prescrevendo todos os procedimentos a serem seguidos para se evitar a entrada nessas zonas, sob pena de, em última instância, ter a aeronave destruída.

³⁴⁵ Art. 5.º, inciso XLVI, alínea "a", da CF: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

apenas significaria que a Corte Suprema, discutiu as razões constitucionais por trás da regra infraconstitucional, mas reconheceu a primazia *prima facie* das razões do legislador constituinte contidas na regra do art. 5.º inciso XLVII, alínea "a", da CF, ou ainda reconheceu-a como uma regra completa, e, como tal, insuscetível ao sopesamento. Ambas as argumentações de inconstitucionalidade, todavia, passam pela consideração das razões jurídico-constitucionais subjacentes à regra infraconstitucional, inclusive, para dizer se a proibição da pena de morte se trata de uma regra completa (insuscetível ao sopesamento) ou incompleta (desfruta de primazia *prima facie*).

Essa colisão é semelhante a que ocorre entre a regra do art. 225, § 1.º, inciso VII, da Constituição da República, que proíbe tratamentos cruéis contra animais, e os princípios da liberdade religiosa e liberdade cultural, com ênfase nas culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, constantes do art. 215, *caput* e § 1.º e art. 5.º, inciso VI, do mesmo diploma constitucional, deflagrada pela regra infraconstitucional acrescentada pela Lei 12.131/04 do Estado do Rio Grande do Sul ao texto normativo do art. 2.º do Código Estadual de Proteção aos Animais, que prevê a possibilidade de sacrifícios animais no exercício de cultos e liturgias religiosas de matriz africana.

De fato, as constituições costumam ter nos seus catálogos de direitos fundamentais normas que tenham estruturas categóricas ao estilo das regras, as quais são melhor interpretadas se entendidas como determinações autoritativas feitas pelo legislador constituinte sobre como as considerações de moralidade e política desempenham o seu papel dentro da ordem constitucional, usualmente descrita nas circunstância definidas pela regra. Não obstante, questões interpretativas podem surgir às suas margens, embora o cumprimento de regras geralmente não se sujeite à análise de proporcionalidade ou qualquer outro significativo engajamento com razões morais.³⁴⁶ Portanto, as disposições de direitos fundamentais podem ser entendidas não somente como o produto de um fenômeno principiológico derivado da positivação de direitos humanos, "*mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos*".³⁴⁷ Dessa forma, elas podem adquirir ou não caráter duplo, dependendo dos princípios por meio delas positivados e das determinações resultantes de princípios contrapostos, o que acaba redundando em suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciadas. Essas determinações, por sua vez, podem ou não ter um caráter incompleto,

³⁴⁶ Mattias Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 133.

³⁴⁷ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

lembrando que somente as que têm caráter incompleto podem gerar normas dúplices, que são tanto regras como princípios.

Nesse sentido, é inteiramente consentânea com a teoria dos princípios a interpretação que reputa a norma constitucional que veda a prática da tortura (CF, art. 5.º, inciso III) como uma regra completa e, por conseguinte, uma razão de decidir que opera deonticamente independente do sopesamento, ainda que à vista de motivos louváveis em sentido contrário. Todavia, a comprovação da completude da regra não é algo constatável de plano, mas algo que tem que ser trabalhado hermeneuticamente para se chegar a esse veredicto. Por outro lado, é também possível interpretar a referida norma como uma regra incompleta, que diante de fortes razões contrárias, derivadas de outros princípios, pode eventualmente ceder a um exercício intelectual de sopesamento, conquanto exiba uma rigidez estrutural que faz jus a uma primazia *prima facie*.³⁴⁸ Ressalte-se, mais uma vez, que somente a segunda interpretação é capaz de produzir normas de direito fundamental com caráter dúplice, dada a imprescindibilidade do sopesamento no seu processo de construção. Embora a discussão quanto à completude ou incompletude do juízo de preferência esposado pela regra em apreço seja intrincado e, muitas vezes, reputado como uma decisão intangível do legislador constituinte – o que, como vimos, não é nenhum tabu para a teoria dos princípios –, em outros casos, diferente deste, a interpretação dos argumentos institucionais não torna a prioridade veiculada pela regra um tópico tão livre de questionamentos, deixando a sua incompletude à mostra. É o caso do direito à liberdade de associação, preconizada pela Constituição Federal nos incisos XVII e XVIII de seu art. 5.º, nos seguintes termos:

Art. 5.º [...]

XII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Em outras palavras, a Constituição não prevê em seu texto normativo a possibilidade de extrair uma cláusula restritiva à norma que assegura o direito à liberdade de associação, especificamente no que diz respeito à criação de associações. Isso significa que a liberdade de associação deve ser interpretada de forma ampla, no sentido de que qualquer intervenção em uma atividade que se inclua no âmbito de proteção do referido direito fundamental é *prima facie* proibida. Nesse sentido, constrói-se a seguinte premissa:

³⁴⁸ Essa discussão geralmente é desenvolvida pelos autores no chamado "ticking bomb scenario", em que se debate a legitimidade ética em se torturar um terrorista que implantou uma bomba para que ele revele a sua localização, permitindo, assim, a desativação do artefato explosivo e a consequente salvaguarda da vida e incolumidade física das pessoas expostas ao raio de explosão. A propósito, cf. Alan Gewirth, "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly* 31:122 (1981), pp. 1-16.

- (1) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do âmbito da liberdade de associação.

No entanto, essa norma não pode ser interpretada como uma regra completa, pois se fosse, não estaria aberta ao sopesamento, e, desse modo, rejeitaria absolutamente qualquer tipo de restrição advinda de princípios colidentes que ousassem interferir em atividades afetas à liberdade de associação. Esse resultado com certeza não pode estar correto.³⁴⁹ O min. Maurício Corrêa, em votação apertada no STF, ao julgar a constitucionalidade do § 2.º do art. 1.º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que impõe a obrigação de que atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visado por advogados, afirmou o seguinte:

A interpretação dada pela requerente aos **incisos XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição** peca pelo falso suposto de que a plena liberdade de associação e a não-interferência estatal em seu funcionamento importam a proibição de qualquer dispositivo infraconstitucional que verse sobre requisitos de sua constituição. Não é necessário lembrar que a liberdade no regime democrático somente pode ser entendida como a faculdade de agir sob o império da lei e, por isso, a de reunir-se em associação implica a obediência aos pressupostos de sua criação. Negar ao Estado competência para legislar sobre matéria é defender o regime anárquico, com a destruição de tudo o que há nos Códigos Civil e Comercial acerca do registro e extinção das pessoas jurídicas.³⁵⁰

É necessário, portanto, entender que a não-intervenção na liberdade de associação, mormente a preconizada pelo inciso XVIII do art. 5.º da Constituição Federal, constitui uma regra incompleta que, por isso mesmo, pode quiçá ceder às exigências de princípios colidentes, como aconteceu na ADI 1194-4/DF. O min. Maurício Corrêa, em seu voto vencedor, que foi seguido pela maioria da Corte, asseverou que a norma infraconstitucional em questão, ao se endereçar às pessoas jurídicas "*visa proteger os atos essenciais à sua constituição, afastando futuros prejuízos que possam advir às partes com elas envolvidas, em decorrência de irregularidades cometidas por profissionais estranhos à área jurídica*". E continua, "*a importância do registro das pessoas jurídicas advém da segurança dos que com elas tratam, por outro, a interferência do advogado exsurge com indiscutível relevância da minimização da possibilidade de enganos e fraudes*".³⁵¹ Dessa forma, uma cláusula restritiva, com estrutura de princípio, amparada nos direitos à segurança jurídica e à produção de atos

³⁴⁹ Alexy faz exercício intelectual semelhante com as liberdades artística e de profissão dentro do cenário da Lei Fundamental alemã e chega à mesma conclusão. Cf., respectivamente, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 142-144; do mesmo autor, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 8. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

³⁵⁰ ADI 1194-4/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11/09/2009.

³⁵¹ ADI 1194-4/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11/09/2009.

jurídicos perfeitos (CF, art. 5.º, *caput* e inciso XXXVI) foi inserida à norma que garante a liberdade de associação, passando ela, então, a retratar a seguinte premissa:

- (2) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do âmbito da liberdade de associação, desde que tais intervenções não sejam justificáveis constitucionalmente com base na satisfação de princípios colidentes (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade de associação.

Como se vê, a cláusula restritiva introduzida no princípio da liberdade de associação, doravante designado como P_1 , exige duas coisas. Primeiro, que os princípios colidentes, doravante designados como P_2 (segurança jurídica) e P_3 (ato jurídico perfeito), tenham *hierarquia constitucional*. E segundo, que após a consideração da adequação e necessidade da intervenção estatal, à P_2 e P_3 , que a sufragam, seja atribuída precedência diante de P_1 , sob as condições do caso (C). Vale, então, a fórmula: $(P_2 \text{ e } P_3 \text{ P } P_1) C$. Nesses termos, pode-se designar S para o preenchimento completo da cláusula e T para uma intervenção estatal em uma atividade protegida pelo âmbito da liberdade de associação, de modo que R representa a consequência jurídica da norma restringida, consistente na proibição constitucional de qualquer ato ou medida que vise interferir na criação ou funcionamento de associações. Fica assim, então, a formulação de uma norma de direito fundamental provida de uma cláusula restritiva:

- (3) $T \text{ e não-}S \rightarrow R$; ou logicamente $T \wedge \neg S \rightarrow R$

Nesse sentido, tem-se uma norma de direito fundamental com caráter duplo. De um lado, ela pode ser aplicada por subsunção, sem a necessidade de se recorrer ao sopesamento, na medida em que aquilo que é abarcado por seu suporte fático, mas não satisfaz sua cláusula restritiva é proibido. Por outro lado, esse caráter de regra resta mitigado quando sua cláusula restritiva entra em jogo, pois ela faz referência explícita a princípios contrapostos que demandam sopesamento.

O caráter duplo surge, portanto, sempre quando aquilo que é prescrito diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, devido à intercessão de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis.³⁵² Ou seja, no caso do enunciado jurídico do art. 5.º, inciso XVIII, da Constituição da República, aquilo por ele estabelecido deve ser transformado em uma norma parecida com essa:

³⁵² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

- (4) São proibidas intervenções estatais na liberdade de associação se elas não estiverem apoiadas em uma lei e/ou não forem proporcionais para a satisfação de princípios colidentes, os quais se revelem, diante das condições do caso concreto, mais importantes do que o princípio da liberdade de associação.

Parece-me compatível com a pretensão de correção que se irradia pela teoria do discurso jurídico, que não basta à satisfação do ônus argumentativo decorrente das cláusulas restritivas que as normas de direitos fundamentais sejam encaradas apenas como princípios ou apenas como regras onde o sopesamento for necessário para inserção de cláusulas restritivas. Pois, neste caso, às disposições de direitos fundamentais são atribuídos os caracteres tanto de regras quanto de princípios, ambos os níveis são reunidos em uma única norma constitucional que, por isso, tem caráter duplo.³⁵³ No entanto, tal caráter apenas surge quando o sopesamento é levado a cabo para a introdução de uma cláusula restritiva. Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, devido à presença de uma cláusula restritiva, então, ela é, enquanto regra, incompleta, e sua aplicação a alguns casos requererá um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas a ele vinculadas. Contudo, isso não muda o fato de que as determinações das regras, como razões definitivas, apesar de incompletas, devem ser levadas a sério na medida em que se revelarem suficientes. Os princípios estão conectados a todas as normas de direitos fundamentais, a despeito do fato delas terem a estrutura de princípio ou de regra. Se o legislador constituinte editou uma regra após ter superado uma colisão de princípios, o princípio formal da autoridade da constituição requer que essa regra seja observada e cumprida. Porém, se essa regra é colocada em uma situação na qual a sua consequência jurídica torna-se incerta, porquanto suas premissas de aplicabilidade, diante das circunstâncias fáticas e jurídica, tornam-se ambíguas, vagas, ou relativamente abertas, então, os princípios substantivos por trás dela imediatamente entram em jogo. O mesmo acontece quando uma regra infraconstitucional, apoiada diretamente ou indiretamente por princípios constitucionais, é incompatível com outros princípios constitucionais, que são, até certa medida, regulados pelo sopesamento por ela expresso. Contudo, a partir do momento em que esses princípios colidentes superaram o peso do princípio formal da autoridade da constituição, a primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios desvanece-se, e questão da precedência passa a ser travada somente entre os princípios substantivos.³⁵⁴

³⁵³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

³⁵⁴ *Idem*, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 8. Disponível em «<http://revus.revues.org/2783>». Acesso em 03/04/2014.

Embora seja possível dizer que o nível dos princípios também resulta de um ato de positivação, a decisão de positivá-los deixa muitas questões em aberto, na medida em que um grupo de princípios pode acomodar uma infinidade de relações de precedência, cada qual desaguando em regras bastante diferentes. Por isso, quando se diz que há determinações positivadas no nível das regras, dessume-se que se decidiu muito mais do que a favor de certas razões de princípios, razões autoritativas somam-se à espécie e dão expressão ao postulado da vinculação à Constituição, significando submissão a todas as decisões do legislador constituinte. Daí porque decisões tomadas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípio.³⁵⁵

A existência dessas relações expõe a intrínseca conexão entre os direitos fundamentais e a análise de proporcionalidade ou o sopesamento, assim como propalado pela segunda tese da necessidade.

³⁵⁵ Cf., a respeito, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 140-141.

Capítulo 5

A RACIONALIDADE DO SOPESAMENTO E O ÔNUS DA ARGUMENTAÇÃO

5.1 A exteriorização discursivo-argumentativa do sopesamento: 5.1.1 Justificação interna e externa – 5.1.2 O sopesamento como forma de argumento dogmático: 5.1.2.1 A "Fórmula de Peso" e sua escala triádica – 5.1.2.2 O esquema da subsunção suplementado pelo sopesamento: a) Consequências inaceitáveis, implausíveis ou inverídicas – b) As múltiplas interpretação de uma regra. 5.2 Sopesamento: uma forma de argumentação (ir)racional?: 5.2.1 A alocação do ônus argumentativo: 5.2.1.1 Plurivalência da resposta do sopesamento – 5.2.1.2 Incomensurabilidade: a impossibilidade de se comparar direitos?

5.1 A exteriorização discursivo-argumentativa do sopesamento

A desaprovação do sopesamento como expediente dogmático voltado à aplicação do direito costuma vir associada a duas vertentes críticas. De um lado, critica-se a completa falta de racionalidade do sopesamento, sob a alegação de que determinar qual direito fundamental deve ser protegido por uma corte em sua decisão judicial e qual não deve constitui um processo argumentativo que vai muito além de critérios racionais que podem ser sistematicamente compilados por uma metodologia jurídica. O sopesamento, como forma de aplicação de princípios e determinação de relações de precedência entre direitos fundamentais, seria, nesse sentido, metodologicamente incapaz de realizar previsões, atender a expectativas jurídicas e formular juízos racionais em argumentações direcionadas a tomadas de decisões judiciais que envolvam colisões de direito. Isso porque preferências judiciais só podem ser conhecidas, segundo essa linha crítica, se for possível adivinhar as tendências adjudicatórias da corte, as idiosincrasias dos magistrados que a compõem, e a atmosfera política que gravita o seu eixo, pontos comumente ocultos nas decisões judiciais. Com efeito, a adoção do sopesamento como método de aplicação do direito e desenvolvimento do discurso legal importaria em perda de segurança jurídica, eis que fomentaria ainda mais o ocultismo em torno das subjetividades e critérios irracionais – desprovidos de controle – a que o processo de determinação de preferências está submetido.³⁵⁶ Por isso, diz Bernhard Schlink

³⁵⁶ Cf., nesse sentido, Bernhard Schlink, "German Constitutional Culture in Transition", *Cardozo Law Review* 14:3-4 (1993), pp 725-729. Em que considera nefastos os efeitos da transição ocorrida no Tribunal Constitucional Federal alemão em passar de um modelo de direitos fundamentais como direitos subjetivos para um modelo de direitos fundamentais como princípios, no qual a metodologia do sopesamento aflora.

que o sopesamento de direitos, princípios, interesses e valores englobado pela regra da proporcionalidade conduz, inevitavelmente, a uma análise subjetiva, visto que inexistem padrões ou critérios objetivos para a mensuração e pesagem de direitos fundamentais como a liberdade de expressão vs. direito à privacidade, a liberdade geral vs. segurança pública, a proteção do meio ambiente vs. a criação de empregos.³⁵⁷

Nessa esteira, Friedrich Müller afirma que quando interesses são sopesados contra valores representados por direitos fundamentais e, a partir dessa colisão, prioridades são deduzidas, o intérprete deve manter-se estritamente atento aos termos do direito positivo expressos na constituição. Desse modo, argumentos que realçam as circunstâncias concretas do caso individual, a revelia das preferências esboçadas pelo texto normativo, produzem, segundo ele, discursos jurídicos irracionais, porque fazem justiça para um caso singular. Se o sopesamento albergado pela decisão judicial não encontra parâmetros expressos na constituição ou na legislação infraconstitucional, ou confere prioridade a direito ou interesse diferente daquele abstratamente concebido pelo texto normativo à luz do caso concreto, estar-se-ia a quebrar a função estabilizadora da lei e a malferir os cânones discursivos da clareza e coerência.³⁵⁸ Essa visão de Müller tem a sua razão de ser na medida em que para ele a teoria dos princípios "*não forneceu à prática quase nenhuma indicação útil de como as entidades a serem ponderadas poderiam ser racionalmente circunscritas e avaliadas em seu 'peso' de uma forma comprovável e realmente passível de ser discutida entre indivíduos*".³⁵⁹

A primeira crítica se resume, portanto, no fato de que o sopesamento é um processo argumentativo que, em última instância, está submetido às personalidades e sensibilidades dos magistrados que o utilizam, de modo que o seu resultado é produto, nada mais nada menos, do que de um ato de discricionariedade judicial, pois ao sopesamento não pode ser atribuída uma estrutura formal e racional de argumentação. Na medida em que inexistente, no sistema jurídico, qualquer parâmetro a orientar qual dos direitos fundamentais em colisão deve ser privilegiado, o sopesamento consubstanciaria uma técnica praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. Essa crítica, aliás, é a costuma ser perfilada pelos doutrinadores brasileiros que não se apeteçam com a ideia do sopesamento.³⁶⁰

³⁵⁷ Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?", *Duke Journal of Comparative & International Law* 22:2 (2012), p. 299.

