RAFAEL SCAVONE BELLEM DE LIMA

OTIMIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS, SEPARAÇÃO DE
PODERES E SEGURANÇA JURÍDICA:
O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Prof. Titular Dr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Orientador

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012

RAFAEL SCAVONE BELLEM DE LIMA

Otimização de princípios, separação de Poderes e
segurança jurídica: o conflito entre princípio e
regra

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo
Área de Concentração: Direito do Estado
Orientador: Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da
Silva

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora:

Aos meus pais

Agradecimentos

Ao meu orientador, Virgílio Afonso da Silva, agradeço não apenas a orientação competente e a disposição para discutir desde os pontos mais específicos deste trabalho até as questões mais gerais sobre a minha formação, mas também por incentivar a crítica e a discordância e apoiar de modo irrestrito as atividades acadêmicas de todos os seus alunos.

Ao Prof. Robert Alexy, que gentilmente me recebeu na Universidade de Kiel, agradeço a disposição para o diálogo e os ensinamentos fundamentais para a realização deste trabalho. Nos dois semestres que estive em Kiel, tive a oportunidade de discutir questões importantes sobre a teoria dos princípios com diversos professores e pesquisadores, aos quais devo minha gratidão. Agradeço especialmente a Gustavo Beade por todas as críticas, incentivos e, principalmente, pela amizade.

Aos professores Humberto Ávila e Marcos Paulo Veríssimo, membros da banca examinadora de qualificação, agradeço os comentários, as críticas e as sugestões que fizeram ao meu trabalho, inclusive após o exame de qualificação. Ao Marcos devo agradecer, ainda, o diálogo constante, que me proporcionou inúmeras oportunidades de reflexão e aprendizado.

Algumas idéias preliminares deste trabalho foram apresentadas e discutidas no *Simposio Humboldt – Internacionalización del Derecho Constitucional – Constitucionalización del Derecho Internacional*, realizado em outubro de 2010 na Universidade de Buenos Aires. Agradeço a todos participantes pelos questionamentos e comentários, especialmente a Laura Clérico e Jan Sieckmann, que me receberam de forma extremamente gentil e atenciosa.

Sou grato à FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, que financiou esta pesquisa, permitindo a sua realização com dedicação exclusiva.

Não poderia deixar de agradecer aos meus colegas de orientação e de pós-graduação, cujo contato nas reuniões de monitoria e nos seminários de pesquisa rendeu um aprendizado que vai muito além das importantes críticas, sugestões e comentários feitos ao meu trabalho. Agradeço especialmente aos amigos Adriana Vojvodic, Bruno Ramos Pereira, Flávio Beicker, Gabriel Dias Marques da Cruz, Joana Zylbersztajn e Mariana Ferreira, cuja convivência e o apoio transcendem o âmbito acadêmico.

Gostaria de agradecer a Carlos Ari e Roberta Sundfeld pelo estímulo e confiança. Nas diversas oportunidades que me foram proporcionadas na Sociedade Brasileira de Direito Público pude discutir pontos importantes deste trabalho com pesquisadores, alunos da Escola de Formação e do curso de direito constitucional. Sou grato pelo interesse e o espírito crítico de todos.

Aos amigos Pedro Darahem Mafud, Priscila Gurgel Menezes, Luís Gustavo San Jorge, Mariana Chapei, Leonardo Müller, Maria Carolina Foss, Maria da Glória de Almeida Prado, Renata Meireles e Robertho Peternelli Neto agradeço o fato de não terem nenhuma relação com o meu trabalho. O mesmo agradecimento seria devido a Vitor Cipriano de Fazio, caso ele tivesse tido a sorte de não se envolver em nenhuma conversa sobre princípios ou regras. Graças à sua amizade incondicional e ao seu interesse pelo tema, devo agradecê-lo também por isso.

Aos meus pais, Cristina e José Leonidas, aos meus irmãos, Barbara e Victor, à minha tia, Maria Nilza, e à minha avó, Elza, agradeço a paciência, o apoio irrestrito e o amor que nunca faltaram.

Agradeço, por fim, à Mirella e, na ausência de palavras para expressar o que sinto, devo dizer que sou grato por absolutamente tudo.

Resumo

De importância central para o debate sobre a efetivação de princípios constitucionais, a distinção entre princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy tem sido objeto de considerações opostas quanto à sua adequação e suas implicações práticas: por um lado é defendida como uma forma de garantir judicialmente a máxima realização das normas constitucionais, por outro, é criticada por levar ao acúmulo de poder nos órgãos judiciais e por comprometer a segurança jurídica. Essa polarização está diretamente relacionada à compreensão sobre o modo de solução do conflito entre um princípio e uma regra. Concebidos, quase que paradoxalmente, como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro possibilidades fáticas e jurídicas existentes – caso dos princípios – e normas que contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível – caso das regras –, essas duas espécies normativas podem prescrever consequências jurídicas opostas a uma mesma situação, dando ensejo a um conflito cuja relevância não se limita ao âmbito metodológico, mas também tem implicações práticas diretas. Dependendo dos ônus argumentativos que forem impostos pelo método de solução deste conflito normativo, tem-se um cenário mais favorável à prevalência das regras ou, de modo oposto, à sua superação para a efetivação dos princípios colidentes, o que é extremamente relevante, uma vez que a positivação das regras tende a estabilizar as expectativas dos seus destinatários, fomentando a segurança jurídica, e a preservar a competência decisória de agentes estatais que, muitas vezes, são mais representativos ou tecnicamente mais capacitados para decidir sobre a melhor forma de concretizar os princípios constitucionais do que os órgãos judiciais. Para que essas funções possam ser cumpridas, o conflito entre um princípio e uma regra não pode ser resolvido por meio de um sopesamento entre princípios materiais, nem compreendido como uma relação de restrição à realização do princípio pela regra, que, diante de inevitáveis resultados indesejados, acaba sendo relativizada em situações indefinidas ou descritas por critérios excessivamente vagos. É necessário que as regras sejam mais resistentes à superação e vinculem o aplicador do direito em maior medida do que os princípios, o que pode ser observado em dois métodos de solução para o conflito entre um princípio e uma regra defendidos pelos adeptos da teoria dos princípios: o exame de proporcionalidade e o sopesamento envolvendo princípios materiais e formais. Orientados por parâmetros argumentativos distintos, que podem ser claros e bem definidos, no caso do exame de proporcionalidade, ou abstratos e complexos, no caso do sopesamento envolvendo princípios formais e materiais – embora nesse caso tendam a ser mais adequados, pois que permitem a consideração de outros aspectos além do grau de realização dos princípios materiais –, esses métodos levam a soluções mais equilibradas para o conflito entre um princípio e uma regra, atenuando a influência da teoria dos princípios tanto para a proteção de direitos por meio da adjudicação, como também para a concentração de competência decisória nos órgãos judiciais e para o casuismo na aplicação do direito.

Abstract

Central in the debate on constitutional principles, the distinction of legal norms into principles and rules developed by Robert Alexy has been either defended by most of its adepts as necessary means to ensure the realization of constitutional rights through adjudication or criticized for concentrating power in the judiciary branch and reducing legal stability and reliance. This polarization is directly related to the comprehension of the resolution of the conflict between principles and rules. Described almost paradoxically as norms requiring something to be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand – case of the principles – and norms that entail definitions in the realm of what is factual and legally possible – case of the rules –, norms of these two kinds can prescribe different consequences to the same situation, which leads to a normative conflict with not only methodological but also practical implications. Depending on the argumentative burdens imposed by the method applied to solve this normative conflict, the scenario can be more prone to rule-based decisions, or, adversely, to overruling and principle-based decision-making, which is extremely relevant given that rules tend to stabilize expectations, thus promoting legal stability, and to protect the decision-making competence of state branches that are often more representative and instrumentally more capable of taking better decisions on the realization of constitutional principles than the judiciary bodies. For these functions to be fulfilled, the conflict between a principle and a rule cannot be solved neither by means of a balance between material principles nor by assuming that the principle's realization is always constrained by the rule, since this constraint, often resulting in unwanted effects, ends being overridden in situations either described in extremely vague terms or not at all. Rules impose stronger constraints in decision-making and must bind the decision-maker to a higher extent than principles, as presented in the two methods admitted by the “principles theory” to decide on the prevalence of a rule or an opposing principle: the proportionality test and the balancing between formal and substantive principles. Guided by distinct argumentative standards, which can be clear and well defined in the proportionality test or abstract and complex when balancing involves formal and substantive principles – in this case the standards might be more suitable to decision-making by permitting the consideration of other elements in addition to the extent of the realization of substantive principles –, these methods tend to lead to more balanced solutions to the conflict between a principle and a rule, thus lessening the influence of the “principles theory” on the realization of constitutional rights through adjudication, as well as on the concentration of power in the judiciary bodies and on the decrease of legal stability and reliance.

Sumário

PRIMEIRO CAPÍTULO

Introdução	11
1.1. Entre dois extremos	11
1.2. Delimitação do Objeto de Trabalho	19
1.3. Desenvolvimento do Trabalho	23

SEGUNDO CAPÍTULO

A distinção entre princípios e regras	25
2.1. Mandamentos de otimização e mandamentos definitivos	25
2.2. Distinção estrutural, distinções gradativas e problemas de compatibilidade	27
2.3. Subsunção e sopesamento: as formas de aplicação de princípios e regras	30
2.4. Otimização de princípios e sub-otimalidade das regras	36

TERCEIRO CAPÍTULO

As dificuldades metodológicas da colisão entre princípio e regra	42
3.1. Um ponto complexo e pouco explorado da teoria dos princípios	42
3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente	43
3.3. Um problema que não pode ser resolvido nem como uma colisão de princípios, nem como um conflito de regras	46
3.4. A inadequação de dois modos de solução distintos	49
3.5. Além da dimensão metodológica	52

QUARTO CAPÍTULO

Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?	53
4.1. Idéia-guia	53
4.2. Regras como um produto de um sopesamento de princípios	54
4.3. Regras e Segurança Jurídica	60
4.4. Regras e Alocação de Competência Decisória	63
4.5. Resistência das regras ao sopesamento	67

QUINTO CAPÍTULO

O Exame de Proporcionalidade	75
5.1. O Exame de Proporcionalidade como um modo de resolver o conflito entre um princípio e uma regra	75
5.2. Estrutura do Exame de Proporcionalidade	76

5.3. Proporcionalidade e otimização de princípios	79
5.4. Exame de Necessidade e definição do grau mínimo de realização dos princípios colidentes	81
5.5. Proporcionalidade em sentido estrito e a inexistência de comparação com medidas alternativas	91
5.6. Exame de Proporcionalidade e deferência aos órgãos normativos	94
SEXTO CAPÍTULO	
A inclusão de princípios formais no sopesamento	99
6.1. Exame de proporcionalidade: um método opcional	99
6.2. Os problemas de um exame orientado exclusivamente pela realização dos direitos materiais envolvidos	101
6.3. O recurso aos princípios formais.....	105
6.3.1. A inclusão de princípios formais como um “peso extra” no sopesamento entre princípios materiais.....	108
6.3.2. O sopesamento entre um princípio formal e um princípio material.....	112
6.3.3. O modelo de concepções concorrentes de interpretação da constituição.....	116
6.4. A dimensão de peso dos princípios formais.....	121
6.4.1. Segurança Jurídica	125
6.4.1.1. Previsibilidade.....	126
6.4.1.2. Igualdade entre os destinatários da regra	126
6.4.2. Alocação de competência decisória	128
6.4.2.1. Capacidade técnica.....	129
6.4.2.2. Legitimidade Democrática	131
6.5. Considerações sobre modelos em desenvolvimento	134
SÉTIMO CAPÍTULO	
Conclusão.....	141
Bibliografia	149

Introdução

1.1. Entre dois extremos

Nos últimos anos o Poder Judiciário tem desempenhado um papel cada vez mais destacado na vida política e institucional brasileira. O protagonismo dos órgãos judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, não é notado apenas em trabalhos acadêmicos, jurídicos¹ ou de ciência política², mas também por não especialistas.

Essa atuação proeminente, que pode ser observada no julgamento de questões cuja relevância transcende o âmbito eminentemente jurídico e em decisões que “subvertem certos cânones da atividade judiciária ditados pela tradição liberal”³, não encontra precedentes nos regimes constitucionais anteriores⁴ e, ainda que se argumente que sua

¹ Cf. Luís Roberto Barroso, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” in Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 331-346; Marcos Paulo Veríssimo, “A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira”, *Revista Direito GV* 8 (2008), 407-440; Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista Direito GV* 8 (2008), 441-464; Sociedade Brasileira de Direito Público, *Controle de Constitucionalidade e judicialização: o Judiciário frente à sociedade e aos Poderes*, Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

² Cf. Marcus Faro de Castro, “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 34 (1997), 147-156; Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises”, *Lua Nova* 57 (2002), 114-133; Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, “Dezessete anos de Judicialização da Política”, *Tempo Social* 19 (2007), 39-85; Vitor Marchetti e Rafael Cortez, “A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais”, *Opinião Pública* 15 (2009), 422-450; Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, *Dados* 50 (2007), 229-257.