³⁵⁸ Friedrich Müller, "Basic Questions of Constitutional Concretization", *Rutgers Law Journal* 31:2 (2000), pp. 339-340.

³⁵⁹ *Idem*, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 284.

³⁶⁰ Cf., dentre outros, Leonardo Martins, "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), pp. 36-37; Eros Roberto Grau, "O perigoso artifício da ponderação entre princípios",

Por outro lado, há aqueles que, apesar de reconhecerem o sopesamento como um método racional, criticam-no quanto ao seu excesso de racionalidade e objetividade. Kai Möller, Stavros Tsakyrakis e Grégoire Webber, por exemplo, entendem que o sopesamento peca ao reduzir a argumentação jurídica dos direitos fundamentais a questões de intensidade de interferência e importância de satisfação, pois, ao agir desse modo, estaria ignorando a moralidade imanente às normas constitucionais declaratórias de direitos. Essa inaptidão do sopesamento em lidar com argumentos morais ou teorias da moralidade levaria, segundo esses autores, a inúmeros problemas. Webber, a propósito, argui que o sopesamento, como parte integrante da estrutura analítica da proporcionalidade, não se propõe a enfrentar, ao menos explicitamente, a correção moral, a retidão ética e a justiça de questões jurídicas envolvendo pretensões de direitos fundamentais. Ao revés, se concentra em questões técnicas como o peso, custo, ou benefício de direitos e interesses concorrentes. A pretensão de correção que Alexy diz nortear o sopesamento não traria consigo, assim, qualquer conação moral significativa.³⁶¹ Tsakyrakis, por sua vez, complementa a arguição sustentando que o problema com a retórica do sopesamento no contexto da proporcionalidade reside no fato de que ele obscurece as considerações morais presentes no coração das questões humanas, privando a sociedade de um imprescindível discurso moral. Nessa conjuntura, juízes, conquanto preocupados com divergências morais, seriam levados a mascarar o seu raciocínio ético-moral através da linguagem supostamente neutra traduzida pelo discurso do sopesamento. No entanto, para ele, a melhor forma de resolver tais divergências é encará-las diretamente em um debate aberto e franco, o que não acontece, todavia, se se utiliza a proporcionalidade.³⁶² Por derradeiro, Möller chama atenção para o fato de que, ao ignorar as teorias morais subjacentes aos direitos fundamentais, o sopesamento admite que eles sejam confrontados por interesses coletivos, reintroduzindo a pauta das considerações consequentialistas e utilitaristas nesse campo do direito. Nessa perspectiva, nenhum direito fundamental resistiria ao raciocínio utilitarista de custo-benefício.³⁶³ Essa segunda crítica, contudo, redundaria em várias outras, como a impossibilidade de se sopesar valores morais em razão da sua incomensurabilidade, a impossibilidade de se quantificar direitos fundamentais atribuindo-

Revista Justiça & Cidadania 108 (2009), pp. 16-19; e Carlos Ari Vieira Sundfeld, "Princípio é preguiça?". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 286-295.

³⁶¹ Grégoire C. N. Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23:1 (2010), pp. 180-181.

³⁶² Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), p. 493.

³⁶³ Kai Möller, "Balancing and the structure of constitutional rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), 459-462.

lhês graus de satisfação e graus de intervenção em uma hipotética colisão, a inexistência de uma escala comum para mensurar o peso de interesses e direitos com conteúdos diferentes e a ilusão criada pelo sopesamento ao transparecer um raciocínio assemelhado a precisão matemática, que confere grandezas a variáveis aritmeticamente construídas. São assuntos pouco abordados pela literatura brasileira e quase nunca citados por aqueles que não concordam com a metodologia do sopesamento, salvo raras exceções.³⁶⁴

Ambas as vertentes críticas serão alvo de considerações neste capítulo, pois, consoante já foi realçado, o controle de constitucionalidade de uma medida estatal interventiva implica, necessariamente, a análise de argumentos tendentes a justificá-la e refutá-la. Tal ponto denota bem o caráter discursivo do controle de constitucionalidade e sua preocupação com a plausibilidade dos argumentos empregados no processo de tomada de decisão. O raciocínio jurídico espelhado na argumentação conducente à decisão judicial é essencial para a reconstrução de como o ônus argumentativo decorrente das intervenções estatais que restringem direitos fundamentais foi realmente satisfeito. Não bastando que os argumentos levados a cabo pelo discurso jurídico sejam racionais, é preciso também que eles sejam capazes de endereçar espinhosas questões ético-morais sem se perder em discursos estranhos ao mundo jurídico, mantendo a logicidade de suas premissas e a dedutibilidade circunstanciada de seu resultado. Só assim conseguirá contar com a aceitação das instituições democráticas, incluindo a sociedade civil, operadores do direito e a própria academia, eis que se torna disponível ao público a reconstrução do trajeto racional desenvolvido pela decisão, expondo suas agruras, capacidade de convencimento, e correção. É nesse contexto que pretendo averiguar como o sopesamento se comporta, se ele é capaz de com o auxílio dos subsídios fornecidos pela teoria dos princípios e a teoria do discurso racional edificar o chamado constitucionalismo discursivo.³⁶⁵

É preciso ter em mente que as cláusulas restritivas de direitos fundamentais são uma espécie de medida interventiva e, como tal, submetem-se a todas as exigências discursivas elencadas acima. Os argumentos que tendem a justificá-las passam também por profundas questões de moralidade e, por conta disso, sua aceitação, muitas vezes, é rejeitada. É preciso saber, entretanto, se o sopesamento é adequado como ferramenta argumentativa para a

³⁶⁴ Cf., por exemplo, Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 141-160.

³⁶⁵ Sobre a relação entre a teoria do discurso racional, a teoria dos princípios e pretensão de correção, expedientes teóricos que se confluem para a sedimentação de um constitucionalismo discursivo, cf. Robert Alexy, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris* 12:4 (1999), pp. 374-384; do mesmo autor, "Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*", *Ratio Juris* 19:2 (2006), pp. 173-178.

justificação constitucional de cláusulas restritivas de direitos fundamentais decorrentes de colisões entre princípio e regra que geram normas de natureza dúplice. Em outros termos, quer-se apurar se o sopesamento é capaz de suportar o ônus dessa justificação, diante de todas as fraquezas que lhes são imputadas pelos mais variados autores, muitas das quais já foram em boa parte aqui apresentadas. Desta feita, pretendo começar explicando como o sopesamento se manifesta logicamente no discurso jurídico em um processo dialógico com a subsunção, desmistificando a equivocada noção tão arraigada no direito constitucional brasileiro de que o sopesamento é uma forma de aplicação do direito que não se comunica com a subsunção.³⁶⁶

5.1.1 Justificação interna e externa

A coerência racional de um discurso jurídico está associada à justificação de suas proposições normativas, nomeadamente aquelas que expressam juízos legais. Duas facetas da justificação podem ser diferenciadas nesse panorama, a *justificação interna* e a *justificação externa*. Enquanto a justificação interna se preocupa em averiguar se as conclusões a que os argumentos conduzem decorrem logicamente das premissas aduzidas como justificativas, a justificação externa se preocupa com a correção ou plausibilidade substancial das premissas.³⁶⁷ Portanto, uma decisão judicial ou uma pretensão jurídica deduzida em juízo deve resultar não somente de uma quantidade de proposições determinadas, mas, além disso, tais proposições devem revelar-se verdadeiras, corretas e aceitáveis.³⁶⁸

A forma mais simples de justificação interna tem a seguinte estrutura:

- .(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- .(2) Ta

³⁶⁶ Esse mito é fruto de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy, que se concentra em trechos esparsos e isolados de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, sem considerar outras obras e trabalhos, dando os conceitos de subsunção e sopesamento como quase que conceitos contrapostos, que não se comunicam em hipótese alguma. A ideia geralmente convencionada por esse mito é que a subsunção pertence ao mundo das regras, enquanto o sopesamento pertence ao mundo dos princípios, sendo que ambos embora façam parte de um mesmo universo, não mantêm comunicação alguma entre si. Cf., disseminando esse mito, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 279-280. Para quem o conflito de regras se resolve na dimensão da validade e a colisão de princípios na dimensão do valor, dimensões essas que, entretanto, na sua explicação parecem não compartilhar qualquer zona de convergência ou interseção. Outros, no entanto, por verem nessa segmentação dimensional hermética algo de nocivo à precisão e certeza jurídicas, bens que a hermenêutica constitucional deve zelar em face das normas, preferem combater a teoria dos princípios e defender um modelo puro de regras, sujeito exclusivamente a subsunções. Nesse sentido, cf., por todos, José Reinaldo de Lima Lopes, "Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras", *Revista de Informação Legislativa* 40:160 (2003), pp. 49-64.

³⁶⁷ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. 221.

³⁶⁸ *Idem*, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

(3) ORa (1), (2)

'x' é uma variável individual transitando sobre domínio das pessoas naturais e jurídicas; 'a' é uma individual constante, um nome próprio por exemplo; 'T' é um predicado qualquer seja o nível de complexidade apropriado para a compreensão dos fatos operativos da norma (1), como as características de uma pessoa ou ação (comissiva ou omissiva); e 'R' é similarmente um predicado cuja complexidade pode variar, mas que expressa aquilo que a norma requer seja feito. Essa forma de justificação, que consolida um típico raciocínio silogístico, é suficiente para lidar com questões jurídicas simples, tais como a aplicação da regra do art. 208 do Código de Trânsito Brasileiro:

- .(1) Condutores na direção de veículos automotores que avançam o sinal vermelho do semáforo cometem infração gravíssima e, por consequência, sujeitam-se ao pagamento de multa.
- .(2) O Sr. J é condutor e avançou o sinal vermelho na direção de seu veículo automotor.
- (3) O Sr. J cometeu infração gravíssima e, por consequência, está sujeito ao pagamento de multa. (I) e (II).

Como se vê, a sobredita regra de trânsito é de fácil aplicação, não trazendo consigo grandes desafios interpretativos, contudo, existem regras para as quais esse esquema silogístico é insuficiente, devido a maior complexidade de suas premissas que demandam um maior esforço hermenêutico a fim de que um resultado correto seja delas deduzido. Essa complexidade pode derivar, sem excluir outras hipóteses, (i) de uma norma que contenha vários enunciados alternativos de fatos operativos, ou (ii) cuja aplicação envolva a sua suplementação com outras normas clarificadoras, limitadoras ou referenciais. É o caso, por exemplo, da regra do art. 12 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), que para ser aplicada ao caso concreto exige que o operador do direito saiba, dentre outras coisas, o que significam as condutas "possuir" e "manter sob guarda", condutas estas alternativas – pois, uma vez exteriorizadas, ainda que isoladamente, desencadeiam a sanção penal – e cujo conhecimento requerem a consulta de outro estatuto jurídico, visto que seus delineamentos basilares encontram-se inscrito no Código Civil (arts. 1196 a 1224). É preciso saber também, para a aplicação dessa norma penal, o que constitui uma arma de fogo, acessório e munição, bem como a classificação desses artefatos quanto ao uso, se de uso permitido ou de uso restrito, disciplina esta que se encontra regulamentada no Decreto 3.665, de 20 de novembro de 2000. Não obstante, a complexidade normativa de uma regra pode advir também (iii) das

suas variadas possibilidades de consequências jurídicas, ou (iv) das expressões ou termos por elas empregadas e que permitem múltiplas interpretações.³⁶⁹

Para os fins deste capítulo, apenas as hipóteses (iii) e (iv) interessam, pois são elas que geralmente estão presentes em regras legais resultantes do sopesamento entre direitos fundamentais e que criam as condições necessárias para que colisões entre regras e princípios ocorram tanto na dimensão empírica como normativa. Essas hipóteses ainda são responsáveis por fazer com que a insuficiência do modelo subsuntivo se revele, requerendo a *suplementação* do sopesamento para que se chegue a uma resolução discursivamente adequada. Por essas e outras razões, Alexy desenvolveu a justificação interna das regras até conceber a fórmula da subsunção:

- .(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- .(2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- .(3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
- .
- .
- .
- .(4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- .(5) Sa
- (6) $ORa (1) - (5)$ ³⁷⁰

No entanto, quando o silogismo jurídico revelar uma conclusão inaceitável, implausível ou inverídica em razão das premissas que compõem sua justificação interna, o sopesamento pode entrar em jogo, como um expediente da justificação externa, para estabelecer quais são as premissas corretas da regra em questão, ou, tratando-se de regra inconstitucional, quais premissas devem ser descartadas e quais adotadas alternativamente.³⁷¹ O sopesamento funciona assim como um mecanismo que ajuda a identificar quais são as premissas corretas de uma regra legal ou de uma regra de precedência condicionada concebida, por ocasião do controle de constitucionalidade, em face de dúvidas quanto à ofensa de direitos fundamentais. A justificação de uma regra legal adquire espaço na medida em que se demonstra que ela atende aos critérios de validade da ordem jurídica. Isso necessita, por sua vez, que as regras definidoras dos critérios de validade sejam interpretadas, o que adquire especial significância quando se está a lidar com cláusulas restritivas de um

³⁶⁹ Sobre essas quatro espécies de complexidade normativa na aplicação das regras cf., Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 223-224.

³⁷⁰ Para mais detalhes a respeito das variáveis e operação dessa fórmula cf. tópico 2.2.1.1, letra *a*, *supra*.

³⁷¹ Cf., nesse sentido, reconstruindo a lógica da decisão do caso Lebach (BVerfGE 35,202) julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 29-45

catálogo de direitos fundamentais. O raciocínio jurídico, portanto, é essencial não somente para a interpretação de uma norma válida, mas também para o estabelecimento de sua validade.³⁷²

As regras e formas de argumento atinentes à justificação externa são classificadas por Alexy em seis grupos: a) regras e formas de interpretação; b) argumentação dogmática; c) uso de precedentes; d) raciocínio prático geral; e) raciocínio empírico; e f) formas especiais de argumentos jurídicos.³⁷³ A tarefa principal da teoria da justificação externa é analisar logicamente as formas de argumento trazidas por esses grupos e, a partir daí, tentar entender a necessidade e a possibilidade de interconectá-los. Todavia, uma análise desse tipo fugiria ao propósito desta seção, que é escrutinar a racionalidade do sopesamento como forma dogmática de argumento dentro da teoria dos princípios. Por essa razão, nossa atenção concentrar-se-á no grupo *b* e, ainda assim, apenas no sopesamento, muito embora outros tipos de argumentos possam naturalmente estar a ele conectados, o que, aliás, é inevitável na argumentação jurídica de direitos fundamentais.