³ A expressão é de Marcos Paulo Veríssimo. Cf. Marcos Paulo Veríssimo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*, São Paulo: tese de doutorado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2006, p.11.

⁴ “Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada.” Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, p. 442.

ocorrência se dá de forma mais acentuada no Brasil, não é uma exclusividade brasileira, inserindo-se no fenômeno chamado por Tate e Vallinder de “expansão global do Poder Judiciário.”⁵

Dentre os argumentos apresentados para justificar esse fenômeno e, sobretudo no Brasil, para defender uma postura mais ativista do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, um deles merece destaque tanto pela sua recorrência, como também pela naturalidade com que costuma ser aceito por uma parcela significativa dos operadores do direito: *a necessidade de efetivar os princípios constitucionais*.

Foi com essa justificativa que o Ministro Carlos Britto refutou as acusações de que o Supremo Tribunal Federal estaria ampliando a sua competência decisória em detrimento dos órgãos legislativos e, conseqüentemente, usurpando suas funções. Em entrevista recente, ele afirmou que “as pessoas não percebem que os princípios também são normas e com potencialidade de, por si mesmos, resolver casos concretos. Quando os princípios constitucionais têm os seus elementos conceituais lançados pela Constituição, o Judiciário está autorizado a dispensar a mediação do Legislativo, porque, na matéria, a Constituição se faz autoaplicável.”⁶ Desse modo, as críticas à atuação do Tribunal seriam infundadas, pois, segundo o Ministro, “o Supremo não tem usurpado função legislativa, principalmente do Congresso. O que o STF tem feito é interpretar a Constituição à luz de sua densa principiologia. O parágrafo 2º do artigo 5º autoriza o Judiciário a resolver controvérsias a partir de direitos e garantias implícitos.”⁷

Em um contexto de valorização exacerbada dos princípios e valores constitucionais, caracterizado como pós-positivismo⁸, nova interpretação constitucional⁹ ou neoconstitucionalismo¹⁰, a previsão constitucional da auto-aplicabilidade dos direitos e

⁵ Cf. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, *The global expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995, pp. vii e s..

⁶ Felipe Seligman e Johana Nublat, “Entrevista da 2ª: Carlos Ayres Britto”, *Folha de São Paulo* 30.231, (04.07.2011), p. A14.

⁷ Felipe Seligman e Johana Nublat, “Entrevista da 2ª: Carlos Ayres Britto”, *Folha de São Paulo* 30.231, (04.07.2011), p. A14.

⁸ Para uma crítica ao pós-positivismo no Brasil, cf. Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo: Método, 2006, pp. 47-53.

⁹ Cf., por todos, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, 232 (2003), 143-147.

¹⁰ Cf. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 9 (2007), pp. 1-40. Paulo Gustavo Gonet Branco, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp.130-141.

garantias expressos em seu texto¹¹, que, conforme o dispositivo citado pelo Ministro Carlos Britto, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”¹², é um dos principais fundamentos das argumentações que, com intuito de concretizar e “dar força normativa à Constituição”¹³, sustentam que a aplicação de leis e atos normativos infraconstitucionais pode ser afastada para a concretização de princípios.¹⁴

Considerando que os princípios constitucionais têm, em geral, caráter aberto e baixa densidade normativa¹⁵ e, por vezes, garantem direitos cujas formas de exercício podem ser colidentes¹⁶, o afastamento de atos normativos editados pelos Poderes Legislativo e

¹¹ Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (Constituição Federal)

¹² Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Constituição Federal)

¹³ Cf. Marcus Orione Gonçalves Correia, “Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 99 (2004), p. 319.

¹⁴ Marcus Orione Gonçalves Correia, por exemplo, sustenta que “não há que rebaixar os direitos sociais do art. 6º. da Constituição Federal a uma construção de legalidade inferior.” Marcus Orione Gonçalves Correia, “Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais”, p. 325. Já Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso defendem a eficácia negativa dos princípios que “autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”, no caso, o princípio. Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, p. 169.

¹⁵ Segundo Dimitri Dimoulis, “a regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será a sua densidade normativa (e vice versa).” Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 248. Sobre a densidade normativa de disposições constitucionais, cf. Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, *VVDStRL* 61 (2002), pp. 8-10.

¹⁶ Exemplos de exercícios colidentes de direitos constitucionalmente garantidos são numerosos, como o que se dá no caso clássico de conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de manifestação do pensamento e à intimidade, garantidos nos incisos IV e X do artigo 5º da Constituição Federal respectivamente, quando da publicação de um livro que divulgue informações concernentes à intimidade de uma pessoa famosa. Nessa situação, há, em princípio, tanto uma norma constitucional protegendo a conduta daquele que escreveu o livro, como uma norma constitucional garantindo o interesse daquele que teve sua intimidade revelada, muito embora as formas de exercício destes direitos no caso concreto sejam colidentes. Embora essas situações possam ocorrer em todas ordens constitucionais, o caso brasileiro tende a ser mais problemático, pois a Constituição Federal de 1988 é pródiga na previsão de normas abertas. Para Oscar Vilhena Vieira, essa prodigalidade seria uma decorrência “de uma circunstância menos nobre do que conceder a cada geração a definição de seu conteúdo. Como se observou no processo constituinte brasileiro, foram inúmeros impasses que levaram à decisão de não decidir. Deixou-se para o futuro e para a esfera infraconstitucional a solução de diversos conflitos específicos de interesse.” O resultado desse processo seria uma constituição “compromissária”, que segundo Oscar Vilhena, “mais se parecem com um conjunto de pretensões acordadas entre os diversos segmentos de uma sociedade pluralista e corporativista, onde todos os grupos organizados se beneficiam de alguma coisa materialmente – numa espécie de compromisso maximizador –, do que com uma decisão resultante de um pacto em torno de regras básicas e consensuais voltadas a organizar o sistema de poder. É bastante comum encontrar no texto dessas constituições, lado a lado, idéias e princípios muitas vezes contraditórios e até antagônicos.” Cf. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 38 e 39. Semelhante é o entendimento de Luís Roberto Barroso: “A Carta de 1988 [...] não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com

Executivo para a aplicação imediata dessas normas pelo Poder Judiciário é uma prática cuja conveniência, a desejabilidade e, inclusive a fundamentação constitucional são muito mais controversas e questionáveis do que a entrevista do Ministro Carlos Britto e a crença largamente difundida na comunidade jurídica brasileira sugerem. Principalmente quando se trata de princípios ocultos ou implícitos.¹⁷

“Vive-se hoje em dia um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão.”¹⁸ Esse é o diagnóstico de Carlos Ari Sundfeld, para quem a aplicação imediata de princípios em decisões judiciais em detrimento da disciplina normativa pertinente permite a concretização de pré-compreensões não fundamentadas do julgador, livrando-o da tarefa interpretativa e esvaziando por completo o conteúdo da regulamentação prevista pelos órgãos competentes. O problema não estaria no caráter auto-aplicável dos princípios em si, “mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”¹⁹.

paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.” Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)”, p. 19. A relação entre a indefinição das forças políticas e econômicas, típica de um momento de transição, com o caráter aberto de alguns dispositivos constitucionais também é apontada por Carlos Ari Sundfeld, que afirma que “quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação.” Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?” in Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

¹⁷ Esse é o caso, por exemplo, do “poder de polícia”, apontado por Carlos Ari Sundfeld. “O Supremo Tribunal, em tempos passados, gostava de fundamentar no “poder de polícia” a validade de restrições a direitos individuais, como a proibição de uma divertida lápide pelo prefeito de Pirassunga, ou a repressão de um *trottoir* de prostitutas em São Paulo, por obra de um delegado arbitrário. Nunca houve, no Brasil, lei geral prevendo um poder geral de polícia, nem jamais se falou de “princípio”, mas isso não impediu que, citando juristas, o Tribunal o usasse para referendar medidas caprichosas das autoridades. Era um princípio oculto, hoje meio em desuso, segundo o qual as autoridades públicas teriam uma espécie de pátrio-poder sobre as pessoas, para evitar que fizessem estripulias.” Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, pp. 291 e s. Para uma crítica ao recurso a princípios implícitos, cf. Jeffrey Goldsworthy, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, in Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 132-136.

¹⁸ Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, p. 287.

¹⁹ “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do “acesso à jurisdição” e pede para não pagar, até o fim do processo principal: “negar a liminar”, diz ele, “é cassar meu direito à Justiça.” É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o “princípio da obrigatoriedade dos contratos” e negá-la. É um preguiçoso, usando argumentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguir iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios.” Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, p. 295.

Crítica semelhante é feita por Cláudio Michellon, ao observar que, embora a aplicação de princípios “tenha sido popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy”, as menções à aplicação de princípios em decisões judiciais e trabalhos teóricos brasileiros têm provocado efeitos opostos aos pretendidos por tais autores, que visariam ao estabelecimento de critérios de racionalidade que limitassem a discricionariedade judicial.²⁰

Segundo Michelin, “muitas vezes os princípios são utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor.”²¹ Devido à subversão de suas pretensões originais, a forma de aplicação de princípios difundida na comunidade jurídica brasileira teria, no seu entendimento, atingido muito mais do que o paradigma formalista de argumentação, alvo das críticas de Alexy e Dworkin:

“O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional.”²²

O déficit democrático associado à aplicação de princípios por órgãos judiciais também é alvo das objeções de Humberto Ávila²³, crítico do que define como “supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou uma análise mais individual e concreta do que geral e

²⁰ Cf. Cláudio Michelin, “Princípios e coerência na argumentação jurídica” in Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261, n. 1.

²¹ Cláudio Michelin, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”, p. 261.

²² Cláudio Michelin, “Princípios e coerência na argumentação jurídica”, p. 262.

²³ Cf. Humberto Ávila, ““Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência””, *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 17 (2009), pp. 8, 16 e s.

abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).”²⁴

Segundo, ainda, Humberto Ávila, as inovações festejadas por uma parcela significativa da comunidade jurídica brasileira não seriam apenas indesejáveis e inconvenientes, mas também incompatíveis com a própria Constituição Federal, violando os princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da democracia.²⁵

De um modo geral, é possível observar a tendência clara a uma polarização. De um lado, defensores da aplicação imediata dos princípios constitucionais nas decisões judiciais, que possibilitaria a máxima realização dos direitos fundamentais e, consequentemente, a busca pelo “justo a partir da possibilidade de justiça constitucional”²⁶, simbolizando o “triunfo tardio do direito constitucional brasileiro”²⁷. Do outro, céticos, críticos de uma “euforia principiológica”²⁸, que comprometeria a competência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo e a previsibilidade da ordem jurídica, causando o desequilíbrio na alocação do poder decisório e a aplicação casuística do direito.

Essa dicotomia não ocorre apenas no Brasil. Pelo contrário. Ainda incipiente na literatura jurídica brasileira, o debate sobre a compreensão de normas constitucionais como princípios e suas implicações teóricas e institucionais encontra-se em estágio mais avançado em outros países, sobretudo na Alemanha²⁹, e vem assumindo um papel cada vez

²⁴ Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, p.2.

²⁵ “A interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes”. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, p. 8.

²⁶ Marcus Orione Gonçalves Correia, “Direitos Humanos e Direitos Sociais: interpretação evolutiva e segurança social”, *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 1 (2006), p. 132.

²⁷ Cf. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)”, 1-40.

²⁸ A expressão é de Ronaldo Porto Macedo Jr., crítico do recurso aos princípios na interpretação contratual. Cf. Ronaldo Porto Macedo Jr., “Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica)” in Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, 307-335.

²⁹ Na Alemanha, a compreensão das normas constitucionais como princípios auto-aplicáveis é defendida, por exemplo, pelos adeptos da *Teoria dos Princípios*, que constitui a base teórica desse trabalho. Para críticas a essa concepção na literatura jurídica alemã, cf. Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 169-183; Ralf Poscher, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”, *Ratio Juris* 22 (2009), 425-454; Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, *JZ* (2008), 756-763; Matthias Jestaedt, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen” in Otto Depenheuer et al (Hrsg.) *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, 253-273; Peter Lerche, “Die Verfassung als Quelle von

mais relevante no ambiente acadêmico internacional³⁰, inclusive em países com experiências recentes de jurisdição constitucional, como o Reino Unido³¹.

Dentre as diversas vertentes teóricas apresentadas nesse amplo debate acadêmico internacional – e também nos debates mais restritos e de âmbito interno, que ocorrem paralelamente –, figura com destaque a proposta desenvolvida por Robert Alexy³², sob influência da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão e da obra de Ronald Dworkin³³, que sustenta uma distinção estrutural das normas jurídicas entre regras, que devem ser aplicadas na exata medida de suas prescrições, nem em maior, nem em menor grau, e princípios, que devem ser realizados na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, por meio de um sopesamento ou ponderação.³⁴

Optimierungsgeboten?“ in Joachin Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1997, 197-209.