Nessa conjuntura que venho esmiuçando, as regras desempenham um papel interno à prática discursiva, ao passo que os princípios pertencem a certo tipo externo de forma de argumento jurídico. É óbvio, entretanto, que se trata de uma posição relativa, porquanto uma mesma forma de argumento pode ser externa a uma prática discursiva, mas interna para outra.³⁷⁴ Assim como a justificação interna da aplicação de regras por meio do silogismo jurídico tem sua estrutura formal representada pela fórmula da subsunção, a qual segue os ditames da lógica, o sopesamento, apesar de constituir forma de argumento volvida à justificação externa de premissas inconclusivas de regras que dialogam com princípios, conta também com sua própria justificação interna. A justificação interna do sopesamento atenta-se a inquirir se o seu resultado, consubstanciado por uma regra de precedência condicionada, pode ser racionalmente deduzido das premissas decorrentes dos ditames da aritmética. Esclareço. Enquanto a questão referente à justificação interna do silogismo jurídico pode ser respondida por intermédio da "Fórmula da Subsunção", que opera de acordo com as regras da lógica, a questão referente à justificação interna do sopesamento pode ser respondida por

³⁷² Cf., a propósito, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 230-231.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 231-232.

³⁷⁴ Cf., a respeito, Mátyás Bódig, "Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning", In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz SteinerVerlag, 2010, p. 131.

intermédio da "Fórmula de Peso", que descreve a sua estrutura formal e se orienta pelas regras da aritmética.³⁷⁵

Cumprido ressaltar, para evitar confusões, que nem a fórmula da subsunção e nem a fórmula de peso concernem à verdade ou correção das premissas, ambas somente se preocupam com a relação inferencial proveniente da dedução de um resultado a partir de dadas premissas. Nesse contexto, a justificação externa continua tendo como objeto a verdade das premissas, que no sopesamento consiste em fornecer razões adequadas a fundamentação dos valores atribuídos às variáveis da fórmula de peso. Por exemplo, justificando a qualificação da intensidade de uma interferência como "séria" ou a importância da satisfação do princípio colidente como "leve". Com efeito, é na justificação externa que o raciocínio moral desempenha o seu papel no sopesamento, na medida em que ele depende da avaliação de intensidades e pesos, o que certamente não passa ao largo de considerações de ordem moral. As cortes por terem a obrigação de justificarem as suas decisões internamente e externamente não podem fugir à responsabilidade de se engajarem com complexidades morais intrincadas que os casos levam perante elas.³⁷⁶ Só por isso, já fica demonstrado que o raciocínio do sopesamento não é avesso a argumentos morais, como quer fazer crer Tsakyrakis, Webber e Möller, nem tampouco estão os princípios sujeitos a uma lógica circular de justificação na dogmática de Alexy, conforme apregoa Jestaedt.³⁷⁷

Em uma colisão [aparente] entre princípio e regra, esta pode ser tomada como um elemento intrassistêmico do direito, ao passo que aquele pode ser tido como um produto da reflexão externa sobre a estrutura e conteúdo da regra, bem como do modo como a regra costuma operar institucionalmente. O ponto está no fato de que formulações de princípios devem ser vistas, em colisões dessa espécie, como tentativas contingentes de se extrair o exato conteúdo das regras. Princípios, ao contrário das regras, não são abarcados pelos critérios formais de validade a que estas estão adstritas, porque sua existência e conteúdo não são determinados exclusivamente por procedimentos institucionais.³⁷⁸ Eles estão associados a discursos que concernem à legitimação do direito, emergindo como proposições normativas

³⁷⁵ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), pp. 693-694.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 694.

³⁷⁷ Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 159-162. "[...] Alexy's argument that a principle is valid when it can be put forward as a reason for a decision in at least one case is nothing other than a petition principii, because only when a principle is valid, in other words when it belongs to the set of existing norms of a legal system, may it 'correctly [be given] as reason for decision' in the legal sense of these words" (p. 160).

³⁷⁸ Cf., sobre a institucionalização dos princípios no ordenamento jurídico, tópico 4.1.2 *supra*.

que fornecem argumentos para a justificação moral e política do direito,³⁷⁹ o que pode resultar na manutenção ou exclusão de uma regra do ordenamento jurídico.

Em síntese, a justificação interna tem por objeto uma proposição prática que por meio do direito tenta justificar. A valer, uma proposição prática, tal como uma decisão judicial, é justificada internamente quando obtém o respaldo exclusivo de dispositivos explícitos proveniente de fontes do direito, *e. g.*, uma regra legal, e dos fatos do caso pertinente. Por outro lado, quando a justificação externa está em jogo tem-se por objeto de considerações questões da justificação do próprio direito. A justificação externa está tipicamente envolvida com questões morais e políticas da racionalidade do direito.³⁸⁰

5.1.2 O sopesamento como forma de argumento dogmático

Tendo ilustrado como o sopesamento desempenha sua função argumentativa na justificação externa das regras, quando a sua justificação interna estruturada pela subsunção mostra-se insuficiente, cabe, agora, elucidar como funciona a justificação interna e a justificação externa do próprio sopesamento nessa hipótese. O sopesamento, como forma de argumento dogmático, permite que uma ponte dialógica seja criada entre regras e princípios, notadamente, conforme já sublinhado, em casos em que as premissas construídas a partir de uma regra legal revelam-se inconclusivas ou incongruentes perante outros direitos igualmente positivados no ordenamento jurídico, que, por sua vez, têm a estrutura de princípios. E, são nesses casos, que usualmente surgem normas de direito fundamental com estrutura dual em virtude da introdução de uma cláusula restritiva. Desta feita, cumpre indagar quais são os tipos de argumentos que dão azo à forma dogmática do sopesamento, alicerçando um discurso racional-jurídico habilitado para lidar com cenários em que uma intervenção estatal, proveniente de um ato normativo, insere uma cláusula restritiva em um direito fundamental. A construção de um modelo racional de argumentação jurídica exige, inexoravelmente, que suas premissas estejam concatenadas em elementos retóricos dotados de um grau mínimo de objetividade, condição sem a qual não é possível controlá-la. No entanto, acreditar que o sopesamento eliminaria a subjetividade dos juízos jurídicos é uma crença ingênua, não existe um método de aplicação do direito dotado de uma racionalidade ou objetividade que exclua por completo os subjetivismos do intérprete. Como afirma Virgílio Afonso da Silva: "*Exigir*

³⁷⁹ Mátyás Bódig, "Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning", In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 132-133.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 133.

*isso [supressão de qualquer subjetividade] de qualquer método é exigir algo impossível.*³⁸¹ Nada obstante, como o mesmo autor anota, "*muitos daqueles que veem no sopesamento um método irracional e subjetivo parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita*".³⁸²

Portanto, a objetividade do sopesamento que espero demonstrar aqui, é uma objetividade que não é sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou tampouco sinônimo de uma única resposta, mas uma objetividade que satisfaça os imperativos de uma argumentação jurídica, pois uma argumentação jurídica desprovida de mecanismos de controle abre oportunidade para a tomada de decisões arbitrárias, que privam os operadores do direito de buscar a melhor interpretação possível para o caso concreto. Desse modo, o sopesamento, em sua justificação interna e externa, alcança sua objetividade impondo ao intérprete um único ônus, o ônus argumentativo.³⁸³ Decisões arbitrárias adotam critérios exclusivamente discricionários, que impõem, por sua própria natureza, uma única resposta correta a um dado problema e, como consectário, impedem que ele seja objeto de novos questionamentos, sem, contudo, discutir se a solução a ele dada era, de fato, a melhor.³⁸⁴ Logo, o que pretendo demonstrar adiante é como o sopesamento é capaz de atingir uma objetividade que, ao mesmo tempo, permite um controle intersubjetivo de seus juízos e uma previsibilidade de suas decisões. Não se trata, por óbvio, de uma previsibilidade absoluta, mas de uma previsibilidade que dê ensejo a ideias como segurança jurídica, coerência e consistência.

Quero expor, assim, como a argumentação jurídica das cláusulas restritivas de direitos fundamentais é realizada através da regra da proporcionalidade que, dentre outros elementos, contém o sopesamento como carro-chefe para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Pois, é justamente quando se realiza o sopesamento que se torna possível a inclusão de uma cláusula restritiva em um direito fundamental.³⁸⁵ Noutras palavras, onde há um direito fundamental alvo de sopesamento, tem-se em jogo uma cláusula restritiva. Em virtude disso, como consignado desde início deste trabalho, só serão objeto de análise, aqui,

³⁸¹ Virgílio Afonso da Silva, "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Cf., a propósito, Juarez Freitas, "A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 1.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 326-352.

³⁸⁵ Cf., Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*1:2 (2007), pp. 203-204.

atos normativos pretensamente aptos a chegarem à última fase do teste de proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, porquanto é ela expressão do sopesamento.

Se a grande maioria dos direitos fundamentais pode ser qualificada como princípios, ou seja, mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, é certo que as cláusulas restritivas afetam significativamente estas últimas. Conforme observado anteriormente, princípios garantem direitos *prima facie*, cujas possibilidades jurídicas alcançam tudo quanto faça parte de seu "âmbito temático", entretanto, essa amplitude de seu suporte fático provoca inevitavelmente colisões com outros princípios, antagônicos, sendo a cláusula restritiva a contramedida necessária à harmonização dos interesses conflitantes. Sistemáticamente, eis que surge a importância da proporcionalidade em sentido estrito, que "*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*".³⁸⁶ Em síntese, a proporcionalidade em sentido estrito permite a superação de antinomias principiológicas através da inserção, v. g., de uma cláusula restritiva em um direito fundamental. Sob esse prisma, é possível concluir que o sopesamento é o método de aplicação do direito que, ao lado da subsunção, satisfaz o ônus argumentativo decorrente da introdução de uma cláusula restritiva em um direito fundamental. Sem embargo, a satisfação desse ônus varia de caso em caso e isso é um reflexo da própria lei do sopesamento, razão pela qual será ela objeto de análise a seguir, ocasião em que nos utilizaremos de dois casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal a fim de enriquecer a sistemática da justificação do sopesamento como ferramenta argumentativa harmonizadora do nível das regras com o nível dos princípios.

5.1.2.1 A "Fórmula de Peso" e sua escala triádica

Consoante já assinalado, o sopesamento é o objeto da terceira subregra da regra da proporcionalidade, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito, a qual se refere à otimização em relação às possibilidades jurídicas do caso em apreço. Por sua vez, o objeto das duas primeiras subregas, as subregas da adequação e necessidade, refere-se à otimização em relação às possibilidades factuais. A propósito, essas duas subregas preocupam-se com a questão de saber se as possibilidades fáticas permitem que custos aos direitos fundamentais sejam evitados sem que isso importe em custos adicionais aos objetivos do legislador. Visam, portanto, evitar custos evitáveis, questão que pode ser resumida, em outras palavras, pela ideia

³⁸⁶ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 40.

da eficiência de Pareto. Todavia, custos são inevitáveis quando princípios colidem, fazendo, então, com que o sopesamento seja necessário, pois é ele quem se preocupa com a questão de saber qual dos lados deverá suportar os custos.³⁸⁷ Por essa razão, os subprincípios da adequação e da necessidade não serão aqui discutidos.

A ideia básica da otimização em face das possibilidades jurídicas pode ser expressa pela já citada lei do sopesamento, que reza o seguinte:

Quanto maior for o grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um direito ou princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.³⁸⁸

A lei do sopesamento denota, assim, certa complexidade interna, na medida em que pode ser fracionada em três partes ou etapas. Na primeira delas o objetivo é estabelecer o grau de não-satisfação ou de prejuízo em face do princípio primário. A isso se segue a segunda etapa, na qual a importância da satisfação do princípio colidente é estabelecida. Finalmente, no terceiro estágio, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica o prejuízo ao ou a não-satisfação do primeiro princípio.³⁸⁹ Nesse passo, caso não fosse possível realizar juízos racionais sobre, primeiro, intensidades de interferência, segundo, graus de importância, e, terceiro, a inter-relação entre eles, as objeções de Schlink e Müller restariam justificadas. Porém, não é o que acontece. A lei do sopesamento, em suas diferentes formulações, pode ser empregada em boa parte das colisões de direitos fundamentais, constituindo um mecanismo de grande importância prática. Se alguém deseja alcançar uma compreensão precisa e completa da estrutura formal do sopesamento, a lei do sopesamento necessita, contudo, ser elaborada mais aprofundadamente. O resultado disso é a "Fórmula de Peso". Ressalte-se, nesse passo, que o sobredito raciocínio tripartido pode ser condensado em uma fórmula lógica, batizada por Alexy de "Fórmula de Peso" a saber:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

As variáveis contidas na aludida fórmula representam o núcleo de uma complexa estrutura argumentativa, que naturalmente está sujeita às vicissitudes do caso concreto e do direito positivo. P_i é utilizada como a variável do princípio que sofre a restrição a ser examinada. I_i representa a intensidade da interferência em P_i . Quando se fala em interferências, está-se sempre a falar de interferências concretas, que simbolizam quantidades concretas. O que se diferencia do peso abstrato de P_i , que é o peso que P_i tem em relação a

³⁸⁷ Robert Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights* 4:1 (2010), pp. 27-28.

³⁸⁸ *Idem*, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 436.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 437.

outros princípios independentemente das circunstâncias de qualquer caso. Ele é retratado pela variável W_i . Muitos princípios não diferem quanto ao seu peso abstrato, contudo, diferenças podem derivar da hierarquia entre normas pertencentes a um mesmo *corpus juris* ou de valores sociais positivados. O direito à vida, por exemplo, frequentemente é tido como um princípio cujo peso abstrato é, em geral, maior do que o princípio do direito à liberdade. Isso porque é bastante óbvio que alguém precisa estar vivo de modo a que possa estar hábil a exercer sua liberdade. Similarmente, várias cortes constitucionais têm assinalado um elevado peso abstrato a princípios como o da liberdade de expressão,³⁹⁰ sob o pretexto de haver um liame umbilical entre ela e um bom funcionamento da democracia.³⁹¹ Aliás, não é isso que aforismos como "*in dubio pro libertate*", "*in dubio pro societate*", "*in dubio pro natura*" e "*in dubio pro operario*" propõem nos diferentes ramos do direito? No entanto, se porventura o peso abstrato dos princípios em colisão for igual, desconsidera-se tal variável durante o sopesamento.³⁹² Em contrapartida, o grau de importância em se satisfazer o outro princípio depende da relação entre os dois princípios colidentes P_i e P_j , pois a importância concreta de P_j , desempenhada pela variável I_j , tem sua quantidade vinculada aos efeitos que uma hipotética situação de ausência de interferência em P_i produziria em P_j .³⁹³ A variável R , por seu turno, refere-se à confiabilidade das suposições empíricas, as quais refletem o que a medida em questão significa para a não-realização do primeiro princípio e para a realização do segundo, sob as circunstâncias do caso. R denota que as suposições empíricas relativas à importância dos princípios colidentes podem ter graus distintos de confiabilidade, afetando, com isso, o peso relativo de cada princípio no processo de sopesamento.³⁹⁴

Em situações que compreendam colisões entre regras e princípios, o sopesamento tem em mãos uma regra que se aplica a um caso, que, por sua vez, se subsume, simultaneamente, a dois princípios concorrentes (P_i , P_j). Diante de tal circunstância, o sopesamento deve, então, passar circunstanciadamente a atribuir valores, primeiro, à

³⁹⁰ O que não deixa de ser verdade na própria jurisprudência do STF. Para citar apenas um exemplo, no caso em que declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) pela Constituição de 1988, um dos argumentos centrais da Corte, inclusive colacionado à ementa, foi: "*Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limbo, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras*" (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 06/11/2009).

³⁹¹ Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, p. 131.

³⁹² Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 440.

³⁹³ *Ibidem*, p. 441.