³⁰ Cf. Lorraine E. Weinrib, “The postwar paradigm and the American exceptionalism” in Sujit Choudhry (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.84-111; Jeffrey Goldsworthy, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, pp.115-141; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 211-312; Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of the Legal Text”, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 34-45.

³¹ No Reino Unido, a discussão sobre o caráter principiológico dos direitos fundamentais foi provocada, principalmente, pela adoção do *Human Rights Act* de 1998 e, consequentemente pela recepção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cf. Nicholas Bamforth, “Courts in a Multi-Layered Constitution” in Nicholas Bamforth e Peter Leyland (ed.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart, 2003, pp. 277-293. Um dos focos do debate sobre a aplicação de normas abertas com caráter principiológico no ambiente acadêmico britânico é a definição do âmbito de discricionariedade que seria devido pelo Judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo, com especial destaque à questão da “*due deference*”. Sobre esse debate, cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’” in Nicholas Bamforth e Peter Leyland (ed.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart, 2003 pp. 337-370; Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, London: tese de doutorado (London School of Economics and Political Science), 2009, pp. 10-40; Lord Justice Dyson, “Some Thoughts on Judicial Deference”, *JR* 103 (2006), pp. 103-108; Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 174-207; Alison L. Young, “In Defence of Due Deference”, *The Modern Law Review* 72 (2009), 554-580; T.R.S. Allan, “Human Rights and Judicial Review: a critique of ‘Due Deference’”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 671-695.

³² Cf. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips“ *Rechtstheorie Beiheft* 1 (1979), 59-87; Robert Alexy, “Zum Struktur der Rechtsprinzipien“ in Bernd Schilcher et al. (Hrsg), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich, 2000, pp. 31-52.

³³ Embora também conceba uma distinção estrutural das normas jurídicas entre regras e princípios, a classificação proposta por Alexy diverge do modelo defendido por Dworkin. Cf. Ronald Dworkin, “The model of rules I” in Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard, 1978, pp. 14-45. Para a distinção entre as concepções de Alexy e Dworkin, cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 76-79; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 610-612.

³⁴ Essa distinção será analisada de forma mais detalhada no capítulo seguinte. Cf. 2. A distinção entre princípios e regras.

Esse destaque é reconhecido por Matthias Jestaedt, um dos críticos da distinção proposta por Alexy, que faz a seguinte afirmação:

“Se o sucesso de uma concepção jurídica fosse mensurado por um índice de citações ou, mais precisamente, pela frequência com a que a comunidade científica refere-se a ela positivamente, seria possível afirmar com segurança que a teoria da ponderação, em especial na forma desenvolvida por Robert Alexy e a sua Escola de Kiel, é um caso de extremo sucesso. Quando se enxerga além das fronteiras nacionais, do mercado interno da ciência jurídica, e se analisa a sua recepção nos ambientes jurídicos não-alemães, não se pode negar à doutrina da ponderação o título de *hit* de exportação da teoria jurídica alemã. Nas últimas duas décadas, poucos produtos da teoria do direito público e da filosofia do direito alemã despertaram tanta atenção e tanto interesse fora da Alemanha quanto a teoria da ponderação.”³⁵

Centrada na tese da otimização dos princípios, em especial das normas de direitos fundamentais, a teoria desenvolvida por Robert Alexy, mesmo apresentando diversas particularidades em relação às demais propostas de aplicação imediata de normas constitucionais, não escapa à sorte do debate apresentado anteriormente: por um lado, é defendida como uma forma de exigir a máxima realização das normas constitucionais, por outro, é criticada por eliminar a competência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo, levando ao acúmulo de poder no Judiciário, e por permitir a aplicação casuística do direito, comprometendo a segurança jurídica.³⁶

³⁵ Matthias Jestaedt, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen“, p. 253.

³⁶ Além dessas objeções, a teoria desenvolvida por Robert Alexy também é alvo de críticas direcionadas especialmente contra a racionalidade do sopesamento como um método de aplicação do direito. Sobre essas críticas, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp.366-389; Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte” in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, pp. 46-55; Matthias Jestaedt, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen“, pp. 263-265; Robert Alexy, “Die Gewichtsformel” in Joachim Jickeli / Peter Kreutz / Dieter Reuter. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003:, pp.771-792.

1.2. Delimitação do Objeto de Trabalho

Como o debate sobre a efetivação de princípios constitucionais é excessivamente amplo para ser analisado em uma dissertação de mestrado, procurei delimitar o objeto desse trabalho à análise de uma das diversas vertentes teóricas seguidas por aqueles que discutem os aspectos positivos e negativos da otimização de princípios constitucionais por meio da adjudicação. A proposta escolhida foi justamente a apresentada no final do tópico anterior: a distinção estrutural das normas jurídicas entre regras, que devem ser aplicadas na exata medida de suas prescrições, e princípios, que devem ser realizados na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, desenvolvida por Robert Alexy, que será chamada de *teoria dos princípios*.³⁷

O principal objetivo da análise aqui empreendida é tentar esclarecer qual seria a influência e as possíveis implicações dessa teoria para a ocorrência de três fenômenos distintos: a exigência da máxima efetivação das normas constitucionais, a aplicação casuística do direito e o aumento da discricionariedade do controle judicial em detrimento da perda de competência decisória pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Os objetivos são examinar a *teoria dos princípios* de forma crítica e detalhada e analisar o seu impacto sobre a garantia de direitos fundamentais, a alocação de competência decisória e a segurança jurídica, por meio da identificação de elementos que geralmente são ofuscados pelas tintas carregadas com que essas três possíveis consequências são apresentadas, seja pelos defensores da otimização dos princípios constitucionais, que ressaltam a importância da exigência judicial da máxima realização das normas constitucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e a construção de uma sociedade justa e igualitária, seja pelos críticos dessa vertente, que a associam à criação de uma tirania judicial, que a pretexto de aplicar aquela que, no seu entendimento, seria a maior medida possível de realização dos princípios envolvidos em cada caso concreto, decidiriam sem nenhum balizamento legal, tomando as decisões que quisessem, quando e como desejassem.

³⁷ Essa é a nomenclatura geralmente utilizada pelos adeptos dessa linha teórica. Cf. Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte”, pp. 39-42.

Parto da hipótese de que a elaboração de um juízo crítico sobre a influência da *teoria dos princípios* para a ocorrência desses três fenômenos depende, fundamentalmente, do método utilizado para a solução do conflito entre um princípio e uma regra.

Concebidos, quase que paradoxalmente, como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”³⁸ – caso dos princípios – e normas que “contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”³⁹ – caso das regras –, essas duas espécies normativas, quando prescrevem consequências jurídicas opostas a uma mesma situação, dão ensejo a um conflito cuja relevância não se limita ao âmbito metodológico, ou à *justificação interna* da *teoria dos princípios*, mas também é fundamental para a sua *justificação externa*⁴⁰, na medida em que afeta a sua aplicação prática.

Como procurarei demonstrar no desenvolvimento desse trabalho, a relação entre a *teoria dos princípios* e as decorrências que são atribuídas à sua aplicação – otimização de direitos fundamentais, aumento do poder decisório dos órgãos judiciais e aplicação casuística do direito – depende da forma de solução proposta para a solução deste conflito normativo e, sobretudo, dos ônus argumentativos que são impostos para que regras adotadas previamente por órgãos normativos sejam superadas por decisões judiciais que buscam a efetivação de princípios colidentes.

É importante esclarecer que o conflito entre princípio e regra e as possibilidades de superação de regras não serão o objeto central deste trabalho, pelo menos não em uma perspectiva ampla, que compreenda as várias vertentes teóricas que tratam do tema. O escopo deste trabalho será mais restrito, voltando-se fundamentalmente à análise dessas questões segundo as premissas adotadas pela teoria dos princípios, que é a base teórica deste estudo.

³⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

⁴⁰ Os conceitos de justificação interna e externa são utilizados em sentido semelhante ao pretendido por Robert Alexy em uma análise sobre a justificação de decisões judiciais: “É possível diferenciar dois aspectos da fundamentação de uma decisão judicial: a *justificação interna*, que concerne ao fato de a decisão judicial ser uma decorrência lógica das premissas adotadas e a justificação externa, cujo objeto é a verdade, a correção ou aceitabilidade dessas premissas.” Robert Alexy, “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen“ in Robert Alexy *et al.* (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 11 e s. Sobre a distinção entre justificação interna e externa Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 273-348.

Isso não significa que argumentos e considerações desenvolvidos no âmbito de outras propostas teóricas serão ignorados. Pelo contrário. Questionamentos às conclusões e, até mesmo, às premissas adotadas pela teoria dos princípios contribuirão para o desenvolvimento desse trabalho, que, no entanto, não se propõe a questionar os conceitos e definições que constituem a base desta linha teórica, nem a emitir um juízo sobre a correção e a conveniência da teoria dos princípios, ou de qualquer outra proposta de interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas a analisar a relação entre otimização de direitos, alocação de competência decisória e segurança jurídica no âmbito de uma determinada vertente teórica.

A distinção entre princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy e as suas implicações serão, portanto, os *pressupostos* de uma análise sobre a relação entre otimização de direitos, separação de Poderes e segurança jurídica, e não os objetos desse exame. Essa opção não implica a escolha por uma teoria melhor ou pior⁴¹, mas a definição de uma orientação teórica, da qual muitos dos juízos adotados no desenvolvimento deste trabalho, se não todos, dependerão diretamente.

Além de definir um parâmetro para a avaliação dos juízos desenvolvidos nesta pesquisa como coerentes e metodologicamente sólidos ou contraditórios e de pouca valia⁴², evitando uma abordagem metodologicamente sincrética, que misture critérios incompatíveis, a opção clara por essa linha teórica corresponde a uma tentativa de conciliar a abordagem metodológica, própria de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais que possui acentuado viés analítico-conceitual, com um tema de central importância no direito constitucional atual, que embora seja analisado sob diversas perspectivas, dificilmente é tratado sob o prisma da estrutura e das formas de interpretação e aplicação das normas jurídicas: a relação entre constitucionalismo e democracia.

⁴¹ Como aponta Virgílio Afonso da Silva, “classificações – desde que metodologicamente sólidas – dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim. Classificações, em geral, têm diferentes objetivos e sua qualidade não pode ser avaliada de forma generalizante.” Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 44 e s.

⁴² Para uma crítica ao sincretismo metodológico na interpretação constitucional e na distinção entre princípios e regras, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico” in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp.115-143 e Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 607-630, respectivamente.

A definição desse objetivo pressupõe que a colisão entre um princípio e uma regra⁴³ possa ser compreendida não apenas como um conflito entre normas que, por definição, têm estruturas, formas de aplicação e interpretação distintas, mas como uma situação de divergência entre as concepções de quem realiza o controle judicial e de quem elaborou a regra questionada sobre a melhor forma de compatibilizar normas constitucionais que conferem direitos de conteúdo amplo, cujas formas de exercício podem ser colidentes. É exatamente isso o que ocorre quando um princípio e uma regra, nos termos em que são definidos pela teoria dos princípios, prescrevem consequências jurídicas contraditórias para um mesma situação.

O objeto desse trabalho é, portanto, *eminentemente teórico*: pretendo analisar a colisão entre as duas espécies de normas previstas pela teoria dos princípios e as possibilidades de solução desse conflito normativo no âmbito dessa base teórica, com o intuito de identificar o potencial impacto dessa proposta de distinção entre princípios e regras sobre a efetivação das normas constitucionais, a alocação de competência decisória entre o Judiciário e os demais Poderes e a segurança jurídica.

Isso não significa que ele não tenha perspectivas de aplicação concreta ou que o seu desenvolvimento ignore o que ocorre na prática jurídica, sobretudo no Brasil. Muito pelo contrário. A delimitação desse objeto é justificada por um problema concreto, fruto da recepção por parte da comunidade jurídica brasileira, com impropriedades metodológicas e conceituais⁴⁴, de noções desenvolvidas⁴⁵ ou simplesmente adotadas⁴⁶ pela *teoria dos princípios* e de sua consequente difusão em algumas peças forenses, decisões judiciais e trabalhos acadêmicos brasileiros.

⁴³ Utilizarei os termos conflito e colisão indiscriminadamente para fazer referência à antinomia entre um princípio e uma regra, sem adotar, portanto, nenhum critério específico para a utilização desses termos, diferentemente, por exemplo, do que faz Thomas Bustamante, que classifica uma antinomia como conflito, quando não se pode admitir a validade simultânea das normas antagônicas, ou como colisão, quando as normas envolvidas permanecem válidas, ainda que prescrevam condutas incompatíveis. Cf. Thomas Bustamante, “Principios, Reglas y Derrotabilidad” in Pablo Raúl Bonorino Ramírez (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid: Bubok, 2010, pp. 268 e s.

⁴⁴ Para uma análise crítica sobre difusão da distinção entre princípios e regras e do exame de proporcionalidade no direito brasileiro, Cf, respectivamente, Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, pp. 607-630 e Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 23-50.

⁴⁵ Casos da distinção estrutural entre princípios e regras ou a idéia de princípios como mandamentos de otimização.

⁴⁶ Caso do exame de proporcionalidade, desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Com o objetivo de esclarecer os conceitos e, principalmente, as implicações práticas de algumas ideias centrais da teoria dos princípios, sobretudo daquelas mais difundidas no Brasil, a análise aqui proposta é uma tentativa de minimizar a ocorrência de alguns problemas recorrentes no direito brasileiro, relacionados principalmente à superação de regras, que, como sustentarei, não decorrem da teoria dos princípios, mas de distorções na sua compreensão e na sua aplicação.

1.3. Desenvolvimento do Trabalho

O presente trabalho é estruturado em sete capítulos. Após essa introdução, o segundo capítulo apresenta a base teórica dessa pesquisa, que é a distinção estrutural entre princípio e regra desenvolvida por Robert Alexy, analisando o conceito, a forma de aplicação dessas espécies normativas e a contraposição entre a exigência de otimização dos princípios e o caráter sub-ótimo das regras.

No terceiro capítulo defendo que a colisão entre um princípio e uma regra não é um conflito normativo apenas aparente, mas pode ter como resultado não apenas a aplicação das regras, mas também dos princípios, o que suscita dificuldades metodológicas no âmbito da teoria dos princípios. O quarto capítulo é dedicado à dimensão substancial deste conflito normativo e à fundamentação da tese de que a superação de uma regra deve ser mais difícil do que a superação de um princípio, que pauta a análise dos métodos de solução para a colisão entre um princípio e uma regra.

O quinto capítulo tem como objeto o exame de proporcionalidade, que, além de ser apontado por alguns adeptos da teoria dos princípios como uma decorrência lógica da definição dos princípios como mandamentos de otimização, pode ser considerado uma forma de solucionar o conflito entre um princípio e uma regra, ainda que essa função não seja expressamente mencionada por aqueles que defendem a sua utilização. Nesse capítulo é analisado se e de que forma os ônus argumentativos impostos pela estrutura desse método proporcionam às regras uma maior resistência à superação.

Tarefa semelhante é realizada no sexto capítulo, porém em relação a métodos menos difundidos do que o exame de proporcionalidade, que recorrem aos chamados princípios

formais. Além de analisar a função, a definição e a estrutura dessa espécie menos conhecida de princípios, são expostos e discutidos os princípios modelos que, com base na interação entre princípios formais e materiais, pretendem reconstruir e orientar a decisão entre a precedência de um princípio ou de uma regra colidentes.

No sétimo capítulo, por fim, são apresentadas as considerações finais e algumas das conclusões deste trabalho.

A distinção entre princípios e regras

2.1. Mandamentos de otimização e mandamentos definitivos

Segundo a distinção proposta por Robert Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”⁴⁷ Isso significa que eles podem ser efetivados em graus variados e que a sua forma de aplicação deve considerar as circunstâncias fáticas e a importância da realização das normas colidentes, que determinam as possibilidades jurídicas do caso concreto. Essa forma de aplicação, que será analisada a seguir, é chamada de *sopesamento* ou *ponderação*.

Já as regras são normas que contêm “determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível”⁴⁸. Isso significa que, diante da existência de uma regra válida e aplicável ao caso em questão, deve-se aplicá-la de forma estrita, realizando-se exatamente o que ela prescreve, nem em maior, nem em menor grau. Ao contrário do que ocorre com os princípios, as regras não são aplicadas de forma gradual, por *sopesamento*, mas segundo a lógica do *tudo ou nada*⁴⁹, por subsunção.

Em virtude dessas características⁵⁰, Jan Sieckmann sustenta que “enquanto a validade de uma regra implica o dever de sua aplicação estrita, isto é, sua aplicação em todos os casos

⁴⁷ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

⁴⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

⁴⁹ O uso da expressão tudo ou nada para a aplicação das regras remete ao trabalho de Ronald Dworkin, cuja distinção entre princípios e regras diverge daquela adotada como base teórica desse trabalho. Cf. nota 33.

⁵⁰ Embora concorde com as características atribuídas por Robert Alexy aos princípios e às regras, inclusive com sua forma de aplicação, Jan Sieckmann discorda dos critérios utilizados para justificar a distinção lógica entre esses dois tipos de norma e fundamentar sua aplicação de forma distinta. Como essa discordância tem implicações apenas na fundamentação lógica dessas propriedades e não no seu reconhecimento, ela não será

aos quais ela for aplicável, a validade de um princípio significa que ele deve ser cumprido na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas.”⁵¹

Essa diferença faz com que se diga que “regras garantem direitos (e impõem deveres) definitivos”, cuja realização é devida integralmente quando se reconhece sua validade, ao passo que princípios garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*⁵², cuja realização pode ou não ser devida integralmente quando se reconhece a sua validade, pois depende da apreciação das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.⁵³ Regras seriam *mandamentos definitivos*⁵⁴ e princípios seriam *mandamentos de otimização*⁵⁵.

analisada nesse trabalho. Sobre essa divergência, cf. Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 62-87; Jan Sieckmann, *Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 2009, pp. 41-65; Jan Sieckmann, “The Theory of Principles – A Framework for Autonomous Reasoning” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), pp. 49-61.

⁵¹ Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 86.

⁵² A utilização do termo *prima facie* para designar normas cuja aplicação definitiva está condicionada à consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas é criticada por Frederick Schauer. Segundo Schauer, a expressão tende a causar a falsa impressão que as normas que garantem direitos *prima facie* têm eficácia intermediária e que não cumprem nenhum papel quando são superadas por razões que têm mais peso diante de um caso concreto. Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 113-115.

⁵³ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.” Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 45. A utilização do caráter *prima facie* ou definitivo dos direitos e deveres decorrentes de princípios e regras para uma distinção qualitativa, e não gradativa, dessas espécies normativas pode ser problemática quando se considera, como faz Robert Alexy, necessário reconhecer também às regras um caráter *prima facie*, decorrente do enfraquecimento de seu caráter definitivo em virtude da introdução de cláusulas de exceção decorrentes de princípios, e não de regras colidentes. Ainda que se argumente “que o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios”(Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105), parece questionável compatibilizar essa relativização do caráter definitivo das regras com a distinção qualitativa entre princípios e regras. Essa relativização do caráter definitivo das regras só poderia ser admitida, caso se assumisse que a perda do caráter definitivo de uma regra implicaria necessariamente a sua invalidade, o que preservaria o pressuposto de que toda regra válida deve ser realizada na exata medida de sua prescrição. Sobre o caráter *prima facie* das regras, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 103-106.

⁵⁴ Cf. Robert Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte” in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 9.

⁵⁵ Embora amplamente difundida, a associação da expressão “mandamentos de otimização” à idéia de princípios como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto é criticada por Jan Sieckmann, por ignorar a distinção entre a meta-norma que determina que algo deve ser aplicado por meio de um sopesamento e o objeto do sopesamento. Cf. Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pp. 63-67; *Recht als normatives System*, pp. 22-23. Essa crítica foi determinante para que Alexy apontasse uma distinção entre “mandamentos de otimização” (em alemão *Optimierungsgebote* e em inglês *optimisation precepts*), que não passíveis de colisão ou sopesamento e, portanto, não definem os princípios, mas a meta-regra que determina que princípios devem ser otimizados, e “mandamentos a ser otimizados” (em alemão *zu optimierende Gebote* e em inglês *precepts that are to be optimised*), que correspondem às normas que devem ser otimizadas, ou seja, aos princípios. Cf. Robert Alexy, “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason” in Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht: Kluwer, 1999, p. 39, n. 55; Carsten

2.2. Distinção estrutural, distinções gradativas e problemas de compatibilidade

A *teoria dos princípios* sustenta, desse modo, que princípios e regras são dois tipos de normas com *estruturas* distintas, cada um exigindo uma forma de aplicação e, como será demonstrado adiante, uma forma de solução de conflitos normativos própria⁵⁶. Trata-se, desse modo, de uma distinção *qualitativa*⁵⁷, e não de uma distinção *gradativa* entre princípios e regras⁵⁸.

Por não levar em consideração características como a importância, a abstração, a generalidade ou qualquer outro critério graduável, mas qualidades que considera exclusivas de cada uma dessas espécies normativas, a *teoria dos princípios* é incompatível com definições de princípios como normas mais importantes⁵⁹, mais abstratas⁶⁰ ou mais vagas⁶¹ do que as regras.⁶²

Bäcker, “Rules, Principles and Defeasibility” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), pp. 80-81. No entanto, essa é uma distinção meramente terminológica, que não redefiniu o conceito de princípio, nem as suas implicações, tendo sido, inclusive, abandonada por Alexy em seus trabalhos mais recentes, que voltaram a empregar a expressão “mandamento de otimização, já arraigada na literatura jurídica. Cf. Robert Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte”, p.9; Robert Alexy, “Ideales Sollen”, in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 21. Tendo em vista estas considerações, a expressão “mandamento de otimização” será utilizada neste trabalho em sua concepção mais difundida, para fazer referência ao conceito de princípio desenvolvido por Robert Alexy e não à meta-norma que define a estrutura deontica dessa espécie normativa.

⁵⁶ Evidentemente, nos caso de colisão entre princípios e de conflitos entre regras, não no caso da colisão entre princípio e regra.

⁵⁷ O termo indica apenas que a distinção entre princípios e regras é feita com base em qualidades exclusivas de cada um desses tipos de norma, não indicando nenhuma preferência ou juízo valorativo. Alguns autores se referem à diferenciação entre distinções qualitativas e distinções graduais como distinção forte e distinção débil entre princípios e regras, igualmente sem qualquer conotação axiológica. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 30-32 e Alfonso García Figeroa, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy” in Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp.338-345.

⁵⁸ Sobre a categorização de distinções entre princípios e regras, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 88-90; Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 30-32.

⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 807 e s.

⁶⁰ Nesse sentido, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 166-181.

⁶¹ Segundo Carlos Ari Sundfeld, “chamamos de princípios textos que somos levados a entender como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém.” Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, p. 289.

Como consequência dessa incompatibilidade, é possível que algumas normas tradicionalmente chamadas de princípio, como o princípio da irretroatividade da lei penal menos benéfica ao réu e o princípio da legalidade ou *nulla poena sine lege*, não possam ser consideradas princípios segundo a concepção proposta pela teoria adotada como base deste trabalho, mas regras, pois devem ser aplicadas de forma estrita, independente de considerações sobre a importância da realização das normas colidentes, e não na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

A questão terminológica é, desse modo, completamente irrelevante para a classificação de uma norma como princípio ou regra segundo a base teórica desse trabalho. O fato de uma norma ser tradicionalmente chamada de princípio não deve condicionar a sua realização a um juízo sobre o peso das normas colidentes diante de um caso concreto, sobretudo, quando a razão dessa nomenclatura for a importância destacada que esta norma possui na ordem jurídica.

Apesar da relevância dessa observação, a impressão que se tem, muitas vezes, é que ela é ignorada, especialmente quando se identificam princípios como valores fundamentais de uma ordem jurídica e se atribui a essa espécie de norma um juízo axiologicamente superior àquele atribuído às regras⁶³, que tende a ser compartilhado com idéia de mandamento de otimização. A lógica que orienta esse raciocínio pode ser apresentada da seguinte maneira: se princípios consagram valores fundamentais, eles são mais importantes que as regras e, por essa razão, a sua realização deve ser exigida na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Embora possa parecer plausível e, até mesmo, lógico, este argumento é problemático por duas razões.

⁶² Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade.” Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, p. 613. Sobre a incompatibilidade entre a teoria dos princípios e as concepções mais difundidas no Brasil, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, pp. 612-615.

⁶³ Nesse sentido, Fábio Konder Comparato procura conciliar os conceitos de princípio desenvolvidos por Robert Alexy e Ronald Dworkin com a superioridade axiológica destas normas em relação às regras: “Que uma norma de princípio tenha mais importância e, por conseguinte, mais força jurídica que uma *simples regra* é verdade imediatamente apreendida pelo bom senso.” Fábio Konder Comparato, “O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais” in Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coord.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

A primeira delas – e, talvez, a mais simples – é a neutralidade axiológica da distinção entre princípios e regras. A despeito da proximidade entre as noções de princípio e valor, que, segundo Robert Alexy, “diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”⁶⁴, não há como justificar uma pretensa superioridade axiológica dos princípios em relação às regras, pois normas desta espécie também representam deontologicamente critérios valorativos⁶⁵. Em outras palavras, regras também são utilizadas para prescrever juridicamente valores⁶⁶, inclusive aqueles cuja realização é exigida por meio de princípios. Ainda que de formas distintas – e é isso que diferencia princípios e regras –, o princípio que determina que o direito à vida deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas e a regra que criminaliza o homicídio prescrevem juridicamente o mesmo valor: a proteção da vida humana.