³⁹⁴ Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 132.

intensidade das intervenções (I_i, I_j) em P_i e P_j e, depois, ao peso abstrato (W_i, W_j) de ambos os princípios, para, afinal, em terceiro lugar, verificar o grau de confiabilidade das suposições empíricas (R_i, R_j), que dizem respeito ao que a medida restritiva estatal em questão significa para a não-realização de P_i e a realização de P_j . Feita a atribuição de números a essas variáveis, calcula-se o peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) como o quociente entre o dividendo composto pelo produto da intensidade da intervenção em P_i (I_i), multiplicado pelo peso abstrato de P_i (W_i) e o grau de confiabilidade das suposições empíricas P_i (R_i), e o divisor composto pelo produto dos mesmos valores só que correspondentes a P_j , relacionados a importância de sua realização ou satisfação. Completa essas premissas a operação aritmética é realizada e um resultado numérico é obtido tão simples quanto uma dedução.³⁹⁵

Nada obstante, é óbvio que alguém só pode falar de conceitos matemáticos como dividendo, divisor e quociente na presença de números. Para satisfazer essa carência, Alexy desenvolveu uma escala triádica, que serve justamente de contraponto à crítica da irracionalidade do sopesamento, demonstrando ser possível sim atribuir pesos a princípios de direito fundamental por meio da construção de proposições normativas racionais que, por isso mesmo, são passíveis de serem discutidas intersubjetivamente. A escala triádica tem a vantagem de se adequar bem à prática da argumentação jurídica, podendo ser eventualmente estendida, caso necessário. Em sua formulação básica ela divide-se em três estágios, os quais podem ser caracterizados pelos termos "leve", "moderado" e "sério". A representação desses estágios fica mais acessível com o recurso às letras "l", "m" e "s" respectivamente. A letra "l" não tem, aqui, apenas a conotação que lhe é própria, mas também abrange outras expressões como "menor", "pequeno" ou "fraco", assim como a letra "s" abarca expressões como alto, grave, elevado ou forte. Sob a estrutura formal da lei do sopesamento, os objetos que se submetem à avaliação como l , m ou s são as intensidades das intervenções (*leia-se*: grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um princípio e a importância da satisfação do outro).³⁹⁶ De outra parte, existem vários modelos de alocação de números para os três estágios da escala triádica, contudo, veremos apenas um, pois, para o presente trabalho, é o que nos afigura mais instrutivo. Ele consiste em tomar a sequência geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4 e atribuir essas grandezas matemáticas, respectivamente, aos estágios l , m e s . No que tange à confiabilidade das premissas factuais, a sua expressão quantitativa se dá de outra maneira, a saber: certo ou confiável (r), 2^0 , isto é, 1; sustentável ou plausível (p), 2^{-1} , isto é,

³⁹⁵ Robert Alexy, "Two or Three?". In: Martin Borowski (eds.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 11.

³⁹⁶ *Idem*, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 440.

$\frac{1}{2}$; e não evidentemente falso (*e*), 2^{-2} , isto é, $\frac{1}{4}$. A adoção de uma sequência geométrica tem sua razão na fórmula de peso, porque ela torna possível demonstrar como a resistência dos princípios se manifesta, aumentando exponencialmente à medida que a intensidade de sua intervenção também aumenta. Isso significa que, a satisfação de um princípio nessa escala deve ser crescentemente maior, em uma estrutura multiplicativa e não de adição, para cada sucessiva unidade do outro princípio que se abre mão.³⁹⁷ Ao mesmo tempo, evidencia como o poder de defesa e ataque dos princípios decai com o aumento da incerteza de suas premissas.³⁹⁸ Este ponto constitui a base para uma resposta à crítica de que a teoria dos princípios conduz a um inaceitável enfraquecimento dos direitos fundamentais.³⁹⁹

Dessa maneira, não procede a crítica de Tsakyrakis segundo a qual o sopesamento reduz o conflito entre direitos ou entre direitos e interesses coletivos a comparações de pesos relativos, desprezando, assim, a função bloqueadora dos direitos fundamentais, a qual os justifica como mecanismos de defesa contra investidas estatais baseadas estritamente em raciocínios de custo-benefício, capaz de pôr em risco os direitos das minorias. Nesse sentido, o sopesamento estaria comprometido com uma visão na qual tudo, inclusive os aspectos de nossa vida mais intimamente associados ao nosso *status* de seres livres e iguais, poderiam ser disponibilizados.⁴⁰⁰ Ora, trata-se de uma visão equivocada, pois o fato da escala triádica progredir geometricamente revela o propósito da fórmula de peso em proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, haja vista que impede que a proteção por eles efetivada seja neutralizada completamente.⁴⁰¹ Se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido como aquilo que resta após o sopesamento, restrições que passam no teste da proporcionalidade não infringem a garantia do conteúdo essencial, nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental.⁴⁰² Essa, porém, é a definição de conteúdo essencial *relativo*, ou seja, ele nem sempre será o mesmo, podendo variar de situação para

³⁹⁷ Explicando esse ponto com apoio da teoria econômica de Nash, nomeadamente do seu conceito de "função de escolha social", cf. Paul-Erik N. Vell, "Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making", *Law & Ethics of Human Rights* 4:2 (2010), pp. 214-218.

³⁹⁸ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 446-447.

³⁹⁹ *Idem*, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 4. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

⁴⁰⁰ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law* 7:3 (2009), p. 489.

⁴⁰¹ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 691.

⁴⁰² Cf., nesses exatos termos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 297-298.

situação, dependendo do caso concreto e dos direitos envolvidos.⁴⁰³ Segundo essa versão, o conteúdo essencial não passa de uma consequência da aplicação da regra da proporcionalidade e, como consectário, também do sopesamento, nos casos de restrições a direitos fundamentais.⁴⁰⁴ Por essa razão, à medida que os direitos fundamentais sofrem interferências mais fortes, mais resistentes eles se tornam, o que acontece justamente na proporção multiplicativa espelhada pela progressão geométrica acolhida pela escala triádica. De toda sorte que, intervenções que sejam muito sérias dificilmente conseguem ser justificadas com suporte no peso de suas razões fundamentadoras. Nesse contexto, um raciocínio custo-benefício fica praticamente engessado, pois a justificação para a oferta e troca de um princípio se torna algo gradativamente inviável na medida em que os custos para a disponibilização do outro princípio se tornam maiores em ritmo cada vez mais acelerado. Em outras palavras, cada vez que a satisfação de um direito fundamental diminui, tanto maior deverão ser os ganhos para o princípio que justifica essa perda, a fim de contrabalançar essa troca. Contudo, quanto maiores os ganhos e perdas, mais forte se torna o "centro de resistência" dos princípios, até o ponto de barrar qualquer tipo de troca, funcionando como um verdadeiro *firewall* protetor de um conteúdo essencial mínimo dos direitos.⁴⁰⁵

5.1.2.2 *O esquema da subsunção suplementado pelo sopesamento*

Acima elenquei duas hipóteses nas quais a subsunção, por revelar-se insuficiente à resolução de um problema jurídico derivado da aplicação de uma regra, requer a suplementação do sopesamento, quais sejam, na ordem numérica antes fornecida: iii) quando a norma jurídica extraída de uma regra apresentar variadas possibilidades de consequências jurídicas; e (iv) quando as expressões ou termos do enunciado jurídico que conferem expressão à regra permitirem múltiplas interpretações. Na ocasião, afirmei que são essas duas hipóteses que regularmente estão presentes em colisões entre regras e princípios e que fazem do recurso ao sopesamento uma forma de argumento pertencente à justificação externa do raciocínio silogístico, porém, com sua própria estrutura interna, representada pela fórmula de

⁴⁰³ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196.

⁴⁰⁴ Para uma análise dos prós e contras das teorias do conteúdo essencial relativo e absoluto, cf. *Ibidem*, pp. 183-207.

⁴⁰⁵ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 692. Em uma linguagem econômica, cf. o mesmo argumento em Paul-Erik N. Vell, "Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making", *Law & Ethics of Human Rights* 4:2 (2010), pp. 217-218.

peso. Pois bem, quero demonstrar aqui como essa interação ocorre, o que farei com ajuda de dois casos do Supremo Tribunal Federal.

a) Consequências inaceitáveis, implausíveis ou inverídicas

Para que a hipótese "iii" suceda-se, não é preciso que as consequências jurídicas passíveis de ser deduzidas da regra sejam muitas, basta que ela ofereça mais de uma alternativa ao intérprete diante de outras normas jurídicas, constitucionais ou infraconstitucionais. Não se trata, porém, obviamente de uma regra completa, cuja consequência jurídica já observa, de forma harmônica, os mandamentos das demais normas que com ela dialogam. A regra que estou a mencionar é a regra incompleta,⁴⁰⁶ que à luz de outras normas do ordenamento jurídico pode ter a sua aplicação tanto completa, quanto incompleta ou parcial, podendo, ainda, revelar-se inaplicável ao caso em razão da inaceitabilidade, implausibilidade ou inveracidade de sua consequência jurídica.⁴⁰⁷ Ou seja, qualquer regra cuja aplicação seja colocada em dúvida, tornando a sua consequência jurídica objeto de discussão, inclusive, por razões constitucionais, preenche essa qualidade.

No caso do RE 413.782-8/SC⁴⁰⁸ discutia-se a aplicabilidade da regra do art. 143, inciso III, alínea "b", do Anexo 5, do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (RICMS), aprovado pelo Decreto estadual 3.017/89, cuja norma exprimia que os órgãos da Diretoria de Administração Tributária poderiam proibir a impressão de documentos fiscais para os estabelecimentos que estivessem com as contas irregulares para com o Fisco. Foi o que aconteceu, a legislação local submeteu o contribuinte à exceção de emitir notas fiscais avulsas, quando houvesse débito fiscal não quitado no prazo estipulado. Trata-se de uma regra proibitiva, cujas premissas desenvolvem-se facilmente por meio de um silogismo jurídico, *a priori*, assim estruturado:

- .(1) O contribuinte que não pagar o ICMS tempestivamente está proibido de confeccionar blocos de notas fiscais.
- .(2) A empresa Y deixou de pagar o ICMS dentro do prazo legal.
- (3) A empresa Y está proibida de confeccionar blocos de notas fiscais. (1) e (2).

⁴⁰⁶ Sobre as regras completas e incompletas cf. tópico 4.1.3.1 *supra*.

⁴⁰⁷ Na sistemática do controle de constitucionalidade, esses resultados quanto à extensão da aplicabilidade da regra corresponderiam, respectivamente, à declaração de constitucionalidade, à declaração parcial de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto, e à declaração total de inconstitucionalidade. Sobre essas técnicas declaratórias de inconstitucionalidade e seus efeitos, cf., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, pp. 952-958; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 1244-1269.

⁴⁰⁸ RE 413.782-8/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/06/2005.

A despeito desse esquema subsuntivo estipulado pela regra em questão, o STF, por maioria de votos, estendeu que a consequência jurídica dela promanada era inaceitável. Tal conclusão sobreveio do desbaratamento do aludido raciocínio interno e a construção de um novo a partir de uma regra de precedência condicionada justificada pelo exercício de um sopesamento. O min. Marco Aurélio reconheceu haver por detrás da sobredita regra, uma colisão entre o princípio da ordem tributária, na sua emanção que exige o cumprimento das obrigações tributárias (CF, arts. 145 a 146-A), e o princípio da ordem econômica, na sua emanção que exige o livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, *caput* e parágrafo único). Nessa esteira, assinalou: "*A lei estadual contraria, portanto, os textos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão – inciso XIII do art. 5º da Carta da República – e de qualquer atividade econômica parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal*". Note-se que, a manutenção da ordem tributária dá guarida à aplicação da regra em exame, ao passo que a manutenção da ordem econômica repudia a solução por ela [regra] oferecida. Para justificar a sua preferência, o min. Marco Aurélio disse, entre outras coisas, que se mostra impertinente a Fazenda "*recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica, como é o relativo à proibição de as empresas em débito, no tocante a obrigações, principal e acessória, vir a emitir documentos considerados como gênero fiscal*". E arremata, atentando-se para o que implicaria para as empresas se "*a cada negócio jurídico, ter-se de requerer à repartição fazendária competente a emissão de nota fiscal avulsa*".

Percebendo a seriedade da intervenção causada pelo RICMS catarinense às atividades econômicas em geral, o min. Nelson Jobim ainda acrescentou quanto às suas consequências:

Ora, na hipótese em que se obrigue um contribuinte a recolher, caso a caso, o tributo, com base na nota fiscal avulsa, inviabiliza-se o lançamento para efeito da compensação. Ou seja, esse modelo inviabiliza a possibilidade de se exercer a compensação feita num livro de ICM, onde se lançam os créditos e os débitos e se recolhe, no final, a totalidade. Lança-se, na nota, o valor correspondente ao ICM daquela operação para debitar-se no livro correspondente e, no final do período – num período x –, recolhe-se o saldo, se existir.

Ora, se se exigir que haja a expedição de nota a nota, tem de ser pago quando anota, é impossível fazer-se a compensação do crédito.⁴⁰⁹

Em suma, como bem anotou o min. Cezar Peluso, a restrição seria tamanha ao ponto de até mesmo "*frustrar a obtenção de recursos até para quitar o próprio débito tributário. Um absurdo!*". Por fim, o min. Celso de Mello, munido das premissas desenvolvidas por seus colegas, proferiu voto que pode ser tranquilamente reconstruído como expressão de um

⁴⁰⁹ RE 413.782-8/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/06/2005.

raciocínio ponderativo. Com efeito, ele reconhece, primeiramente, que "*não se reveste de natureza absoluta a liberdade de atividade empresarial, econômica ou profissional*". Em seguida, argui que a circunstância "*de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais [...] não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas*". E, com base nisso, conclui:

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, **é que o Estado não pode valer-se** de meios indiretos de coerção, **convertendo-os em instrumentos de acerto** da relação tributária, **para**, em função deles – mediante interdição **ou** grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – **constranger** o contribuinte **a adimplir** obrigações fiscais eventualmente em atraso.

[...]

Em suma: **a prerrogativa institucional de tributar**, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado [de Santa Catarina], **não lhe outorga** o poder de suprimir (**ou** de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, **de um sistema de proteção** destinado a ampará-lo **contra eventuais excessos** cometidos pelo poder tributante **ou**, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos por este editados.

Repassando os juízos elaborados pelos ministros às variáveis constantes na fórmula de peso, diria que restou devidamente justificado que a regra em análise impõe ao princípio da liberdade comercial e econômica (P_i) uma grave ($s = 2^2$) intensidade de interferência (I_i), ao passo que, simultaneamente, promove uma pequena ($l = 2^0$) satisfação do grau de importância (I_j) do princípio da ordem tributária (P_j), uma vez que a proibição de emitir notas em bloco, por tornar a atividade comercial algo extremamente penoso, dificulta, ou até mesmo impede, que as empresas devedoras continuem a exercer suas atividades regularmente e acumulem receita capaz de arcar com o ônus derivado da obrigação fiscal. Paralelamente, tem-se que a variável do peso abstrato dos princípios (W_i ; W_j) perde a sua importância quando eles são de natureza análoga ou recebem tratamento semelhante pela constituição,⁴¹⁰ é o que acontece com os princípios da ordem tributária e os princípios da ordem econômica na nossa sistemática constitucional. Derradeiramente, falta analisar o grau de confiabilidade das suposições empíricas. Carlos Bernal Pulido diz que a determinação da importância dessa variável depende de aspectos como a eficiência, celeridade, probabilidade, alcance e duração da consequência jurídica apoiada pelo princípio.⁴¹¹ Ora, eu diria que dentre todos esses aspectos, os que foram mais trabalhados pela decisão da Corte foram, sem dúvida, o da

⁴¹⁰ Cf., a propósito, Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 138-139.

⁴¹¹ *Ibidem*, 139-140.

eficiência, celeridade e probabilidade, da medida estatal. Em primeiro lugar, os membros do STF consideraram que a eficiência da medida não compensava a grave restrição imposta a livre iniciativa, pois, embora não tão eficiente quanto, a maneira correta da Fazenda proceder à satisfação do seu crédito tributário seria acionando o Judiciário e propondo a competente execução fiscal.⁴¹² Em segundo lugar, alegaram os ministros, inexistirem garantias de que a falta de autorização para emitir notas em bloco, concedida pela Administração Tributária estadual às empresas devedoras, compeli-las-ia ao cumprimento de suas obrigações tributárias (probabilidade), quer de forma imediata, quer de forma temporalmente estendida como na execução fiscal (celeridade). Em terceiro lugar, o min. Nelson Jobim acrescentou que legislação do ICMS catarinense inviabilizaria o lançamento para fins de compensação tributária, visto que a necessidade de se escriturar nota a nota, caso a caso, geraria a insuportável obrigação de se recolher o imposto a todo o momento que a empresa efetuasse um negócio jurídico, o que sem dúvida empresta confiabilidade ou certeza ($r = 2^0$) às proposições que reputam a regra legal em questão uma intervenção séria. Pelo contrário, afirmar que a manutenção da restrição normativa imposta pela proibição de confeccionar talonários de notas fiscais redundaria no cumprimento imediato ou postergado da exação, promovendo a ordem tributária e reduzindo proporcionalmente o direito à liberdade comercial e econômica, é uma suposição empírico-normativa senão evidentemente falsa ($e = 2^{-2}$), ao menos plausível ($p = 2^{-1}$).

Em síntese, a fórmula de peso ficaria assim:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j} \longrightarrow W_{i,j} = \frac{2^2 \cdot 2^0 \cdot 2^0}{2^0 \cdot 2^0 \cdot 2^{-2}} \longrightarrow W_{i,j} = \frac{4.1.1}{4.1.\frac{1}{2}} = 2$$

⁴¹² Observe-se que a alternativa da execução fiscal é tratada com uma alternativa menos eficiente que a proibição imposta pela regra, porém, ela é também menos onerosa, pois confere ao devedor às prerrogativas do contraditório e ampla defesa associadas ao devido processo legal. A regra proibitiva, apesar de um pouco mais eficiente que a execução fiscal, por colocar a empresa devedora em uma situação de apuros que precisa ser sanada – mediante o pagamento do tributo – rapidamente se ela deseja sobreviver, impõe também um gravame muito mais oneroso sobre o exercício da atividade comercial. Logo, se a alternativa fosse tão eficiente quanto a regra proibitiva, por ser menos onerosa, faria com que esta fosse reputada desproporcional já na etapa de análise da necessidade e não da proporcionalidade em sentido estrito como aconteceu no caso. Veja que os juízos tocantes à eficiência, celeridade e onerosidade da regra objeto de controle de constitucionalidade, presente na decisão do STF, referem-se, contudo, à confiabilidade das suposições empíricas e não à análise de necessidade integrante da segunda etapa do teste de proporcionalidade. Cf., sobre quando os juízos de eficiência e onerosidade pertencem à etapa da necessidade e quando pertencem à etapa da proporcionalidade em sentido estrito, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo, Malheiros: 2010, pp. 170-172. Por outro lado, cf., para ver como a análise da eficiência e onerosidade na fase da necessidade influencia os resultados da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp. 170-177

O resultado positivo importa a precedência condicionada de P_i sobre P_j e, portanto, a inconstitucionalidade da regra do RICMS, ficando o caso, então, sujeito a um novo regramento, cujas premissas desdobram-se da seguinte forma:

- .(1) É vedado constitucionalmente ao poder tributário estatal valer-se de meios coercitivos que importem em interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional para obter a satisfação de obrigações tributárias.
- .(2) A legislação tributária do Estado de Santa Catarina proibiu as empresas devedoras do ICMS a confeccionar talonários de notas fiscais.
- .(3) Proibir empresas em débito com o Fisco de emitirem talonários de notas fiscais constitui meio coercitivo que importa em grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional para compeli-la ao pagamento do tributo.
- (4) A legislação tributária do Estado de Santa Catarina infringiu a vedação constitucional, devendo, portanto, sofrer os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (1), (2) e (3).

b) As múltiplas interpretações de uma regra

O mesmo raciocínio jurídico expendido acima, erigido por intermédio da utilização da fórmula de peso e com a sucessiva observância do ônus argumentativo que cada uma de suas variáveis incute ao intérprete, pode também ser empregado na hipótese "iv", obviamente, ponderadas as devidas variações quantitativas e qualitativas de cada caso e norma. Contudo, há diferenças marcantes no tocante o recurso ao sopesamento quando o enunciado jurídico de uma regra admite mais de uma interpretação, são nessas diferenças que me ateei a fim de não prolongar desnecessariamente a exposição e repetir o que já foi esclarecido. Na hipótese em comento o método subsuntivo se prostra e requer a suplementação do sopesamento de uma outra maneira, a saber, não como um expediente do processo heurístico envolvido na identificação da regra adequada ao caso concreto, mas como um expediente volvido à esclarecer as premissas do silogismo jurídico de uma regra já predeterminada. Daí porque a interpretação do conteúdo multifacetado de uma regra, no contexto do controle de constitucionalidade, coincide, algumas vezes, com situações nas quais o uso da técnica da interpretação conforme a constituição se faz presente. Isso tende a acontecer, pois, o problema hermenêutico-normativo que ora se coloca, semelhantemente à interpretação conforme, localiza-se no âmbito da interpretação da lei e não no da aplicação, como ocorre na hipótese

"iii". Em outras palavras, enquanto o problema da multiplicidade de interpretações tem o sopesamento preocupado com qual interpretação será dada à regra, o problema das variadas possibilidades de consequência jurídica tem o sopesamento como um método preocupado com o resultado da aplicação normativa. Essa diferença metodológica do sopesamento perante ambas as hipóteses engloba outra, na hipótese "iv" o sopesamento objetiva definir o conteúdo da norma, ao passo que na hipótese "iii" ele objetiva definir a consequência jurídica da norma ou a norma adequada ao caso concreto.⁴¹³

Ilustra bem o problema jurídico ora em pauta o caso da ADI 4.274/DF,⁴¹⁴ que tinha como principal objeto a interpretação do § 2.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), cuja redação é a seguinte:

Art. 33 [...]

§ 2.º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Por ocasião do julgamento, o STF precisou duas interpretações bastante particularizadas desse dispositivo legal, uma assentada pelo magistério da doutrina, que diz que o referido tipo penal exige, para sua caracterização, "*o direcionamento da conduta de 'induzir, instigar ou auxiliar' para um sujeito determinado, ou para um determinado grupo de pessoas*", e outra sustentada, à época, pela jurisprudência das cortes inferiores, que defendia a utilização da sobredita regra penal como fundamento para "*a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes*". Diante dessas duas possibilidades, o min. Ayres Britto especificou o objeto da ação da seguinte forma: "*trata-se de preceito portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal*". A partir daí, a Corte, reconhecendo que a utilização exclusiva da subsunção não bastaria ao caso, passou a construir proposições externas às premissas da regra no intuito de especificar o seu correto conteúdo, que tinha como pano de fundo a colisão entre os direitos à saúde e à paz públicas, de um lado, e as liberdades de expressão e de reunião, de outro. Ora veja, no caso em apreço, a estrutura e as premissas da norma permanecem intactas no raciocínio silogístico, o que acontece é apenas a justificação externa de seu conteúdo. A regra continua a operar, mesmo após a suplementação do sopesamento, da seguinte maneira:

⁴¹³ Essas diferenças refletem, em certa medida, as diferenças entre a declaração de inconstitucionalidade e a interpretação conforme. A propósito, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", *Revista Direito GV* 2:1 (2006), pp. 200-202.

⁴¹⁴ ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 30/05/2012.

- .(1) Quem induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido de droga, deve ser punido com pena privativa de liberdade de um a três anos, e multa de cem a trezentos dias-multa.
- .(2) Y induziu K ao uso indevido de droga.
- (3) Y deve ser punido com pena privativa de liberdade de um a três anos, e multa de cem a trezentos dias-multa. (1) e (2).

A questão, aqui, consiste em nada mais do que descobrir o que significa induzir alguém ao consumo de entorpecente. No caso da ADI 4.274/DF, se debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas configura o ato de induzir ou instigar contido no tipo penal.

Pois bem. Cabe destacar alguns argumentos evocados no acórdão do STF que revelam o recurso ao sopesamento como forma de definir o conteúdo das premissas da regra. O min. Ayres Britto, por exemplo, pavimentou o caminho até o sopesamento com argumentos do tipo: "[...] *não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização*" e "*nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode se blindar contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla e livre discussão dos seus efeitos e das suas virtudes*".

No entanto, foi com o min. Gilmar Mendes que o sopesamento passou a ser deliberado abertamente pela Corte, quando introduziu o seguinte ponto: "*Em vários ordenamentos constitucionais, há previsão para leis sobre a liberdade de reunião, especialmente para a liberdade de reunião a céu aberto, por conta dos conflitos que esse exercício de direito enseja*". E, com amparo nessa asserção, começou a fazer provocações aos demais membros do Plenário: "[...] *o caso Ellwanger, da prática de racismo, se nós traduzíssemos a liberdade de expressão, que foi objeto daquele debate, para o campo da liberdade de reunião, difundir aquelas ideias, atacar grupos numa praça pública poderia isso ser aceito?*". De toda sorte que, levando o seu argumento ao extremo, indagou:

Eu fico a imaginar, por exemplo, que um grupo qualquer – e nós sabemos que há esse tipo de organização hoje, pois a toda hora se noticia na Internet – passasse a defender, Presidente, sem querer chocar, a pedofilia a descriminalização da pedofilia. E, aí, dir-se-ia: "*É aceitável? Não é aceitável?*" Como nós vamos operar com essa ideia se quiséssemos fazer uma reunião aqui na Praça dos Três Poderes com esse objetivo?⁴¹⁵

Esses questionamentos do min. Gilmar Mendes causou uma divisão na Corte, o min. Celso de Mello, por exemplo, propugnou que as pessoas teriam esse direito, de exprimir, em espaços públicos, novas ideias e novas propostas, pois não se pode impedir, *ex ante*, a livre

⁴¹⁵ ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 30/05/2012.

circulação de ideias, sob pena de se criar um domínio institucional por parte do Estado em detrimento do pensamento dos cidadãos, notadamente sobre o pensamento crítico. O que levou o min. Ricardo Lewandowski a rebelar-se, dizendo que admitir isso constituiria um atentado contra a paz social, porque a pedofilia é uma violência contra a pessoa. Instaurada essa querela, os membros do STF reconheceram que a liberdade de reunião conhece limites materiais, que estão contidos na própria Constituição e devem servir de parâmetro na análise de cada caso concreto. Com efeito, a questão das passeatas, movimentos e marchas a favor da descriminalização das drogas foi considerada pelos magistrados uma discussão sobre política pública que, assim como o debate sobre o aborto, que gira em torno do direito à saúde pública e do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, é um seriíssimo fenômeno social. De tal maneira que, inibir a discussão pela população sobre a descriminalização das drogas impediria o desenvolvimento de uma política estatal já instaurada acerca do tema, além de tolher um das manifestações mais estimadas do Estado Democrático de Direito e, mais propriamente da democracia participativa, que é o intercâmbio de ideias entre governantes e governados.

Além disso, no presente caso a variável do peso abstrato (W_i e W_j), desconsiderada no caso anterior em razão da semelhança entre a natureza dos princípios em colisão, exerce papel de relevo na composição da fórmula de peso, posto que quanto ao conteúdo geral das relações entre direitos individuais (*in casu*: liberdade de reunião e liberdade de expressão) e bens coletivos (*in casu*: paz pública e saúde pública), os primeiros gozam de uma primazia *prima facie* em relação aos segundos. O argumento para essa vantagem repousa na necessidade de uma ordem normativa da vida social que leva a sério o indivíduo como indivíduo. Naturalmente, o conceito de "levar a sério" embutido nesse argumento não importa que posições jurídicas de indivíduos não possam ser eliminadas ou restringidas em favor de bens coletivos, mas que uma justificação suficiente é necessária para tanto. Porém, nenhuma justificação é suficiente quando uma eliminação ou restrição é duvidosa para um direito individual ou para um direito coletivo, no sentido de inexistirem fundamentos melhores que indiquem claramente qual direito deve prevalecer, ou de existirem fundamentos igualmente bons a favor de ambos.⁴¹⁶ Nesse sentido, o argumento de se levar a sério a posição jurídica do indivíduo implica na primazia do direito individual sobre o direito coletivo, contudo, essa primazia, em casos duvidosos e de fundamentos igualmente bons, constitui uma primazia *prima facie*, pois ausentes essas condições ela desaparece. Essa primazia *prima facie*,

⁴¹⁶ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197.

portanto, repercute em um ônus argumentativo maior em desfavor dos bens coletivos para desbaratar os direitos individuais.⁴¹⁷ Para Matthias Klatt esse tipo de posicionamento engendra uma ideia similar a da noção de "direitos como trunfos", porém, relativizada. Ao se assinalar peso abstrato maior a alguns direitos em prejuízo de outros, produz-se uma espécie de "efeito trunfante", que postula: "*quanto maior o peso abstrato de um direito, maior será a probabilidade dele trunfar direitos colidentes*".⁴¹⁸ Cai por terra, portanto, a crítica de Möller de que o sopesamento não se coaduna com a proteção dos direitos como trunfos, que se alicerça na presunção, errônea como demonstrado, de que todos os direitos são relativizados e reduzidos a um mesmo peso ou métrica.

O que se vê, então, é uma regra produto de um sopesamento, que a depender da interpretação pode pender a favor da liberdade de reunião ou da paz pública, embora aquela já parta com alguma vantagem inicial devido ao seu maior peso abstrato. Se se entender que a balança pende a favor da paz pública, essa regra constitui uma cláusula restritiva à liberdade de reunião, e, se pelo contrário, ela pende a favor da liberdade de reunião, este princípio constitui uma cláusula restritiva à regra em questão. Note-se que, na hipótese de precedência vista no julgamento, devido à mediação do sopesamento necessária ao esclarecimento das premissas, entendeu-se haver uma cláusula restritiva com estrutura de princípio – em razão do maior peso concreto e abstrato dos princípios da liberdade reunião e expressão – na regra penal incriminadora, cujo resultado é justamente uma norma de natureza dúplice:

- .(1) É proibido, desde que não restrinja desproporcionalmente os direitos à liberdade de expressão e reunião, induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga,
- .(2) Grupos populares foram proibidos judicialmente de se reunirem em praça pública a fim de compartilhar ideias sobre a política de descriminalização das drogas.
- .(3) A discussão em torno das políticas públicas de descriminalização das drogas constitui exercício legítimo da liberdade de reunião e expressão.
- (4) A proibição judicial restringiu desproporcionalmente, por constituírem os atos populares de discussão em torno das políticas de descriminalização das drogas manifestações legítimas, as liberdades de reunião e expressão. (2) e (3).

⁴¹⁷ Robert Alexy, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 198.

⁴¹⁸ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 690.

- (5) Reunir-se em praça pública para discutir ideias sobre políticas públicas de descriminalização das drogas não é proibido. (1) e (4).

5.2 Sopesamento: uma forma de argumentação (ir)racional?

Esgotar todas as incongruências teóricas imputadas ao sopesamento seria algo impossível, posto que muitas delas ainda continuam sendo objeto de constantes debates, estando muito longe de serem dirimidas, sem contar que várias problemas teóricos ainda hão de surgir na medida em que a dogmática do sopesamento for se desenvolvendo. Por isso, quero explorar aqui apenas aqueles pontos que considero mais sensíveis para a argumentação jurídica embasada na técnica do sopesamento como instrumento voltado à justificação das cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

No começo deste capítulo destaquei dois grupos de críticas ao sopesamento, aquelas que o condenam por sua completa falta de racionalidade e aquelas que o condenam por sua demasiada objetividade racional. No que tange ao primeiro grupo, pretendo tratar de um problema que afeta a proposta de solução que expus acima, por meio da qual o recurso ao sopesamento se faz necessário para lidar com regras que apresentam duas ordens de dificuldades interpretativas, sendo, por isso, imperioso a correta aplicação do direito acessar os princípios lhes dão suporte material. A essa saída, todavia, poderia ser objetado que o operador do direito fica livre para, em qualquer caso, afastar a aplicação de uma regra, ou excluir a interpretação de uma regra, sob a justificativa de que há um princípio mais importante que justifique esse afastamento ou exclusão interpretativa. O que teria como grave consequência a criação de situações de insegurança jurídica.⁴¹⁹ Tudo isso restaria agravado pela inevitável subjetividade do sopesamento, que para embates dessa espécie (regra vs. princípio), permitiria ao intérprete simplesmente substituir a sua subjetividade pela subjetividade do legislador, o qual, pelo menos, goza de legitimidade democrática para lidar com esse tipo de questão. Na opinião de Schilink, quando decisões resultam de debates sobre como melhor perseguir a satisfação de um direito ou de um bem comum, elas consistem em decisões de natureza política e, como tais, pertencem exclusivamente à seara do Legislativo. Apenas quando decisões podem ser tomadas com base em parâmetros objetivos, os expertos legais estão legitimados a entrar no jogo institucional.⁴²⁰ No mesmo sentido, Jestaedt postula

⁴¹⁹ A propósito, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo, Malheiros: 2010, p. 52.

⁴²⁰ Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here", *Duke Journal of Comparative & International Law* 22:2 (2012), p. 300.

que o sopesamento, ao trazer para o direito a ideia de norma de direito fundamental atribuída, ou seja, aquela norma para a qual é possível uma justificação correta a partir dos direitos fundamentais, está a constitucionalizar todas as questões jurídicas. Se a norma corretamente justificada de acordo com a teoria dos princípios é aquela resultante de um processo de sopesamento estruturado com base na fórmula de peso, então, nenhuma margem de discricionariedade é deixada ao legislador, uma vez que todas as questões estariam sujeitas a ser constitucionalizadas e levadas ao crivo do Judiciário.⁴²¹ Poscher, ademais, chama atenção para outro aspecto desse problema, o fato da tese da otimização reclamar o sopesamento, também despoja os parlamentares de suas prerrogativas democráticas, já que se em toda colisão um resultado ótimo é demandado, resta a eles apenas adivinhar qual será a decisão tomada pelo Judiciário.⁴²²

No que diz respeito ao segundo grupo, desejo esclarecer uma impressão bastante disseminada na doutrina, mas que é produto de um equívoco, a de que a concepção de mandamento de otimização reclama uma "ponderação otimizante", ou seja, o sopesamento aspira a confecção, do ponto de vista metodológico, de uma única resposta correta para cada problema jurídico. Marcelo Neves diz que "*otimizar significa encontrar a melhor decisão dentro das condições jurídicas e fáticas que envolvem o caso*".⁴²³ Nessa esteira, ele apregoa que a concepção de mandamento de otimização só transmite esse significado prático, porque faz ela parte de uma intersubjetividade orientada para a solução do caso concreto mediante uma argumentação racional lastreada em condições ideais de discurso. Além disso, uma objeção muito particular, relacionada a essa, repudia principalmente a maneira como a fórmula de peso foi concebida, trata-se da crítica da incomensurabilidade. Tsakyrakis alega que sopesar importa em mensurar valores, interesses e direitos que são incomensuráveis, pecando notadamente pelo fato de adotar uma métrica comum a direitos de conteúdo tão diferentes. Assevera ele que, a única maneira de se introduzir um escala triádica como a do sopesamento, extremamente mecânica, é admitindo uma forma de utilitarismo, que pressupõe que todos os interesses axiológicos podem, em última instância, ser reduzidos a uma métrica compartilhada (dinheiro ou felicidade ou prazer) e, assim, mensurados uns contra os outros. O que importaria, entretanto, em uma estratégia muito arriscada, visto que assumiria o posto de

⁴²¹ Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 166-167 e 171.