A segunda premissa equivocada do raciocínio exposto anteriormente é a associação da prescrição de algo na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas à idéia de proteção superior do bem tutelado, que seria devida às normas mais importantes de uma ordem jurídica. Assume-se, equivocadamente, que o fato de algo ser determinado por meio de um princípio faz com que a sua realização seja exigida de forma necessariamente mais intensa do que por meio de uma regra, independentemente do conteúdo dessa prescrição. A demonstração desse equívoco – talvez, um pouco mais complexa – pressupõe a compreensão das formas de aplicação dos princípios e das regras, que serão analisadas no tópico seguinte.

⁶⁴ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 153

⁶⁵ Como esclarece Robert Alexy: “Em geral, valorações baseiam-se em diversos critérios, entre os quais é necessário sopesar, porque esses critérios competem entre si. A classificação como “bom” é, então, expressão de uma valoração global. A aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. (...) Seu contraponto são os critérios de valoração que, como as regras, são aplicáveis independentemente de sopesamento. Esses critérios serão chamados de regras de valoração.” Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 150. Sobre a relação entre princípios, regras e valores, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 149-153.

⁶⁶ Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que: “A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica”. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 59.

2.3. Subsunção e sopesamento: as formas de aplicação de princípios e regras

Um dos principais desdobramentos da distinção entre princípios e regras sustentada pela teoria dos princípios⁶⁷ – se não o principal – é a prescrição de formas diferentes de aplicação para cada uma dessas espécies de norma: regras devem ser aplicadas por subsunção e princípios devem ser aplicados por sopesamento.⁶⁸

Dizer que as regras devem ser aplicadas por meio de subsunção implica dizer que, por mais controverso que possa ser o juízo sobre a aplicabilidade de uma regra a um caso concreto, a estrutura dessa espécie de norma obriga o julgador a determinar a realização de uma mesma consequência jurídica sempre que se encontrar diante de uma situação que ensejar a sua aplicação: aquela que é interpretada como exigida pela regra.

Contrariando uma idéia que vem sendo difundida de modo cada vez mais intenso no Brasil, a aplicação de regras por meio de subsunção não é uma atividade mecânica, automática ou desprovida de subjetividade⁶⁹. Isso fica claro sobretudo quando se

⁶⁷ Segundo Jan Sieckmann, a idéia de separação entre princípios e regras proposta por Alexy contém cinco premissas:

“(5) Relações diferentes de colisão: Princípios são normas passíveis de colisão e de sopesamento, regras, não.
(6) Definição de princípios como mandamentos de otimização: Princípios têm a estrutura de mandamentos de otimização, que exigem que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

(7) Regras como determinações normativas: Regras contêm determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

(8) A tese da realização gradual dos princípios: Princípios podem ser realizados em medidas mais ou menos intensas, enquanto regras podem ser apenas realizadas ou não realizadas

(9) A tese da separação rigorosa: Toda norma é ou um princípio ou uma regra.” Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte”, p. 42.

⁶⁸ Embora essas sejam as duas formas de aplicação de normas jurídicas tradicionalmente difundidas, discute-se se elas seriam as duas únicas operações básicas para a aplicação do direito. Em artigo publicado recentemente, Robert Alexy afirmou que existem três operações jurídicas básicas, confirmando a conjectura que havia levantado anteriormente de que ao lado da subsunção e do sopesamento, a analogia seria uma operação não apenas formal e necessária, mas também específica, o que a caracterizaria como a terceira operação básica no direito. Cf. Robert Alexy, “Two or Three?” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), pp. 9-18; Robert Alexy, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, ARSP Beiheft 100 (2005), pp.61-66. Criticada por alguns autores, a classificação da analogia como uma operação jurídica básica não faz dela uma operação suficiente para aplicação do direito, ou seja, não afasta a necessidade de sopesamento ou de subsunção. Como afirma Alexy, “a necessidade do esquema da analogia decorre da impossibilidade de se referir racionalmente a outros casos sem a sua utilização. Seu caráter específico decorre da referência dialética a propriedades de outros casos. (...) A referência dialética a propriedade de outros casos (...) não pode ser resolvida de forma racional sem o recurso ao sopesamento. Nesse sentido, a comparação está necessariamente conectada ao sopesamento. Conexões necessárias entres esquemas básicos, no entanto, não os priva de seu caráter específico.” Robert Alexy, “Two or Three?”, p. 18.

⁶⁹Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista de Informação Legislativa* 160 (2003), pp. 51-56.

observado que também a aplicação de regras indeterminadas é realizada por meio de subsunção, o que poderia ser verificado, por exemplo, no caso da norma municipal paulistana que exige que grandes empreendimentos privados custeiem obras viárias para compensar seu impacto no trânsito, cujo texto normativo possui a seguinte redação⁷⁰:

“Art 1º - Quando a implantação de um empreendimento particular determinar a necessidade de execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário, o interessado arcará integralmente com as despesas decorrentes”⁷¹

Em virtude de seu caráter abstrato, tanto o suporte fático, quanto a consequência jurídica desta regra municipal podem suscitar problemas de interpretação. No entanto, a dificuldade de determinar se a implantação de um empreendimento particular torna imperiosa a execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário ou de definir quais são as despesas decorrentes dessa execução não comprometem o caráter definitivo da regra em questão, nem a lógica *tudo ou nada* da sua aplicação⁷². Quando se considera que um empreendimento dá ensejo a modificações no sistema viário, deve-se obrigar o particular a arcar integralmente com as despesas decorrentes, sejam elas quais forem. Caso contrário, nada é devido.

Uma regra deve ser aplicada de forma estrita, não de maneira gradual. Essa lógica é mantida mesmo diante da possibilidade de aplicação de mais de uma regra à mesma situação, pois a definição de regras como determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível, não permite a coexistência de disposições contraditórias em um mesmo ordenamento. Havendo duas regras que prescrevam consequências jurídicas antagônicas, uma delas deve necessariamente ser declarada inválida, no todo ou em parte.⁷³

⁷⁰ Adotando uma concepção distinta de princípio, que é usado “para designar casos extremos de indeterminação normativa”, Carlos Ari Sundfeld parece chegar a conclusão diversa e definir esta norma, que “lançou muitas perguntas e as deixou sem enfrentar”, como um princípio e não como uma regra. Cf. Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?” pp. 289-295.

⁷¹ Lei n° 10.506 /1988 do Município de São Paulo.

⁷² Adotando um critério de distinção entre princípio e regra diferente do que é proposto pela teoria dos princípios, Humberto Ávila diverge desse entendimento: “Há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses, o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo *mais ou menos* de aplicação. (...) A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas.” Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 47-48.

⁷³ Thomas Bustamante diverge dessa afirmação e sustenta que “segundo Alexy, nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas

Ao determinar que regras têm aplicabilidade estrita, ou seja, que devem ser aplicadas sempre que válidas, a teoria dos princípios impõe uma restrição significativa à liberdade do intérprete, que, para deixar de exigir a realização da conduta prescrita, tem o ônus argumentativo⁷⁴ de justificar que a regra não é válida ou que a situação não enseja a sua aplicação.

Além de limitar a discricionariedade do intérprete por meio da lógica *tudo ou nada* da subsunção, a teoria dos princípios possibilita também a definição de parâmetros argumentativos para as situações que não são reguladas de maneira satisfatória por meio de regras⁷⁵, seja porque não houve previsão de uma regulamentação específica para o caso em questão⁷⁶, seja porque a aplicação estrita da regra cabível levaria a um resultado indesejado ou incompatível com o ordenamento jurídico⁷⁷.

A estrutura dos princípios como normas que determinam a otimização de algo em face das possibilidades fáticas e jurídicas evita justamente que esses casos sejam decididos sem qualquer parâmetro que possibilite o controle intersubjetivo, pois é exatamente nos casos em que a importância de sua realização é maior do que a importância da realização das normas colidentes – seja porque elas não existem ou porque levam a resultados incompatíveis com o ordenamento jurídico – que os princípios devem ser definitivamente aplicados.

situações, é possível estabelecer uma exceção a uma das regras, de forma que ambas superem o conflito mantendo intacta sua validade.” Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201. No mesmo sentido, cf. Thomas Bustamante, “Principios, Regla y Derrotabilidad”, p. 224. Esse posicionamento ignora, no entanto, que a instituição de uma cláusula de exceção implica o reconhecimento, ainda que parcial, da invalidade da regra. Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 47-49; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 79, n. 75.

⁷⁴ “No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. Ou seja: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*.” Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 367.

⁷⁵ Cf. Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft” in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, pp. 220-222.

⁷⁶ Sobre a relação entre estrutura das regras, lacunas jurídicas e discricionariedade do intérprete, Cf. Ronald Dworkin, “The model of rules I”, pp. 14-45.

⁷⁷ Essa caracterização simplificada pode remeter a dois problemas distintos: (i) o problema da injustiça legal, decorrente da aplicação de normas que levam a resultados formalmente corretos, porém materialmente (ou moralmente) questionáveis (Cf. Robert Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris* 21 (2008), 281-299; Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4 Aufl., Freiburg / München: Karl Alber, 2005, pp. 18-27).; (ii) o problema da vinculação insuficiente à Constituição, decorrente da aplicação de normas que levam a resultados formalmente corretos, porém questionáveis quanto à sua compatibilidade com os dispositivos constitucionais.

Essa é uma decorrência da possibilidade de colisão de princípios, ou seja, da necessidade de realizar na maior medida possível princípios que, se isoladamente aplicados, “levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”⁷⁸.

Como apenas um desses juízos pode ser definitivamente aplicado, um dos princípios colidentes terá que ceder, o que não significa, contudo, que ele deva ser declarado inválido. Ao contrário do que ocorre com as regras, a validade de um princípio não implica a sua realização definitiva, que está condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”⁷⁹

Esse raciocínio orienta a forma de aplicação dos princípios, que se dá por meio de um processo denominado *sopesamento* ou *ponderação*, cujo objetivo é definir qual dos princípios ou “interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*”⁸⁰. Um dos parâmetros propostos por Robert Alexy para a determinação dessa *relação de precedência condicionada* é a chamada *lei do sopesamento*⁸¹, que possui o seguinte enunciado:

“Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”⁸²

⁷⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92

⁷⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93.

⁸⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 95.

⁸¹ Além da lei do sopesamento, Alexy propôs a utilização de uma regra mais sofisticada, a chamada fórmula do peso, que condiciona a solução de uma colisão de princípios à importância abstrata dos princípios envolvidos, ao seu grau de realização ou de restrição no caso concreto e ao grau de segurança das premissas empíricas que fundamentam esse juízo. Cf. Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, pp. 771-792; Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A structural comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003) pp. 443-449; Marcelo Lima Guerra, “A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações” *Revista de Processo* 141 (2006), pp. 53-71; Carlos Bernal Pulido, “On Alexy’s Weight Formula” in Agustín J. Menéndez / Erik O. Eriksen (ed.), *Fundamental Rights through Discourse: On Robert Alexy’s Legal Theory*, Oslo: ARENA, 2004, 129-140. Ao contrário da lei do sopesamento, a aceitação da fórmula do peso não é pacífica dentre os adeptos da teoria dos princípios, sendo, por exemplo, objeto de críticas por Jan Sieckmann. Cf. Jan Sieckmann, “Balancing, Optimisation and Alexy’s “Weight Formula” in Jan Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, ARSP Beiheft 124 (2010), pp. 101-118. Tratando-se exclusivamente de divergência sobre a forma de otimização de princípios, essa divergência não influencia a resolução do conflito entre princípio e regra, nem a relação da teoria dos princípios com a otimização de direitos fundamentais, a alocação de competência decisória ou a aplicação casuística do direito, extrapolando, portanto, os limites e os objetivos desse trabalho.

⁸² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167.

Além da fixação desse importante ônus argumentativo, que exige que a não realização de um princípio deva ser justificada pela realização de um outro princípio que tenha mais importância diante das circunstâncias do caso concreto, a forma de aplicação dos princípios impõe um outro parâmetro de controle de argumentação com estrutura similar àquele decorrente da estrutura das regras. Ele é determinado pela chamada *lei da colisão*, que possui o seguinte enunciado:

“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”⁸³

Em outras palavras, a lei da colisão determina que o resultado de todo sopesamento deve ser uma regra que imponha a realização do princípio cuja efetivação tem maior importância diante das circunstâncias do caso concreto todas as vezes em que essas mesmas condições se fizerem presentes, universalizando, dessa forma, a relação de precedência condicionada resultante do sopesamento.⁸⁴ Esse procedimento leva à criação de parâmetros que possibilitam o controle argumentativo de decisões a serem tomadas em casos semelhantes àquele em que o sopesamento foi realizado.

Esse tipo de raciocínio pode ser demonstrado de forma mais clara com o auxílio de um caso concreto, o HC 83.996, no qual o Supremo Tribunal Federal recorreu a um sopesamento e ao estabelecimento de uma relação de precedência de um princípio em face de outro diante das circunstâncias do caso concreto para fundamentar a sua decisão. Nesse julgamento, estava em questão a abertura de uma ação penal para apuração de responsabilidade pelo crime de ato obsceno⁸⁵ contra o diretor Gerald Thomas, que, reagindo a vaias e, segundo algumas versões, a ofensas grosseiras, exibiu as nádegas ao público ao final da apresentação de estréia de uma de suas peças teatrais.

Independentemente das críticas que possam ser feitas à utilização do sopesamento nesse caso⁸⁶, é possível observar de forma clara que o trancamento da ação penal foi

⁸³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

⁸⁴ Segundo Thomas Bustamante, a lei da colisão explicaria a relação entre um princípio e uma regra. Cf. Thomas Bustamante, “Principios, reglas y derrotabilidad”, p. 221. Essa questão será analisada de forma mais detalhada a seguir. Cf. 4.2. Regras como um produto de um sopesamento de princípios.

⁸⁵ Segundo o art. 233 do Código Penal, a prática de “ato obsceno em lugar público ou aberto ao público” é crime punível com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

⁸⁶ A possibilidade de utilização do sopesamento de princípios em um caso no qual se questiona a aplicação de uma norma penal, com estrutura de regra, suscita importantes questionamentos, que serão analisados ao

fundamentado com base na análise das circunstâncias fáticas do caso em questão, diante das quais entendeu-se que a realização do princípio da liberdade de expressão seria mais importante do que a realização do princípio da proteção do pudor público, como demonstra o seguinte trecho da decisão:

“Tendo em conta as circunstâncias em que se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às 2h da manhã – entendeu-se atípica a conduta praticada pelo paciente, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria inserida no contexto da liberdade de expressão.”⁸⁷

Embora tenha recorrido ao sopesamento para concluir que uma regra não era aplicável ao caso em julgamento – o que é absolutamente problemático⁸⁸ –, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao identificar as condições que levaram à precedência da liberdade de expressão sobre a proteção do pudor público, não indicou uma preferência abstrata por um dos princípios envolvidos, mas fixou uma relação de precedência concreta e universalizável, permitindo que se proteste de forma inadequada ou deseducada, após

longo desse trabalho. Cf. 3.3. Um problema que não pode ser resolvido nem como uma colisão de princípios, nem como um conflito de regras; 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?.

⁸⁷ HC 83.996 (DJU 26.8.2005).

⁸⁸ Se a regra não era aplicável, como o STF concluiu, não haveria razão para o sopesamento de princípios – ao menos não nos termos propostos pela teoria dos princípios –, pois não haveria necessidade de se determinar qual das normas que prescrevem consequências jurídicas antagônicas aplicáveis ao caso concreto teria maior peso diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Se a norma penal não é aplicável, não há colisão alguma, logo, não há porque realizar um sopesamento. Não há como justificar a não aplicabilidade ao caso de que uma norma que desempenhou um papel significativo na sua resolução, pois a decisão não sustenta que o ato não ofendia o pudor público, mas que essa ofensa deveria ser admitida, pois a conduta estava inserida no contexto da liberdade de expressão. Caso a decisão do STF tenha recorrido ao sopesamento entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção ao pudor público como uma forma de solucionar o conflito entre o princípio da liberdade de expressão e a regra que criminaliza o ato obsceno, considerando que ambos seriam *prima facie* aplicáveis ao caso concreto, os problemas não seriam apenas de ordem lógica, mas afetariam também a segurança jurídica e a competência decisória do Poder Legislativo, que não foram considerados no processo argumentativo que culminou com a não aplicação de uma regra a uma situação que ensejaria à sua aplicação, caso o órgão judicial não tivesse optado pela aplicação de um princípio colidente, cuja realização foi considerada mais importante diante das circunstâncias do caso concreto. Esses problemas serão examinados de forma mais detalhada a seguir. Cf. 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?.

Opinião divergente, no entanto, é a de Virgílio Afonso da Silva, que entende que “o sopesamento se dá única e exclusivamente *com a finalidade de se definir se o fato em questão é típico, ou não*, ou seja, se se enquadra, ou não, na hipótese descrita pela norma. Ora, nesse sentido – e como já foi aqui mencionado –, o sopesamento, aqui não é uma forma de *aplicação*, mas uma forma de *interpretação*. O sopesamento tem como finalidade definir se o fato se enquadra na norma.” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 59)

manifestação de público adulto e às 2h da manhã, no momento seguinte a uma apresentação teatral que tenha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual.

Ainda que a fundamentação da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não tenha feito menção explícita nem ao sopesamento, nem ao estabelecimento de uma regra para a solução de casos semelhantes e, principalmente, que a resolução do caso em questão não demandasse a utilização de um sopesamento, o que eu pretendo demonstrar com esse exemplo é que o raciocínio ali desenvolvido recorreu a parâmetros argumentativos muito semelhantes aos apresentados anteriormente, que exigem, em certa medida⁸⁹, um processo de justificação que é incompatível com “preferências e cedências generalizantes”.⁹⁰ Deve ficar claro “que o sopesamento não pode ser uma questão de ‘preferir isso àquilo’, porque simples preferências são infensas a qualquer controle subjetivo.”⁹¹

2.4. Otimização de princípios e sub-otimalidade das regras

Comparando o método de aplicação de princípios proposto por Robert Alexy com outras formas de sopesamento difundidas no discurso jurídico, Frederick Schauer argumenta que não seria um exagero considerar um equívoco a referência a este método de aplicação do direito como sopesamento, “porque o uso linguístico de sopesamento sugere que os interesses opostos devem ser comparados de acordo com seus próprios méritos, sem que sejam submetidos a regras de peso, presunções, ônus de prova ou qualquer outro dispositivo que possa influenciar o resultado de um modo ou de outro.”⁹² Essa afirmação simboliza o reconhecimento de que a estrutura do sopesamento desenvolvida pela *teoria*

⁸⁹ Nenhum método de interpretação e aplicação do direito leva, por si só, à consistência, objetividade ou transparência na argumentação. Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “não é possível buscar uma racionalidade ou uma objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Seria simplesmente uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete. Exigir isso de qualquer método é exigir algo impossível.” Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, pp. 366-367.

⁹⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

⁹¹ Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 371. Em sentido semelhante, Laura Clérico afirma que o exame de proporcionalidade em sentido estrito, que, como será analisado posteriormente, consiste em um sopesamento de princípios “não é uma mera decisão de preferência entre diversos princípios, tampouco uma ‘mera’ ponderação”, mas um procedimento pautado por regras que orientam a argumentação. Cf. Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 169.

⁹² Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.40. Cf. também, Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.37

dos princípios, desde que respeitada pelos operadores do direito, tende a reduzir o grau de variabilidade das decisões tomadas com base nos princípios.⁹³

No entanto, ao mesmo tempo em que afasta as críticas de que o sopesamento seria um método irracional, capaz de justificar qualquer decisão tomada com base em princípios, Frederick Schauer também faz ressalvas às tentativas de aproximação e de “quase-conflação” entre a subsunção e o sopesamento, criticadas por difundir a falsa impressão de que as formas de aplicação de princípios e de regras seriam suscetíveis ao mesmo grau de subjetividade do intérprete.⁹⁴

Segundo Schauer, essa aproximação equivocada ignora que, no sopesamento, “o conjunto de considerações legais geralmente permitidas e o conjunto de considerações teoricamente possíveis em um caso particular são essencialmente congruentes”⁹⁵, enquanto a subsunção restringe as possibilidades de escolha do julgador, proibindo algumas decisões que poderiam ser tomadas se todos os fatores relevantes para o caso concreto fossem considerados, quando elas não são compatíveis com os limites impostos por uma regra válida.⁹⁶

Apesar de ter como objetivo principal demonstrar que a aplicação de regras por meio de subsunção tende a restringir a discricionariedade do intérprete de forma mais significativa do que o sopesamento de princípios, inclusive dos modelos orientados por parâmetros que fixam ônus argumentativos claros, como o proposto por Alexy, o raciocínio de Frederick Schauer também evidencia o caráter sub-ótimo das regras,⁹⁷ ou seja, a impossibilidade lógica de produção, por meio da aplicação de regras, de resultados superiores aos que *poderiam ser obtidos* com base em princípios.

Embora possa suscitar impressão contrária, sobretudo quando comparado à exigência de realização ótima que é atribuída aos princípios, o caráter sub-ótimo das regras não justifica o reconhecimento de uma pretensa superioridade inerente aos princípios e à sua forma de aplicação, que é largamente difundido na comunidade jurídica brasileira, pois, como é apontado por Schauer:

⁹³ Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.40.

⁹⁴ Cf. Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.41.

⁹⁵ Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.42.

⁹⁶ Cf. Frederick Schauer, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text”, p.44.

⁹⁷ Sobre a sub-otimalidade das regras, cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 100-102.

“Quando os que decidem não estão restringidos pelas regras e têm competência para examinar todos os fatores que poderiam levar à melhor decisão para um caso particular, eles podem simplesmente não tomar a melhor decisão. Livres para considerar todos elementos, eles com frequência usam essa liberdade de forma insensata, recorrendo a fatores que poderiam levar ao melhor resultado para, ao invés dele, produzir algo inferior.”⁹⁸

Mesmo estando sujeitas a um processo subjetivo e complexo de interpretação, as regras definem o que é devido independentemente de sopesamentos e de considerações sobre a importância de sua aplicação e da realização de normas colidentes no caso concreto, enquanto os princípios deixam esta definição a cargo do intérprete. Ao aplicar princípios, ele não apenas interpreta os dispositivos normativos para definir quais são as condutas prescritas *prima facie*, como também decide qual delas deve ser aplicada definitivamente, ou seja, qual é a maior medida possível de realização dos princípios colidentes dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, ainda que o sopesamento seja orientado por regras próprias, como a *lei de colisão* ou a *fórmula do peso*, decidir com base em princípios tende a ser mais discricionário do que decidir com base em regras. Como sugere a metáfora utilizada por Robert Alexy: “No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa.”⁹⁹

É certo que, dentre as diversas possibilidades de regulação que integram esse “espaçoso mundo dos princípios”, haja medidas capazes de produzir resultados tão ou mais satisfatórios do que aqueles que poderiam ser obtidos com a aplicação de uma regra. Por mais adequada que possa ser uma regra, sua consequência jurídica sempre poderá ser obtida com a aplicação de princípios¹⁰⁰. Mas também é praticamente certo que, nesse vasto conjunto de regulações possíveis, também existam medidas capazes de produzir resultados menos satisfatórios.

Tanto a aplicação de princípios, como a aplicação de regras podem levar a consequências indesejadas. As causas desses eventuais resultados negativos podem ser atribuídas tanto à incompetência de quem toma uma decisão com base nos elementos que considera relevantes para a solução de caso particular, no caso do sopesamento de princípios, como

⁹⁸ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 149 e s..

⁹⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 139.

¹⁰⁰ É isso que leva Frederick Schauer a definir as regras como sub-ótimas. cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p.101.

também a fatores alheios à habilidade de quem decide¹⁰¹, quando se recorre à aplicação de regras e às generalizações pouco maleáveis que definem a sua estrutura¹⁰², pois, como afirma Frederick Schauer “a vida, diferentemente do predicado fático de uma regra, não é contingenciável”.¹⁰³

A exigência constitucional de autorização da maioria dos membros da Assembléia Legislativa para a prisão em flagrante de crime inafiançável de Deputados Estaduais,¹⁰⁴ é um exemplo de regra e, como tal, sua aplicação não está condicionada a um juízo sobre a importância de sua realização em um caso concreto.¹⁰⁵ Sempre que for necessária a prisão de um Deputado Estadual em razão de flagrante de crime inafiançável, os autos deverão ser remetidos à respectiva Casa Legislativa, para que seus membros resolvam sobre a prisão. Esta foi a medida estabelecida pelo Constituinte para conferir aos representantes do povo a “proteção imunitória para poder exercer com isenção o mandato, livre da coação ou da ação sedutora dos demais Poderes e dos particulares”¹⁰⁶.