⁴²² Ralf Poscher, "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris* 22:4 (2009), p. 426.

⁴²³ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2013, p. 141.

uma teoria da adjudicação constitucional cuja plataforma repousa na suposição de que existe uma única resposta correta para todas as questões extremamente controversas da filosofia moral.⁴²⁴ Webber, por seu turno, argui que o sopesamento, ao agir desse modo, traduz a ideia de que é um método absolutamente racional e objetivo, livre das subjetividades do mundo político e moral. Porém, assinala que não se pode aceitar esse desfecho, pois direitos, valores e interesses não podem ser transformados em entidades apolíticas e amorais, o que faria com que a argumentação sobre direitos constitucionais equivalesse às operações matemáticas.⁴²⁵ Em suma, a exatidão dogmática embutida no método do sopesamento, para Webber e Tsakyrakis, estaria depositada na intenção de fazer dele uma ferramenta argumentativa dotada da precisão do cálculo matemático. No entanto, o sopesamento não pode significar o mesmo que ir às compras, comparar direitos e interesses não pode ser o mesmo que comparar preços de mercadorias, admitir isso importaria no mais radical utilitarismo. Parece, contudo, ser essa a ideia transmitida pela dogmática de Alexy para esses autores e outros que com ela concordam.⁴²⁶

A valer, pretendo tratar sucintamente de cada um desses pontos, não necessariamente na ordem em que foram apresentados, a fim de ter elementos suficientes que, agregados aos anteriores, permitam-me tirar uma conclusão sólida acerca da racionalidade do sopesamento como um mecanismo apto ou inapto a satisfazer o ônus argumentativo decorrente das cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

5.2.1 A alocação do ônus argumentativo

A sensação de que o sopesamento, como forma de aplicação dos princípios, conduz a uma única resposta correta resulta da impressão de que a tese da otimização está associada à concepção de um ponto máximo, que, por sua vez, suprime qualquer margem de discricionariedade ou conformação legislativa.⁴²⁷ Möller, por exemplo, afirma que o conceito

⁴²⁴ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?" *International Journal of Constitutional Law* 7:3, p. 471.

⁴²⁵ Grégoire C. N. Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitution Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23:1 (2010), p. 191.

⁴²⁶ Na mesma linha de Tsakyrakis e Webber, cf. Massimo La Torre, "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 85-86.

⁴²⁷ Alexy cuida de dois gêneros principais de discricionariedade ligados à aplicação dos princípios por meio do sopesamento, são eles a *discricionariedade estrutural* e a *discricionariedade epistêmica*. A respeito, cf. Robert Alexy, "Posfácio". In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 584-627; Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp.170-185; e Matthias Klatt, "Taking Rights less Seriously. A Structural

de mandamento de otimização implica dois pontos: (a) ausente um princípio colidente, o princípio requer realização *completa*; (b) se há um princípio colidente, deve ser determinado em que medida cada princípio prepondera para que possam ser realizados "na maior medida possível".⁴²⁸ Para ele esses pontos significam uma coisa, e uma única coisa apenas, o de que a exigência da otimização "na maior medida possível" equivale a dizer "a medida correta", isto é a única resposta correta.⁴²⁹ A isso se soma a crítica já citada de Jestaedt de que o sopesamento, ao exigir uma justificação correta, constitucionaliza o direito e submete o legislador a alcançar um ponto máximo de otimização.

De fato, a tese do "ponto máximo", "medida correta" ou "justificação correta" implica que para o sopesamento deve existir sempre uma única resposta correta. Saber se essa impressão se confirma e a objeção da supressão da discricionariedade legislativa também, é preciso verificar o que se entende por "otimização", e isto foi feito ao longo deste trabalho,⁴³⁰ razão pela qual abordarei somente aquelas características que entendo talvez ainda mereçam algum esclarecimento.

Como disse repetidas vezes, o sopesamento corresponde à terceira subregra da regra da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, e, como tal, se ocupa daquilo que é juridicamente possível. Na análise do que é juridicamente possível, o sopesamento leva em conta a otimização em relação aos princípios colidentes, e o faz com base na já mencionada lei do sopesamento. Esta, por sua vez, tem sua complexidade reformulada pela fórmula de peso, que lhe fornece novos ares. O objetivo da fórmula de peso é estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios à luz das circunstâncias do caso concreto. Por causa dela, o estabelecimento dessa relação deixa de ser determinada estritamente pela comparação do grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio e o grau de importância do outro, passando também a abranger variáveis como o peso abstrato dos princípios e a confiabilidade das suposições empíricas. Em outras palavras, a fórmula de peso traz uma visualização mais sofisticada, em termos analíticos, da questão das

Analysis of Judicial Discretion", *Ratio Juris* 20:4 (2007), pp. 516-520. Não tratarei a fundo, entretanto, desses conceitos, pois eles além de não convirem aos propósitos desta pesquisa, possuem uma complexidade cuja devida atenção só poderia ser dada através de um novo trabalho acadêmico, com pauta e objetivo próprios. Isso não impede, todavia, que aspectos relacionados à discricionariedade estrutural e epistêmica sejam aqui explorados, como os princípios formais.

⁴²⁸ Kai Möller, "Balancing and the structure of constitutional rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 459.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ Veja que a objeção da supressão da discricionariedade legislativa não é algo inédito neste trabalho, venho ensaiando uma resposta para ela desde o tópico 2.2.4, quando a apresentei pela primeira vez.

possibilidades jurídicas.⁴³¹ Paralelamente, a existência de uma escala triádica permite uma classificação das restrições e também das realizações de direitos fundamentais. O escalonamento em *leve*, *moderado* e *sério*, obviamente, admite que discordâncias ocorram no âmbito do sopesamento e juízes invoquem argumentos diferentes para suas decisões, contudo, o que se sucede não é uma divergência pura e simples quanto ao desfecho da decisão (que prefere um princípio em detrimento de outro), mas, sim, uma divergência circunstanciada, que se concretiza através da fundamentação das mais variadas razões de ordem interna e externa. Desse modo, o sopesamento não se reduz a questão de se preferir isto àquilo, porquanto simples preferências não se coadunam com qualquer mecanismo de controle intersubjetivo.⁴³² Virgílio Afonso da Silva diz que a fórmula de peso não confere objetividade ao sopesamento ou a possibilidade de um diálogo intersubjetivo, pois ela apenas ilustra esse escalonamento, sendo este o responsável pelo passo inicial para uma maior objetividade.⁴³³ Penso exatamente o contrário, a fórmula de peso é quem confere a estrutura interna da argumentação traduzida pelo escalonamento, eis que aloca os ônus argumentativos a serem contentados pela estrutura externa da argumentação. Nessa esteira, a lei do sopesamento e a fórmula de peso é que constituem o passo inicial para uma maior objetividade, é preciso saber primeiro o quê escalonar (justificação interna) para, então, começar o escalonamento propriamente dito (justificação externa).

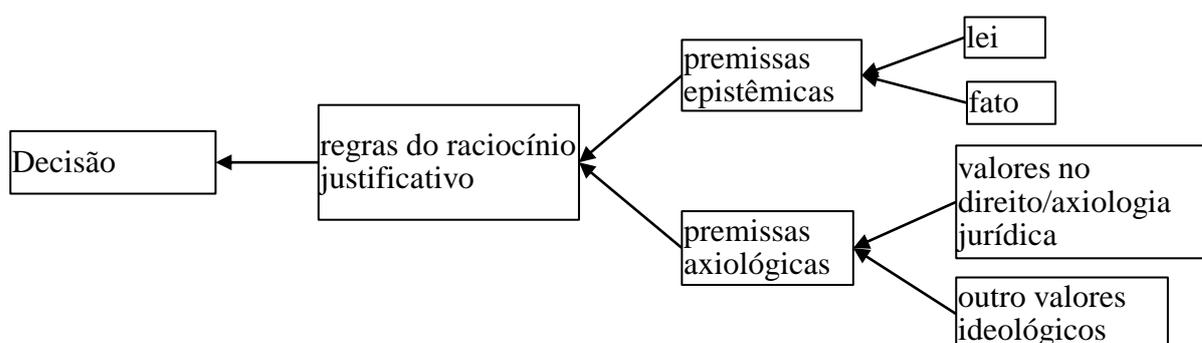
Para mim, essa é a melhor maneira de se observar os cinco níveis de Wróbleski para a justificação de uma decisão judicial. Efetivamente, o primeiro nível lida com a coerência entre as premissas aceitas pelo aplicador do direito e a decisão (justificação interna). O segundo nível lida com a aceitabilidade das premissas da decisão, *i. e.*, com a plausibilidade das premissas epistêmicas e axiológicas do ponto de vista do agência controladora. O terceiro nível lida com a aceitabilidade das regras do raciocínio justificativo utilizado pelo aplicador de acordo com os paradigmas aceitos pela agência controladora. O segundo e terceiro níveis são elementos da justificação externa de uma decisão e são institucionalmente utilizados quando uma decisão judicial é controlada, por exemplo, em sede recursal. Por sua vez, o quarto nível lida com as pressuposições da justificação interna e externa, as quais têm como composição estrutural os grupos acima mencionados. Por fim, o quinto nível lida com as

⁴³¹ Nesse sentido, cf. Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 134-136.

⁴³² Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, 370-371.

⁴³³ *Ibidem*, pp. 371-372.

escolhas básicas que não podem mais ser justificadas dentro de um dado discurso, mas que são conferidas ou poderiam ser, eventualmente, explanadas por intermédio de, por exemplo, "formas compartilhadas de vida". Os níveis quatro e cinco são o objeto das reflexões científicas e/ou filosóficas que, entretanto, não funcionam no nível institucional de operação do direito.⁴³⁴ Sistemáticamente, uma decisão judicial justificada se apresenta no seguinte formato:⁴³⁵



Ao perfazer esse esquema, em todos os níveis que lhe são inerentes, o sopesamento, por meio da fórmula de peso, de fato, não nos diz como os pesos concretos a serem atribuídos às variáveis são identificados, mensurados e comparados. Não obstante, a sua formulação aritmética permite-nos saber o quê deve ser estabelecido ou justificado, nomeadamente as intensidades de interferência, os pesos abstratos e a confiabilidade das premissas relevantes. Por conseguinte, os valores que substituirão as variáveis da fórmula de peso correspondem a proposições empíricas e normativas a respeito desses três fatores em ambos os lados do processo de sopesamento, por exemplo, a proposição de que um determinado ato normativo-tributário causa uma intervenção gravíssima no direito à liberdade de atividade econômica. Conforme vimos, tal proposição pode ser justificada, e, é claro, tem que ser justificada a fim de cumprir o mandamento constitucional da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, inciso IX). E isso só pode ser feito de uma maneira, através da argumentação jurídica.⁴³⁶ Assim, a fórmula de peso apresenta-se como uma forma de argumento do discurso jurídico racional,⁴³⁷ e, como tal, imprescindível para introduzir ordem ao pensamento jurídico. Desse

⁴³⁴ Jerzy Wróblewski, "Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common Law Systems – Some Reflections on Julius Stone's Approach", *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy* 10:3 (1986), p. 193-194.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁴³⁶ Robert Alexy, "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 334.

⁴³⁷ *Idem*, "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights* 4:1 (2010), p. 32.

modo, a fórmula de peso é bem o oposto de uma mera fachada retórica ou de um esquema que destrói os diferentes níveis do ordenamento jurídico produzindo uma constitucionalização do direito. Apesar de permitir que toda relação jurídica possa ser construída como uma colisão de direitos fundamentais, isto não implica que tudo é requerido ou garantido pela constituição, pelo contrário, a fórmula de peso confere uma considerável margem de discricionariedade à legislatura, dado o grande número de casos sujeitos a impasses.⁴³⁸

Vale dizer, se a fórmula de peso obtém que o peso concreto ($W_{i,j}$) de P_i é maior que um ($W_{i,j} = >1$), P_i precede P_j , porém, se é menor que um ($W_{i,j} = <1$), P_j precede P_i . Se, entretanto, o peso concreto é igual a um ($W_{i,j} = 1$), um impasse existe e, neste caso, é permitido tanto realizar a medida restritiva em questão como omiti-lá. Isso significa que o Estado, especialmente o legislador, possui discricionariedade para decidir. O que é de importância fundamental para se repelir a crítica da constitucionalização do direito e da supressão da discricionariedade legislativa.⁴³⁹ Por outro lado, a objeção de que a fórmula de peso leva o raciocínio jurídico do sopesamento a transformar-se em cálculo matemático também deve ser afastada, uma vez que decorrente de uma concepção errada sobre o papel dessa fórmula. Como já salientado acima, os números atribuídos às variáveis da fórmula de peso correspondem a proposições normativas e empíricas estruturadas a partir da prática da argumentação jurídica e, desta feita, estão sujeitos ao controle intersubjetivo próprio dos discursos jurídicos.⁴⁴⁰

5.2.1.1 *Plurivalência da resposta do sopesamento*

Se um discurso jurídico-racional pode ser definido como aquele que expressa argumentos, de um lado, em prol de certas teses e, de outro, a favor de qual curso argumentativo deve prevalecer, então, dois estágios ou níveis da argumentação podem ser distinguidos. O primeiro estágio tem por desígnio precípua a construção de argumentos, já o segundo visa à comparação de argumentos. Um discurso jurídico para ser racional deve seguir, portanto, dois tipos de regras, nomeadamente regras que dizem respeito à construção de argumentos e regras que se referem ao procedimento do discurso, *i. e.*, regras que norteiam a comparação de argumentos.⁴⁴¹ As primeiras são as chamadas regra da justificação interna,

⁴³⁸ Robert Alexy, "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2012, p. 335.

⁴³⁹ *Idem*, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014), p. 4. Disponível em <<http://revus.revues.org/2783>>. Acesso em 03/04/2014.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Idem*, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", *Ratio Juris* 5:3 (1992), p. 232.

cuja estrutura formal básica já conhecemos. Nesse panorama, os argumentos de um discurso jurídico devem ser construídos de acordo com as regras do primeiro estágio, dentre as quais, destacam-se as regras da lógica. Logo, argumentos que deem suporte a teses contraditórias, ou de qualquer outra forma incompatíveis, devem ser cotejados de modo a se alcançar uma decisão que ponha fim a esse embaraço, que declare qual o argumento predominante. Esse processo, entretanto, remete-se às regras do segundo estágio, as quais são, por seu turno, muito gerais para permitir uma única resposta a cada caso. Segundo Alexy, a observância dessas regras e a utilização de formas de argumento como o silogismo jurídico do esquema subsuntivo aumentam a probabilidade de se chegar a um consenso em questões práticas, mas não garantem que esse consenso possa ser alcançado com relação a toda e qualquer questão, bem como não asseguram que um acordo consensual possa ser obtido de forma final e irreversível.⁴⁴² Desse modo, as regras da argumentação jurídica somente delimitam aquilo que é discursivamente justificável (possível) daquilo que é discursivamente injustificável (impossível). Tanto é assim, que há casos em que dois resultados incompatíveis são igualmente justificáveis, sem que isso importe não violação das regras da argumentação.⁴⁴³

Diante disso, pode-se indagar: a fórmula de peso se encaixa nas regras do primeiro ou do segundo estágio? É essa pergunta que Bartosz Brożek tenta responder ao alertar que se fosse admitida a interpretação de que a fórmula de peso pertence ao primeiro grupo de regras, então, teríamos que aceitar que ela é utilizada antes mesmo do início do processo de argumentação, o que é altamente dubitável. Pelo contrário, faz muito mais sentido dizer que a fórmula de peso resolve colisões entre princípios, ou melhor ainda, resolve colisões entre argumentos baseados em princípios. O que faz dela uma regra que exerce seu papel no segundo estágio da argumentação, percepção esta corroborada pelo fato de que a fórmula de peso aplica-se a normas jurídicas válidas e toda decisão em torno de qual norma jurídica deve se aplicar decorre do resultado de um processo argumentativo.⁴⁴⁴

A fórmula de subsunção, por sua vez, serve ao propósito de construir argumentos, pois, conforme observado nos vários exemplos acima, o sopesamento entre princípios não pode ser solucionado com o uso isolado da fórmula de peso, é necessário a intermediação do esquema dedutivo convencionado por aquela. Assim, a diferença entre regras e princípios não se resume ao fato de que as regras são aplicadas por subsunção e os princípios por

⁴⁴² Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, New York: Oxford University Press, 1989, p. 206.