Em algumas situações, no entanto, essa proteção pode levar a consequências consideradas absurdas. Este foi o entendimento predominante na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o HC 89.417, que pedia o relaxamento da prisão do Presidente da Assembléia Legislativa de Rondônia, alegando, dentre outros motivos, que a prisão fora determinada

¹⁰¹ Um desses fatores é a necessidade de regular condutas com base na relativa ignorância dos fatos e na relativa indeterminação dos objetivos, denominada por H. L. A. Hart de *textura aberta do direito*, que, segundo Schauer, forçaria o direito a “lidar com problemas de amanhã com as ferramentas de ontem”. Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 124-136; Frederick Schauer, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, *Current Legal Problems* 51 (1998), p. 23. É conveniente fazer uma distinção, que frequentemente é ignorada, entre o problema da indeterminação dos textos normativos e o problema da textura aberta do direito, que não tem como causa a incerteza diante de caráter vago de uma disposição normativa, mas a incerteza diante de situações imprevistas. Sobre a relação entre esses dois problemas, cf. Brian Bix, “H. L. A. Hart and the ‘Open Texture’ of Language” in Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon, 1993, pp. 7-35.

¹⁰² Essas generalizações pouco maleáveis são chamadas por Frederick Schauer de *entrenched generalizations*, são aquelas que apresentam resistência diante de experiências recalcitrantes, ou seja, de “ocasiões nas quais as generalizações do passado se mostram incompatíveis com as necessidades do presente”, determinando a tomada de decisão “*mesmo nos casos em que tais generalizações deixarem de servir às suas justificações subjacentes*.” Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 38-52.

¹⁰³ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 149.

¹⁰⁴ Art. 53. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Constituição Federal)

Art. 27. § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas. (Constituição Federal)

¹⁰⁵ “Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então ela é, enquanto regra, incompleta.” Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 140.

¹⁰⁶ Fernanda Dias Menezes de Almeida, “As Imunidades Parlamentares na Constituição Brasileira de 1988”, *Anuário Português de Direito Constitucional* 3 (2003), p. 89.

por uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, sem que os autos fossem remetidos à respectiva, para que os demais Deputados Estaduais decidissem sobre prisão. O que chamou atenção nesse caso foi a justificativa apresentada pela Ministra Eliana Calmon para a não observância da imunidade parlamentar: 23 dos 24 Deputados Estaduais de Rondônia eram suspeitos de envolvimento em um esquema de corrupção do qual o paciente do *habeas corpus* também participava.

Diante de uma situação absolutamente ímpar, descrita pelo Ministro Carlos Britto como um “caso inimaginável no plano da elementar lógica jurídica”¹⁰⁷, seria possível considerar – como decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸ – que a aplicação da medida exigida pela regra constitucional teria consequências negativas, pois a imunidade parlamentar, ao invés de resguardar a representação popular, estaria criando um privilégio e favorecendo a impunidade.

Na linha desse entendimento, um resultado mais adequado poderia ser obtido com o recurso a um sopesamento entre os princípios da soberania popular, da moralidade, da probidade, da segurança pública, da ordem pública, segurança jurídica, segurança, cidadania, democracia, da república e da igualdade, todos eles mencionados nos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministros Carlos Britto, o que evidencia o caráter sub-ótimo da regra da imunidade parlamentar.

No entanto, o sopesamento entre os mesmos princípios que foram invocados na decisão do Supremo Tribunal Federal poderia permitir que um juiz demagogo, interessado em agradar “a opinião pública, descrente da classe política, que aos olhos do cidadão comum, do leigo, mais que uma classe de privilegiados, está se tornando – o que é mais sério – um reduto de impuníveis, que tudo podem, sem temer sanções”¹⁰⁹, dispensasse sistematicamente a

¹⁰⁷ Ainda segundo o Ministro Carlos Britto: “O caso é escatológico e, porque escatológico, apocalíptico, é coisa de fim de mundo. Jamais pensei em deparar com uma situação em que o presidente de uma assembléia legislativa, ao lado de vinte e dois outros parlamentares, em um quadro numérico de vinte e quatro personalidades, se dispõe a capturar o Estado – todo o Estado, inclusive o Poder Judiciário – para assaltar o erário e perpetrar a mais crassa confusão entre o espaço público e o espaço privado, a mostrar que, realmente, o patrimonialismo que vige, vigora, persiste, renite por essas bandas de cá, por esta nossa Terra de Santa Cruz, é muito mais grave, parodiando Shakespeare, “do que supõe a nossa vã filosofia”. HC 89.417, (p. 927).

¹⁰⁸ O pedido de *habeas corpus* foi indeferido, com base nos votos da relatora, Ministra Cármen Lúcia, e dos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, que consideraram o crime inafiançável e, diante dos fatos relatados nos autos, dispensaram a exigência da autorização pela maioria dos integrantes da Assembléia Legislativa de Rondônia. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que entenderam que o crime em questão era afiançável.

¹⁰⁹ Fernanda Dias Menezes de Almeida, “As imunidades parlamentares na Constituição Brasileira de 1988”, p. 88.

imunidade parlamentar à prisão, não apenas quando a casa legislativa estivesse sob suspeita, mas também quando ela se mostrasse “altaneira, isenta, independente, soberana mesmo, capaz de atuar como casa julgadora de um de seus membros”, a exemplo daquela que, segundo o Ministro Carlos Britto, teria sido considerada pelo Constituinte no momento da prescrição de uma regra fundamental à democracia.¹¹⁰

Deve ficar claro, portanto, que a exigência de realizar algo na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas não garante uma efetivação necessariamente mais intensa de um princípio, pois o método de aplicação dessas normas demanda a consideração da importância da realização de todos os princípios aplicáveis *prima facie* ao caso concreto. Compreender um princípio como um mandamento de otimização implica, desse modo, admitir que ele não será aplicado quando a sua realização for menos importante diante das circunstâncias de um caso concreto do que a satisfação de princípios colidentes.

Apesar de ser fundamental para a compreensão da teoria dos princípios, essa observação parece ser ignorada por parte daqueles que fazem uso da idéia de princípio como mandamento de otimização. Esse emprego acriterioso e metodologicamente inconsistente da teoria dos princípios tende a produzir efeitos opostos àqueles que nortearam o desenvolvimento dessa base teórica e, provavelmente, aos pretendidos por quem recorre indiscriminadamente à idéia de mandamento de otimização com intuito de reforçar a efetividade de um determinado direito.

Como aponta Humberto Ávila: “O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo a sua eficácia.”¹¹¹

Isso não significa, no entanto, que a compreensão de uma norma como um mandamento de otimização torne a sua efetivação necessariamente menos intensa. Não há nenhuma lógica determinista do tipo: princípio mais efetivo do que regra ou vice-versa. O que ocorre é o deslocamento da decisão sobre o que deve ser exigido de forma definitiva para um instante futuro e, como se verá a seguir, para um órgão estatal distinto.

¹¹⁰ HC 89. 417 (p. 928).

¹¹¹ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 91.

As dificuldades metodológicas da colisão entre princípio e regra

3.1. Um ponto complexo e pouco explorado da teoria dos princípios

Como foi exposto no capítulo anterior, a teoria dos princípios concebe princípios e regras como normas com estrutura distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por parâmetros de argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva por meio de adjudicação. Diante desse cenário, fica clara a importância de se decidir entre a aplicação de um princípio ou de uma regra a uma determinada situação, sobretudo quando se considera que normas com esses tipos distintos de estrutura prescrevem consequências jurídicas antagônicas para um mesmo caso. A colisão entre um princípio e uma regra é, portanto, um dos pontos mais relevantes da teoria dos princípios.

Apesar de sua importância, “esse é talvez o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios”¹¹². Ao contrário do que se observa com relação à colisão entre princípios e ao conflito de regras, que foram objetos de análises numerosas e extensas, às quais podem ser atribuídas, de uma forma geral¹¹³, a obtenção de algumas posições consensuais entre aqueles que adotam a teoria dos princípios, a colisão entre um princípio

¹¹² Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 51.

¹¹³ Como apontado anteriormente, o método de aplicação dos princípios é objeto de divergências entre os adeptos da teoria dos princípios, sobretudo com relação à fórmula do peso proposta por Robert Alexy. A exemplo de outras controvérsias pontuais, a falta de consenso com relação a essa questão não nega a existência de pontos pacíficos para entre os seguidores dessa linha teórica, mas apenas confirma essa afirmação, pois o debate sobre essas questões específicas só é possível devido à aceitação de pressupostos comuns, como, por exemplo, o fato de que princípios devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

e uma regra foi alvo de poucas considerações, que, como pretendo demonstrar neste capítulo, deixaram algumas questões problemáticas sem resposta.

3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente

Uma das respostas mais comuns para os casos de antinomia entre um princípio e uma regra tenta evitar esse problema e é baseada em uma pretensa relação de restrição à realização do princípio em face da necessidade de aplicação da regra. Sustenta-se, nesse sentido, que quando uma regra e um princípio prescrevem consequências jurídicas antagônicas para uma mesma situação, deve-se aplicar a regra em detrimento do princípio, cujo âmbito de otimização é simplesmente restringido.¹¹⁴

Em um primeiro exame, essa parece ser uma posição compatível com a teoria dos princípios, que concebe como princípios as normas que têm a medida devida de satisfação determinada não apenas pelas possibilidades fáticas, mas também pelas possibilidades jurídicas, cujo âmbito “é determinado pelos princípios e regras colidentes”¹¹⁵. Como as regras, ao contrário dos princípios, devem ser realizadas sempre que válidas, parece lógico que a existência de uma regra que prescreva uma conduta contrária àquela cuja realização é exigida na maior medida possível por um princípio determine o âmbito das possibilidades jurídicas da satisfação desse princípio, limitando a sua efetivação.

Nesse cenário, seria possível até descaracterizar a colisão entre um princípio e uma regra como um verdadeiro conflito normativo, ou seja, como um conflito que poderia ter como resultado a precedência tanto de uma espécie normativa, quanto de outra. Haveria, nesse sentido, o simples estabelecimento de um limite à realização dos princípios, uma restrição inerente à sua definição como “normas que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”¹¹⁶ O conflito entre um princípio e uma regra seria, portanto, apenas aparente, pois a precedência das regras sobre os princípios seria absoluta.

¹¹⁴ Cf. Ana Paula de Barcelos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, pp. 183 e s.; Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 104 e s.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 48 e s..

¹¹⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

¹¹⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

Embora seja contrário a essa forma de precedência, Virgílio Afonso da Silva parece desenvolver um argumento semelhante ao apresentado, quando afirma que “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 simples expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.”¹¹⁷

Esse raciocínio pode ser problemático porque dá a entender que, nos casos em que uma regra e um princípio prescrevem condutas antagônicas, a regra deve sempre ser aplicada, o que levaria a algumas consequências insustentáveis, pois, como o próprio Virgílio Afonso da Silva reconhece, “esse cenário pode se complicar.”¹¹⁸ É o que acontece quando a aplicação da regra a uma determinada situação concreta produz um resultado extremamente indesejado e, até mesmo, incompatível com a ordem constitucional¹¹⁹ ou mesmo quando há dúvidas quanto à constitucionalidade da regra.¹²⁰

Diante dessas hipóteses, a prevalência absoluta de regras sobre princípios, decorrente da compreensão da colisão entre um princípio e regra como um conflito aparente de normas, levaria a um cenário insustentável, no qual nenhuma restrição a um princípio constitucional decorrente de uma regra poderia ser considerada inconstitucional, uma vez que isso só é possível quando há a prevalência do princípio, que, em virtude da sua superioridade hierárquica, acarreta a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a perda de validade da regra.

Quando as regras são caracterizadas como restrições inerentes à definição de princípios como mandamentos de otimização, essa possibilidade deixa de existir. Embora nem todos os princípios decorram do texto constitucional e nem todas as regras sejam normas de direito ordinário, este argumento já seria forte o suficiente para demonstrar que sustentar que a relação entre um princípio e uma regra é exclusivamente de restrição não resolve o problema do conflito entre essas duas normas.

¹¹⁷ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

¹¹⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

¹¹⁹ Cf. Ana Paula de Barcelos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 201; Thomas da Rosa de Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, pp. 236-238; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 53; Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 105 e s..

¹²⁰ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

Também não se pode invocar a perda da validade de uma regra precedida por um princípio constitucional para negar a existência de uma colisão entre essas normas. Assim como a perda da validade de uma regra menos específica diante de uma regra mais específica, ou de uma regra anterior diante de uma regra posterior não justifica a caracterização do conflito de regras como um conflito normativo aparente, uma eventual declaração de inconstitucionalidade de uma regra que colide com um princípio constitucional não demonstra que um conflito entre essas duas espécies de normas é fictício. Pelo contrário. A perda de validade da regra é, na verdade, uma consequência da sua colisão com um princípio e, desse modo, confirma a existência desse conflito normativo.

Há casos em que regras devem ceder diante da importância da realização de princípios opostos.¹²¹ Ainda que essas situações sejam excepcionais¹²², elas não podem ser ignoradas. Não há dúvidas que, na maior parte das vezes, as regras prevalecem sobre os princípios, restringindo a sua realização. Há, inclusive, boas razões que isso ocorra.¹²³ No entanto, por mais provável e desejável que se possa considerar essa prevalência, ela não é absoluta e, desse modo, não serve de fundamento para as conclusões de que o conflito entre um princípio e uma regra seria apenas aparente e de que as regras restringiriam o dever de otimização dos princípios em todas as situações. Não é o conflito entre princípio e regra que é aparente, mas, sim, a idéia de que a relação entre essas normas seria de simples restrição, à qual geralmente se recorre para justificar essa afirmação.