⁴⁴³ *Ibidem.* p. 207.

⁴⁴⁴ Bartosz Brożek, "The Weight Formula and Argumentation". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 324.

sopesamento, pois no primeiro estágio da argumentação, tanto os argumentos baseados em regras quanto os argumentos baseados em princípios devem adquirir a forma de esquemas dedutivos. A diferença, portanto, reside no segundo estágio da argumentação, quando colisões entre princípios ou entre regra e princípio são decididos através do recurso ao sopesamento e sua respectiva fórmula.⁴⁴⁵

Assim sendo, a fórmula de peso não dita uma única resposta correta, mas várias respostas racionais, uma vez que os pesos atribuídos às variáveis podem variar de argumentação para argumentação, mormente dependendo do paradigma teórico do qual se parta. Ao contrário do que possa parecer, o sopesamento não tem por meta fornecer uma única resposta correta, de acordo com a qual todos devem, ou pelo menos deveriam, se conformar. O sopesamento como forma de argumento dogmático tem a justificação de suas premissas ordenada de uma tal maneira,⁴⁴⁶ que assumir a possibilidade de uma resposta única, em termos de uma verdade objetiva, chega a ser ridícula. Uma resposta desse tipo só seria cabível em condições ideais. Portanto, por "única resposta" o sopesamento quer dizer uma resposta decorrente de sua justificação interna e externa, que deriva cogentemente de premissas aceitas. Assim como o silogismo lógico possui uma resposta cogente e única somente se a justificação de suas premissas foram previamente admitidas como válidas, o sopesamento fornece uma única resposta somente sob as mesmas condições,⁴⁴⁷ conquanto as premissas que devem ser reconhecidas argumentativamente como válidas são aquelas ditadas pela fórmula de peso.

5.2.1.2 *Incomensurabilidade: a impossibilidade de se comparar direitos?*

A minha atenção, aqui, volta-se estritamente para questões de ordem prática, atreladas à aplicabilidade das normas jurídicas, envolvendo pontos específicos dos elementos dogmáticos que compõem o sopesamento como ferramenta argumentativa, razão pela qual, desde já, considerarei despiciendas, para os fins deste tópico, questões de cunho mais filosófico, como a distinção, por exemplo, entre incomensurabilidade forte e incomensurabilidade fraca.⁴⁴⁸ O enfoque que será dado aqui recairá, em especial, sobre duas

⁴⁴⁵ Bartosz Brożek, "The Weight Formula and Argumentation". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp. 325-326.

⁴⁴⁶ Cf. tópico 5.1.1.

⁴⁴⁷ Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31:2 (2011), p. 291.

⁴⁴⁸ A propósito, cf. Jeremy Waldron, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal* 45:4 (1994), pp. 813-824.

vertentes do já citado argumento da incomensurabilidade, que postulam basicamente que: i) a adoção do sopesamento arrisca negligenciar a complexidade do juízo moral e, especialmente, a complexidade dos direitos, pois o nosso universo moral inclui ideias insuscetíveis à quantificação;⁴⁴⁹ ii) o sopesamento pressupõe uma métrica comum, que, em última instância, traduz a adoção de uma teoria moral de conotação extremamente utilitarista, porquanto reduz os direitos e interesses a um padrão compartilhado sob o qual possa mensurá-los uns contra os outros.⁴⁵⁰

O sopesamento não depende de uma quantificação matemática exata dos princípios em colisão, pois, como visto, ele lida, no fundo, com argumentos e não com grandezas numéricas. Tanto que, a possibilidade de se assinalar pesos a princípios, valores ou interesses resulta da argumentação jurídica que é desenvolvida com ajuda dos parâmetros estipulados pela escala triádica, e não por uma operação matemática, o que ocorre, inclusive, mediante o uso de teorias da moral. Com efeito, vários dos princípios utilizados pelo raciocínio moral e jurídico podem ser submetidos a esse tipo de escalonamento, a despeito de sua insuscetibilidade à quantificação matemática. A atribuição de um peso a um dado princípio pode ser – e constantemente é – alvo de disputas, mas isto é uma questão da justificação externa do sopesamento, não afetando, desse modo, a concepção da escala triádica.⁴⁵¹ Admitir o contrário, implicaria na já descrita crítica que reputa o sopesamento um método irracional, porque negaria a possibilidade de se atribuir pesos e valores a partir de proposições jurídicas e empíricas racionais. O que não é verdade como vimos, o uso da escala triádica somente importaria em irracionalidade caso fosse impossível decidir-se a respeito da atribuição de pesos no plano racional. No entanto, reconhecer essa impossibilidade causaria efeitos catastróficos à argumentação jurídica, uma vez que negaria a própria possibilidade da existência de uma racionalidade nos juízos jurídicos e morais. Dessa maneira, a atribuição dos valores referentes às categorias leve, moderada ou séria a uma restrição de direito fundamental é uma argumentação que pertence à justificação externa e, como tal, está sujeita a todas as suas volatilidades, podendo ser objeto de controvérsias a qualquer tempo e em qualquer plano.⁴⁵²

De outro ângulo, ainda que se admita a possibilidade de se atribuir pesos ou importâncias a princípios ou direitos, como, aliás, faz o sopesamento, há quem diga, conforme

⁴⁴⁹ Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?" *International Journal of Constitutional Law* 7:3, p. 475.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 471.

⁴⁵¹ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 696.

⁴⁵² *Ibidem*, pp. 696-697.

observamos anteriormente, que não é possível reduzi-los a um critério singular comum de comparação. Sendo inapropriado, portanto, submeter bens, valores e direitos a uma escala comum, haja vista que inexistente uma unidade de mensuração unívoca aplicável a todos eles. A recusa em se aceitar isso provocaria supostamente a distorção, transformação, ou desvirtuação do valor, direito, ou bem em questão, pois implicaria em comparar coisas incomensuráveis. Em síntese, o acolhimento de uma medida comum a permitir a comparação, sobretudo, entre direitos fundamentais falharia em capturar tudo aquilo que é realmente importante para eles como uma opção *sub judice*.⁴⁵³ Nesse sentido, sustenta-se que a escala triádica do sopesamento não pode servir de ponto comum para a comparação de direitos, isto não quer dizer, entretanto, que não seja possível preferir-se um princípio ao outro racionalmente. Essa decisão, todavia, segundo críticos como Tsakyrakis, só pode ser tomada com suporte em argumentos morais, os quais o sopesamento rejeitaria em sua sanha avassaladora por uma racionalidade objetiva.⁴⁵⁴ Sem embargo, conforme já demonstrado, inclusive com o uso de exemplos da jurisprudência do STF, o sopesamento nunca demonstrou aversão à moralidade. Sua estrutura, sobretudo a externa, sempre deu margem para que o raciocínio moral fosse desenvolvido no estabelecimento de precedências entre princípios. Aliás, só podem ser objeto de sopesamento atos normativos estatais considerados legítimos, adequados e necessários, juízos esses da regra da proporcionalidade que obviamente trazem consigo certa carga de moralidade. Dizer no que consiste uma pretensão legítima para o direito implica, inescapavelmente, de uma maneira ou de outra, a análise de questões valorativas.⁴⁵⁵

Nada muda, contudo, o fato de que o sopesamento sugere a imagem de uma balança, em cujos pratos duas coisas estão a ser comparadas em relação a uma mesma unidade de mensuração, por exemplo, gramas. Persiste, assim, a dúvida se é possível sopesar, por exemplo, o direito à liberdade de expressão contra o direito à privacidade, eis que eles detêm, naturalmente, conteúdos fático-normativos distintos. À vista disso, se não é possível encontrar-se um ponto comum entre eles, também sopesá-los não é possível, a não ser que se admitisse a comparação de bens incomensuráveis. Nesse contexto, comparar o direito à liberdade de expressão com o direito à privacidade equivaleria a comparar maçãs com

⁴⁵³ Grégoire C. N. Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitution Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23:1 (2010), p. 194.

⁴⁵⁴ Cf. Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?" *International Journal of Constitutional Law* 7:3, pp. 473-475.

⁴⁵⁵ Cf., nesse sentido, Kai Möller, "Proportionality: Challenging the critics", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 716. Nesse ensaio, ele mesmo acaba contradizendo parte das acusações feitas ao sopesamento em Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), pp. 453-468.

laranjas, segundo os críticos do sopesamento.⁴⁵⁶ Virgílio Afonso da Silva, em face dessa problemática, que não é nova, argui que as objeções fundadas na incomensurabilidade dos direitos fundamentais têm suas raízes encravadas em suposições falaciosas, que confundem os conceitos de incomensurabilidade, incomparabilidade e sopesamento.⁴⁵⁷ De fato, os conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade não são sinônimas, nem tampouco um pode ser tido como consectário do outro, muito embora seja assim que os críticos do sopesamento costumam tratá-los. Se uma coisa pode ser extraída com clareza dos discursos de Tsakyrakis e Webber, é que duas coisas (bens, direitos, interesses, princípios, valores, etc.) são incomensuráveis quando não há uma medida comum que possa ser aplicada a ambos compartilhadamente. No entanto, a realidade mostra que é possível sim comparar-se duas coisas incomensuráveis, desde que o faça relativamente a um valor escolhido ou um valor que abranja uma qualidade comum entre bens em comparação. É dizer, eu posso comparar maçãs com laranjas, desde que eu não o faça *sic et simpliciter*, é preciso estabelecer antes um parâmetro comparativo, de modo que quanto mais detalhada for a definição desse parâmetro maior a possibilidade de se alcançar uma decisão racional.⁴⁵⁸ Assim, eu poderia muito bem comparar maçãs com laranjas se o meu objetivo fosse, por exemplo, identificar qual dessas frutas possui a maior concentração de ácido ascórbico (vitamina C) na sua composição.

Essa é a ideia convencionalizada pela lei do sopesamento, que cria uma espécie de comensurabilidade entre princípios em colisão. Em verdade, o que se torna comensurável, como já explicado, não são os princípios em si, mas argumentos sobre graus de não-satisfação ou de detrimento de um princípio e graus de satisfação ou importância em se satisfazer o outro princípio.⁴⁵⁹ Perceba que as demais variáveis da fórmula de peso (peso abstrato e confiabilidade das suposições empíricas) não fazem parte dessa equação comparativa, apenas as variáveis presentes na lei do sopesamento a integram. Isso porque comparações são sempre feitas entre alternativas concretas e não entre valores abstratos. Quando alguém realiza comparações entre direitos constitucionais no intuito de estabelecer uma preferência, ela não intenta comparar pesos abstratos, diga-se, do direito à liberdade de expressão e do direito à privacidade, ou da livre atividade econômica e do meio ambiente equilibradamente sustentável.⁴⁶⁰ O que acontece é que a situação concreta dita as inúmeras possibilidades de

⁴⁵⁶ T. Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal* 96:5 (1987), p. 972.

⁴⁵⁷ Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31:2 (2011), p. 276.

⁴⁵⁸ Cf. *Ibidem*, p. 284.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, pp. 285-286.

trocas entre graus de não-satisfação e graus de satisfação na proteção e realização de direitos, sendo que a avaliação do peso de uma dessas variáveis influencia diretamente o peso da outra. O ganho em importância de um princípio importa necessariamente a perda de outro.

Isso não ocorre, todavia, com as variáveis do peso abstrato e do grau de confiabilidade das suposições empíricas presentes na fórmula de peso. A fixação do peso abstrato de um direito fundamental depende estritamente do paradigma teórico do qual se parte, *e. g.*, se de uma teoria ético-jurídica que privilegia as liberdades públicas em prejuízo da segurança pública em situações de incerteza (*in dubio pro libertate*), se de uma concepção relativa de "direitos como trunfos" que favorece os direitos individuais em detrimento dos direitos coletivos,⁴⁶¹ se de uma teoria que declara que as normas trabalhistas devem ser sempre interpretadas em prol do trabalhador (*in dubio pro operario*), ou se de uma teoria que entende que o direito à igualdade tem uma primazia axiológica em nível abstrato relativa ante a outros direitos.⁴⁶² Enfim, os pesos abstratos podem ser idênticos, mas também podem variar em relação uns aos outros. Vale dizer, dependendo do contexto político-social de uma comunidade, uma teoria pode surgir no sentido de ranquear a importância de um princípio em relação ao outro. Por exemplo, os Estados Unidos tendem a considerar a liberdade um ativo muito mais valioso que a privacidade diferentemente das nações europeias, que tendem a equipará-los. Trata-se de uma questão de discricionariedade, no caso, de discricionariedade cultural.⁴⁶³ Por outro lado, o grau de confiabilidade das suposições empíricas depende nada mais nada menos do que de uma constatação fática, capaz de identificar uma relação de causalidade entre a medida estatal adotada (por exemplo, um ato normativo) e a consequência para outros bens jurídicos igualmente protegidos. Portanto, assim como a variável do peso abstrato, a aferição do grau de confiabilidade das suposições empíricas não depende de qualquer tipo de comparação.

Posto isso, vê-se que é correto afirmar que as comparações e o sopesamento sempre se dão entre alternativas concretas, porém, embora o sopesamento apenas compare argumentos baseados em princípios diante de condições efetivas do mundo real, ele também abarca qualidades incomparáveis, como o peso abstrato e a confiabilidade das premissas.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Cf. tópico 5.1.2.2, letra *b*.

⁴⁶² A propósito, cf. Humberto Ávila, *Teoria da Igualdade Tributária*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 147-149.

⁴⁶³ Cf., a respeito, Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp. 178-179.

⁴⁶⁴ As quais, aliás, além de empíricas podem também ser normativas, cf. Carlos Bernal Pulido, "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse:*

Nesse sentido, é possível dizer que a lei de colisão – (P1 P P2)C – , a lei do sopesamento e a fórmula de peso criam um tipo de comensurabilidade não apenas em relação às intensidades de interferência (I_i e I_j), mas também em relação aos pesos abstratos (W_i e W_j) e o grau de confiabilidade das premissas (R_i e R_j). Contudo, somente as intensidades de interferência dos princípios são comparáveis. A conclusão, portanto, só pode ser uma, a incomensurabilidade não impede que preferências racionais entre princípios sejam estabelecidas por meio do sopesamento. Este, por sua vez, não reclama uma precisão matemática, mas uma precisão na medida daquilo que a justificação externa de suas premissas requeiram. Sintomaticamente, o sopesamento herda quaisquer fraquezas presentes na justificação de um certo grau de interferência ou de importância na argumentação de um princípio.⁴⁶⁵

Os números na fórmula de peso são apenas ferramentas heurísticas representando a aferição, por exemplo, de uma intervenção estatal em um direito como leve, moderado ou sério. Eles ajudam, portanto, a tornar explícita a justificação interna do sopesamento, conferindo assim mais racionalidade ao processo argumentativo como um todo. Além disso, outro aspecto que refuta a crítica da precisão matemática, diz respeito à discricionariedade que o sopesamento permite, tanto na dimensão epistêmica como na dimensão estrutural.⁴⁶⁶

On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004, pp. 139-140.

⁴⁶⁵ Matthias Klatt and Moritz Meister, "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy", *International Journal of Constitutional Law* 10:3 (2012), p. 699.

⁴⁶⁶ Sobre essas duas dimensões cf., por todos, Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp.170-185; e Matthias Klatt, "Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion", *Ratio Juris* 20:4 (2007), pp. 516-520.

Capítulo 6
CONCLUSÃO

Neste singelo capítulo procurarei oferecer um panorama geral de como a tese proposta já no primeiro capítulo deste trabalho acabou sendo desenvolvida ao longo de toda a pesquisa, sobretudo, para lidar com as inconsistências teóricas levantadas⁴⁶⁷ e atribuídas a determinados expedientes da dogmática dos direitos fundamentais. Todavia, é necessário tomar cuidado para que os argumentos anteriormente expendidos não tenham a sua coerência amesquinhada nesta exposição final, posto que cada um deles foi empregado de maneira consciente e no seu devido tempo e lugar. Por outro lado, não quero passar a ideia de que a tese aqui defendida implica a superação de outras teses concorrentes, mas, sim, que ela consubstancia um caminho que pode ou não ser trilhado. No entanto, argumento que suas qualidades, quando comparadas às das outras, fazem dela uma opção hermenêutico-discursiva bastante atraente.

A tese de que falo apoia-se na premissa de que as cláusulas restritivas, como fenômeno que surge na formulação das normas de direitos fundamentais, reivindica a assistência do sopesamento para que sejam corretamente aplicadas. Entretanto, para que saibamos como o sopesamento deve assistir à argumentação jurídica dessas cláusulas, é preciso saber, antes de mais nada, a respeito da estrutura das normas jurídicas de direito fundamental em jogo. Particularmente desafiador, é o cenário no qual uma cláusula de exceção⁴⁶⁸ com estrutura de princípio é incluída em uma regra que tem sua aplicabilidade sujeita à resolução de uma colisão de direitos fundamentais. A mesma complexidade pode ser encontrada quando uma cláusula restritiva fundada em uma regra de precedência condicionada, resultante de um sopesamento de princípios,⁴⁶⁹ é inserida em uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio. Para entender ambos os eventos normativos, desde suas raízes, introduzi no capítulo 2 os aspectos básicos da distinção conceitual entre regras e princípios na teoria estrutural de Robert Alexy. Após explicar as peculiaridades de cada um desses conceitos, passei a entrelaçá-los até cair no dilema da colisão entre regra e princípio, ao qual propus uma saída. Naquela oportunidade, disse que se um princípio *P*

⁴⁶⁷ Cf. tópico 2.2.

⁴⁶⁸ Como já explicado, a cláusula de exceção é uma espécie de cláusula restritiva. A propósito, cf. tópicos 3.2 e 4.1.3.1.

⁴⁶⁹ Cf. tópico 2.1.2.2.

colidir com uma regra R , a realização de P ficará restringida por R , mas que tal colisão não poderia ser solucionada sopesando-se P contra R . Isso porque as regras pertencem à dimensão da validade, enquanto os princípios à dimensão de peso.⁴⁷⁰ Era preciso, portanto, sopesar o princípio P contra o princípio substantivo P_R , que dá suporte material a R , mais o princípio formal P_f , que exige que regras emanadas de autoridades democráticas legítimas sejam cumpridas.⁴⁷¹

Parece-me intuitivo que sugerir que princípios possam superar regras dê a impressão de que a segurança do sistema jurídico esteja ameaçada, notadamente porque os princípios tem o sopesamento como forma de aplicação. Essa impressão tem sua razão de ser no fato de que aqueles que nela acreditam supõem que o sopesamento nada mais é do que um mecanismo argumentativo que substitui a vontade do legislador pela vontade do intérprete, na medida em que ele dá total abertura a subjetivismos. Desse modo, ao se associar os princípios às regras, estar-se-ia legitimando uma redução da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que o recurso ao sopesamento se evidenciaria inevitável. Por conta disso, explicitiei no capítulo 3 como o sopesamento emerge na justificação constitucional das cláusulas restritivas de direitos fundamentais, utilizando-me dos elementos-chave da teoria do suporte fático. Nesse sentido, desenvolvi as teorias ampla e restrita do suporte fático a partir da discussão que roda em torno da definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Paralelamente, discuti as controvérsias geradas pelo embate entre a teorias interna e externa no que diz respeito ao conceito de restrição a direitos fundamentais.⁴⁷² Em decorrência, ficou claro como, onde e quando o sopesamento deveria atuar para fundamentar um discurso constitucional apto a justificar a inclusão de cláusulas restritivas em direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, demonstrei como a filiação à teoria do suporte fático amplo e à teoria externa permitem uma maior proteção dos direitos fundamentais, posto que o ônus argumentativo conferido ao intérprete é visivelmente maior nessas vertentes teóricas.

Nada obstante, acabei deixando de lado outro problema – o que fiz propositalmente com vistas a explorá-lo no capítulo 4 –, não basta saber como, onde e quando o sopesamento deve atuar na argumentação jurídica de normas de direito fundamentais para justificar a formulação de cláusulas restritivas, nem tampouco identificar o ônus argumentativo a ser

⁴⁷⁰ Os princípios, entretanto, possuem validade jurídica também, obviamente, mas se trata de uma validade jurídica diferente, que dá expressão à noção de peso, trata-se da chamada de validade reiterada. Cf., a propósito, Jan-Reinard Sieckmann, "The Fragmentation of Deontic Logic". In: Jaap Hage and Giovanni Sartor (eds.), *Law, Morality, Defeasibility*, Special Workshop of IVR 2003, pp. 8-10. Disponível em <http://www.cirfid.unibo.it/~agsw/lmpd03/papers/Sieckmann_Fragmentation.pdf>. Acesso em 18/05/2012.

⁴⁷¹ Cf. tópico 2.3.2.

⁴⁷² Cf. tópico 3.1.1.

satisfeito. É preciso também que se explique o porquê da teoria dos princípios requerer, de um ponto de vista lógico, o sopesamento, assim como o porquê há uma conexão necessária entre eles e a teoria dos direitos fundamentais. Foi isso o que fiz ao sustentar a primeira e a segunda tese da necessidade. Aquela defende que há uma relação lógica necessária e não contingente entre princípios e sopesamento, ao passo que esta defende que há uma conexão necessária entre a teoria dos princípios, incluindo, o sopesamento, e a teoria dos direitos fundamentais. O fato é que os direitos fundamentais são discursivamente fundamentados pelos direitos humanos, e estes, desde os primórdios, demandam o uso de alguma espécie de sopesamento. Nesse contexto, os direitos humanos emprestam aos direitos fundamentais a suscetibilidade ao sopesamento, o que, por sua vez, confere natureza dúplice aos direitos fundamentais, permitindo que o nível das regras e o nível dos princípios, eventualmente, sejam reunidos em uma única norma através da inserção de uma cláusula restritiva.

Trata-se, porém, de um fenômeno normativo que muitos reprovam, mormente porque haveria um déficit de racionalidade para explicá-lo. De um lado, observamos que há uma crença de que o sopesamento é um método irracional e, como tal, faltam-lhe parâmetros hábeis de serem controlados intersubjetivamente no processo de atribuição de pesos a direitos fundamentais. De outro, vê-se precisamente o oposto, a crença de que ele tem uma racionalidade tão hermética quanto às das ciências exatas, de tal forma que os direitos fundamentais acabariam reduzidos a um padrão comum passível de ser mensurado objetivamente, o que teria como censurável a perda da moralidade no direito. A verdade é que a racionalidade do sopesamento tem uma resposta tanto para um como para o outro problema. No primeiro caso, a resposta se encontra exatamente na maneira como as variáveis da fórmula de peso se concretizam, promovendo a alocação do ônus da argumentação em conjunto com a fórmula da subsunção. Já no segundo caso, a resposta se encontra no modo como o sopesamento, enquanto forma de argumento dogmático, se justifica internamente e externamente. O que se percebeu é que, o sopesamento, em sua estrutura interna, não dispõe de uma teoria moral preestabelecida, porém, a sua estrutura externa, abre a possibilidade para que diferentes teorias morais atuem na argumentação jurídica, criando-se por seu intermédio uma justificação constitucional que além de não fugir de questões morais, oferece parâmetros racionais de controle.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AARNIO, Aulis "Taking Rules Seriously". In: Werner Maihofer and Gerhard Sprenger (eds.), "Law and the States in Modern Times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August, 1989", *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie* 42, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990: 180-192
- ALEINIKOFF, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal*, Vol. 96, Num. 5 (1987): 943-1005.
- ALEXANDER, Larry. "Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 115-131.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trans. Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford, New York: Oxford University Press, 1989.
- _____. "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", *Ratio Juris*, Vol. 5, Num. 3 (1992): 231-251.
- _____. "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005): 572-581.
- _____. "Comments & Responses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 319-356.
- _____. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 2 (2003): 131-140.
- _____. "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* 22 (2014): 2-12. Disponível em «<http://revus.revues.org/2783>». Acesso em 03/04/2014.
- _____. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. "Discourse Theory and Fundamental Rights". In: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004: 35-51.
- _____. "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris*, Vol. 9, Num. 3 (1996): 209-235.

- _____. "Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*", *Ratio Juris*, Vol. 19, Num. 2 (2006): 169-179.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996): 1027-1034.
- _____. "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003): 433-449.
- _____. "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Vol. 3, Num. 1 (2009): 1-17.
- _____. "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000): 294-304.
- _____. "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 2 (2000): 138-147
- _____. "Posfácio". In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008: 575-627.
- _____. "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Num. 1 (2010): 19-32.
- _____. "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Vol. 12, Num. 4 (1999): 374-384.
- _____. "Two or Three?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010: 9-18.
- ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; e LARA-RESENDE, André. "Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil". In: Francesco Giavazzi, Ilan Goldfajn e Santiago Herrera (eds.), *Inflation Targeting and Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005: 265-294.
- ÁVILA, Humberto. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista Diálogo Jurídico*, Vol. 1, Num. 4 (2001): 1-36. Disponível em: «<http://www.direitopublico.com>». Acesso em: 03/05/2009.
- _____. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed, São Paulo: Saraiva, 2004.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis et présentés par Olivier Jouanjan*. Trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud. Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000.
- BÓDIG, Mátyas. "Rules, Principles, and the Problem of the Limits of Legal Reasoning". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010: 127-144.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOROWSKI, Martin. "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007): 197-240.
- _____. (ed.). "On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop "The Principles Theory" held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007". *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.
- BROŹEK, Bartosz. "The Weight Formula and Argumentation". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007: 319-330.
- BULYGIN, Eugenio. "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 2 (2000): 133-137.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CORBIN, Arthur L. "Legal Analysis and Terminology", *Yale Law Journal*, Vol. 29, Num. 2 (1920): 163-173.
- DIXON, Rosalind and GINSBURG, Tom. "Deciding not to decide: Deferral in constitutional design", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Num. 3-4 (2011): 636-672.
- DWORKIN, Ronald. "Rights as Trumps". In: Aileen Kavanagh and John Oberdiek, (eds.), *Arguing About Law*. New York: Routledge, 2009: 335-344.
- _____. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- FREITAS, Juarez. "A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. 1.ed., São Paulo: Malheiros, 2005: 317-356.

- GEWIRTH, Alan. "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, Num. 122 (1981): 1-16.
- GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; e HERRERA, Santiago (eds.). *Inflation Targeting and Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. "O perigoso artifício da ponderação entre princípios", *Revista Justiça & Cidadania* 108 (2009): 11-19.
- GUIBOURG, Ricardo A. "On Alexy's Weighing Formula". In: Jan-Reinard Sieckmann (ed.), "Legal Reasoning: The Methods of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 124 (2010): 145-159.
- HART, H.L.A. "Rawls on Liberty and its Priority", *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, Num. 3 (1973): 534-555.
- HODGSON, Geoffrey M. "What Are Institutions", *Journal of Economic Issues* Vol. 40, Num. 1 (2006): 1-25.
- HOHFELD, Wesley N. "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal*, Vol. 26, Num. 8 (1916): 710-770.
- _____. "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal*, Vol. 23, Num. 1 (1913): 16-59.
- JAKAB, András. "Re-Defining Principles as 'Important Rules': A Critique of Robert Alexy". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010: 145-159.
- JESTAEDT, Matthias. "The Doctrine of Balancing—its Strengths and Weaknesses". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 152-172.
- KAVANAGH, Aileen and OBERDIEK, John (eds.). *Arguing About Law*. New York: Routledge, 2009.
- KHOSLA, Madhav. "Proportionality: An Assault on Human Rights? A Reply", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Num. 298 (2010): 298-306.
- KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012.
- _____. "Robert Alexy's Philosophy of Law as System". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 1-26.
- _____. "Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion", *Ratio Juris*, Vol. 20, Num. 4 (2007): 506-529.

- KLATT, Matthias and MEISTER, Moritz. "Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, Num. 3 (2012): 687-708.
- KUMM, Mattias "Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, Num. 3 (2004): 574-596.
- _____. "Political Liberalism and the Structure of Rights". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 201-217.
- LA TORRE, Massimo. "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*. Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004: 77-93.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 40, Num. 160 (2003): 49-64.
- MAIHOFER, Werner and SPRENGER, Gerhard (eds.). "Law and the States in Modern Times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August, 1989", *Archives für Rechts- und Sozialphilosophie* 42, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990.
- MARTINS, Leonardo. "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, Vol. 3, Num. 5 (2003): 15-45.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENÉNDEZ, Agustín J. e ERIKSEN, Erik O. (eds.). *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004.
- MÖLLER, Kai. "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Num. 3 (2007): 453-468.
- _____. "Proportionality: Challenging the critics", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, Num. 3 (2012): 709-731.
- MÜLLER, Friedrich. "Basic Questions of Constitutional Concretization", *Rutgers Law Journal*, Vol. 31, Num. 2 (2000): 325-344.
- _____. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- _____. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NEVES, Marcelo. "Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal", *Revista Consultor Jurídico*, de 27 de outubro de 2012. Disponível em: «<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>». Acesso em: 21/11/2012.
- _____. "A incidência da norma jurídica e o fato jurídico", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 21, Num. 84 (1984): 267-284.
- _____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2013.
- PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- POINTEL, Jean-Baptiste "Balancing in a vector space". In: Jan-Reinard Sieckmann (ed.), "Legal Reasoning: The Methods of Balancing". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 124 (2010): 119-144.
- PORTO MACEDO JR., Ronaldo e CORTADA BARBIERI, Catarina Helena (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- POSCHER, Ralf. "Insights, Errors, and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", *Ratio Juris*, Vol. 22, Num. 4 (2009): 425-454.
- POSCHER, Ralf. "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?". In: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 218-247.
- PULIDO, Carlos Bernal. "On Alexy's Weight Formula". In: Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Constitutional Rights through Discourse: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives*, Oslo, Norway: Arena Report n.º 9/2004: 129-140.
- RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 3. ed., Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RIVERS, Julian. "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing". In: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007: 167-188.

- SCHAUER, Frederick. "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text". In: Matthias Klatt (eds.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012: 307-316.
- SCHLINK, Bernhard. "German Constitutional Culture in Transition", *Cardozo Law Review*, Vol. 14, Num. 3-4 (1993): 711-736.
- _____. "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, Num. 2 (2012): 291-302.
- _____. "The Dynamics of Constitutional Adjudication", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996): 1231-1238.
- SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). "Legal Reasoning: The Methods of Balancing: Proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 124 (2010).
- _____. "The Fragmentation of Deontic Logic". In: Jaap Hage and Giovanni Sartor (eds.), *Law, Morality, Defeasibility*, Special Workshop of IVR World 2003: 1-27. Disponível em «http://www.cirfid.unibo.it/~agsw/lmpd03/papers/Sieckmann_Fragmentation.pdf». Acesso em 18/05/2012.
- _____. "Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments", *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, Num. 2 (2003): 211-219.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2005,
- SILVA, Virgílio Afonso da. "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31:2 (2011).
- _____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", *Revista Direito GV*, Vol. 2, Num. 1 (2006): 191-210.
- _____. (org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. "Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.
- _____. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.
- _____. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

- _____. "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?". In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenjoni (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 605-618.
- _____. "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011: 363-380.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- SOUSA, Felipe Oliveira de. "O raciocínio jurídico entre princípios e regras", Vol. 48, Num. 192 (2011): 95-109.
- STEINMETZ, Wilson. "'Farra do Boi', fauna e manifestação cultural: Uma colisão de princípios constitucionais? – Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal", *Direitos Fundamentais & Justiça* 9 (2009): 260-273.
- _____. "Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais". In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005: 11-53.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Vieira "Princípio é preguiça?". In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011: 287-305.
- TAPPER, Colin. "A note on principles", *Modern Law Review*, Vol. 34, Num. 6 (1971): 628-634.
- TSAKYRAKIS, Stavros. "Proportionality: An assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Num. 3 (2009): 468-493.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Conceitos Básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- VELL, Paul-Erik N. "Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making", *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Num. 2 (2010): 176-228.
- WALDRON, Jeremy. "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, Vol. 45, Num. 4 (1994): 813-824.
- _____. "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, Num. 6 (2006): 1346-1407.
- WANG, Peng-Hsiang. "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?". In: Martin Borowski (ed.), "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010: 37-48.

WEBBER, Grégoire C. N. "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitution Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, Num. 1 (2010): 179-202.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common Law Systems – Some Reflections on Julius Stone's Approach", *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, Vol. 10, Num. 3 (1986): 187-202.