Ainda que não possa fundamentar um método universal de solução para o conflito entre um princípio e uma regra, a observação de que, na grande maioria das vezes, as regras devem restringir – e, de fato, restringem – a realização dos princípios justifica o estabelecimento de uma relação de precedência *prima facie*¹²⁴ das regras sobre os

¹²¹ Fala-se, desse modo, de superabilidade, derrotabilidade ou da “capacidade de acomodar exceções” das regras jurídicas, também chamada de *defeasibility* que, como aponta Carsten Bäcker, é uma propriedade exclusiva das regras, não sendo observada nos princípios quando concebidos como mandamentos de otimização, uma vez que o conteúdo de seu dever ser nunca deixa de ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e, jurídicas. Cf. Carsten Bäcker, “Rules, Principles and Defeasibility”, pp. 81-87. No mesmo sentido, cf.. Thomas Bustamante, “Princípios, Reglas y Derrotabilidad”, p. 226. Posicionamento divergente é o de Alfonso García Figeroa, que afirma que “o enunciado “a norma N é um princípio” equivale a “a norma N é derrotável”. Cf. Alfonso García Figeroa, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy”, p. 356. Para uma análise crítica sobre as diversas concepções de defeasibility, cf. Frederick Schauer, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, pp. 223-240.

¹²² Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 114; Thomas da Rosa de Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 237; Ana Paula de Barcelos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 208;

¹²³ Cf. 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?

¹²⁴ “Precedências *prima facie* não estabelecem determinações definitivas, mas ônus argumentativos.” Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, p. 227.

princípios, como é apontado por Thomas Bustamante¹²⁵. Esta é uma conclusão importante, mas que não resolve o problema do conflito do entre um princípio e uma regra.

3.3. Um problema que não pode ser resolvido nem como uma colisão de princípios, nem como um conflito de regras

Após afastar o argumento de que a colisão entre um princípio e uma regra seria apenas aparente, convém examinar as demais propostas de solução para esse conflito, que, como será demonstrado neste tópico, suscita um importante problema metodológico no âmbito da teoria dos princípios, pois não pode ser resolvido nem como uma colisão entre princípios, nem como um conflito entre regras.

A antinomia entre uma regra e um princípio não pode ser solucionada como um conflito entre regras, porque as relações que determinam qual das regras conflitantes deve ser válida e aplicada, e qual deve ser inválida e, desse modo, não aplicada são determinadas abstratamente, independentemente das circunstâncias do caso concreto. É a esse tipo de resolução em abstrato que se refere, quando se diz que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”¹²⁶

É isso o que acontece, por exemplo, quando a regra que criminaliza o homicídio¹²⁷ e a regra que exclui a ilicitude das condutas tomadas em legítima defesa¹²⁸ são aplicáveis à mesma situação. Independente das circunstâncias da situação em questão, a solução para esses casos deverá ser a mesma em todos os casos aos que preenchem o suporte fático dessas duas regras: sempre que se entender que uma pessoa causou a morte de outra, por

¹²⁵ “Em síntese, pode-se dizer que, *prima facie*, em caso de conflitos entre regras e princípios as regras ganham por definição. Não existe, porém, uma insuperabilidade absoluta das regras jurídicas, pois ela também podem ser excepcionadas no caso concreto. Mas a superabilidade das regra é, ao contrário da dos princípios, reservadas a situações excepcionais.” Thomas da Rosa de Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, pp. 236 e s..

¹²⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92. Como já mencionado na nota 73, é importante destacar que a introdução de uma cláusula de exceção em uma regra também acarreta a sua perda de validade, ainda que parcial.

¹²⁷ “Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos” (Código Penal)

¹²⁸ “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

II- em legítima defesa”(Código Penal)

usar moderadamente dos meios necessários para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro¹²⁹, não haverá crime.

O mesmo ocorre quando se observa uma relação de sucessão cronológica, de superioridade hierárquica ou de especialidade entre duas regras.¹³⁰ Havendo duas regras que prescrevem soluções antagônicas e são aplicáveis a um mesmo caso, uma delas será sempre posterior, superior ou mais específica do que a outra, o que determinará a sua aplicação, pouco importando as particularidades do caso em questão.¹³¹

Não faz sentido utilizar um mecanismo que opera exclusivamente no plano abstrato e, desse modo, não considera a importância da realização das normas colidentes diante das circunstâncias do caso concreto para determinar se um princípio, que é uma norma cuja realização é determinada justamente pelas possibilidades fáticas e jurídicas do caso em questão, deve ou não ser aplicado em detrimento de uma outra norma cujo suporte fático também é preenchido por uma determinada situação. O dever de otimização dos princípios exige que a sua precedência em relação a uma norma que prescreve uma consequência jurídica antagônica seja justificada em face das circunstâncias do caso concreto.

Além dessa incompatibilidade, haveria ainda um problema relacionado à perda da validade, no todo ou em parte, da norma que não foi aplicada, que é associada à solução do conflito entre regras. Quando se assume que a forma de solução do conflito entre regras implica uma definição no plano da validade¹³², como faz Virgílio Afonso da Silva, “seria

¹²⁹ “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (Código Penal)

¹³⁰ Esses critérios correspondem respectivamente aos postulados *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generalis* tradicionalmente difundidos na literatura jurídica. Convém destacar, no entanto, que eles não são exclusivos e, algumas vezes, não são suficientes para resolver a antinomia entre duas regras. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 207; Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico* (tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos), 10 ed, Brasília: UNB, 1999, pp. 91-110. Outros critérios, igualmente gerais e abstratos, também podem ser utilizados para resolver uma antinomia entre regras, como aquele que determina a aplicação da lei mais benéfica ao réu ou a regra prevista no §4º do artigo 32 da Constituição Federal, que determina que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

¹³¹ É fundamental, no entanto, que a situação concreta preencha o suporte fático das regras colidentes.

¹³² O fato de o conflito entre duas regras ser resolvido na dimensão da validade não implica que a adoção dessa forma de solução para o conflito entre outros tipos normativos também implique uma solução na dimensão da validade. É possível argumentar que a solução na dimensão da validade não é uma propriedade necessária, mas contingencial desse modo de solução, motivada exclusivamente pelo fato de que as regras devem, quando válidas, ser aplicadas. Nesse cenário, uma solução na dimensão da validade seria necessária apenas para evitar a inconsistência metodológica, que se daria com a não aplicação de uma regra válida. Como esse problema não existiria no caso da não aplicação de um princípio, não seria necessário recorrer a uma solução na “dimensão da validade”. O que caracterizaria esse forma de solução de um conflito normativo como uma forma de solução análoga à utilizada na solução do conflito entre regras não seria,

necessário aceitar que, quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico”, o que “seria incompatível com a idéia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que a sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma”.¹³³

Se, por um lado, o conceito de princípio impede que se adote uma solução similar à utilizada no conflito de regras, a definição de regra como uma norma cuja validade exige a realização de sua consequência jurídica na exata medida de sua prescrição, nem em maior, nem em menor grau é, por outro lado, incompatível com a fixação de uma relação de precedência condicionada e, portanto, que pode variar de acordo com as condições do caso concreto, adotada para solucionar a colisão de princípios. As regras deixariam de ser “definições no âmbito do que é fática e juridicamente possível”, se tivessem sua aplicação determinada por um sopesamento.¹³⁴ Além disso, Virgílio Afonso da Silva argumenta que “um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenham *dimensão de peso*, o que regras não têm”.¹³⁵

Essas observações parecem ser ignoradas por aqueles que afirmam que o conflito entre um princípio e uma regra deve ser resolvido com um recurso a um sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que fundamenta a regra, como José Sérgio da Silva Cristóvam, que chega a afirmar que:

“Em verdade, não se cogita da relação de conflito entre regras e princípios jurídicos, até porque elas são informadas e respaldadas pelos princípios, o que acaba por deslocar a

portanto, a solução “na dimensão da validade”, mas o recurso a relações de precedências apriorísticas, que não estão condicionadas ao caso concreto.

¹³³ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 51.

¹³⁴ “Nesse caso, a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito de válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca sua validade”. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 51.

¹³⁵ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 51. O recurso à dimensão do peso como um elemento que permite uma diferenciação lógica entre princípios e regras também aparece na obra de Ronald Dworkin, que, conforme as ressalvas apresentadas anteriormente, defende uma concepção de princípios e regras distinta da que é utilizada como base teórica deste trabalho. Cf. Ronald Dworkin, “The model of rules I”, pp. 26 e 27. Embora não adote nenhuma distinção entre regras e princípios e, desse modo, utilize um conceito de regra diferente do que é utilizado nesse trabalho, Frederick Schauer parece divergir desse posicionamento ao afirmar que as regras, e isso inclui normas que são tidas como regras segundo a Teoria dos Princípios, têm dimensão de peso. Segundo Schauer, “Regras têm uma dimensão de peso, ou um grau de resistência à superação, o que também pode expresso nos termos de que uma regra não é completamente derrotável [*defeasible*].” Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 117 Como essa resistência à superação é algo que, segundo Schauer, varia de acordo o grau de internalização da regra, é possível afirmar que, no seu entendimento, as regras não apenas têm um peso, mas também que esse peso é variável. Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 126-134.

relação de oposição do binômio princípio/regra para uma relação do tipo normativo princípio/princípio.”¹³⁶

Além das objeções substanciais que podem ser feitas a esse tipo de raciocínio¹³⁷, deve ficar clara a sua incompatibilidade metodológica com a distinção estrutural entre princípios e regras desenvolvida pela teoria dos princípios, que deixaria de existir se as regras pudessem ser superadas com o mesmo grau de facilidade que os princípios, ou seja, sempre que a realização de um princípio colidente fosse mais importante do que a satisfação do *direito material* que se pretende garantir mediante a prescrição da regra.

3.4. A inadequação de dois modos de solução distintos

Diante das objeções apresentadas tanto à precedência absoluta das regras sobre os princípios, quanto à possibilidade de resolver o conflito entre um princípio e uma regra com o recurso às mesmas técnicas que são utilizadas para solucionar uma colisão entre princípios ou um conflito entre regras, há autores que prescrevem dois modelos distintos de solução para os casos de colisão entre princípios e regras.

É o caso de Robert Alexy e Martin Borowski, que argumentam que a determinação do método de solução para o conflito entre um princípio e uma regra deve depender, fundamentalmente, do tipo de validade da regra, que, segundo esses autores, pode ser estrita ou não estrita.¹³⁸

Segundo esses autores, quando a regra possuir validade estrita, ela deveria prevalecer sobre o princípio e restringir a sua otimização, “independentemente de se saber o quão importante é a realização de P [o princípio] e o quão desimportante é a realização de R [a regra].”¹³⁹ Já nos casos de validade não estrita da regra, seria possível, sob determinadas condições, que a sua realização fosse limitada pela aplicação do princípio colidente. Essas

¹³⁶ José Sérgio da Silva Cristóvam, *Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 223. No mesmo sentido, cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

¹³⁷ Essas objeções serão apresentadas no capítulo seguinte. Cf. 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios?

¹³⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90, n. 24 e Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 87.

¹³⁹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90, n. 24.

condições poderiam ser observadas quando a realização do princípio que colidisse com a regra fosse mais importante do que a realização do princípio que fundamentaria o que é prescrito pela regra *em conjunto* com a realização do princípio que exige o cumprimento das regras e, nesse sentido, fundamentaria esta norma formalmente.¹⁴⁰

Solução semelhante àquela prescrita por Alexy e Borowski aos casos nos quais a validade de uma regra não seria estrita é a proposta por Juha Pöyhönen com o nome de “ponderação de segundo grau”. Esse tipo diferenciado de ponderação consistiria em um sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que a sustenta, fundamentando a sua prescrição, ao qual deve ser atribuído um “peso extra”, decorrente do postulado que exige o cumprimento das regras.¹⁴¹ Pöyhönen vai além do entendimento de Alexy e Borowski, ao afirmar que o princípio que sustenta a regra consistiria na sua *ratio*, devendo ser utilizado como critério para sua classificação como de validade estrita ou de validade não estrita.¹⁴²

Independentemente da viabilidade de cada uma dessas formas de solução, o principal problema dessas propostas está na classificação das regras quanto a sua validade, que apesar de ser decisiva para opção pela precedência absoluta das regras ou para a realização de um modelo diferenciado de sopesamento, não é orientada por nenhum critério explícito.

Ao não apontar nenhum parâmetro para a classificação de uma regra como de validade estrita ou de validade não estrita,¹⁴³ o modelo proposto por Alexy e Borowski deixa o intérprete sem qualquer orientação para considerar que a regra tem validade estrita e, conseqüentemente, que a sua aplicação não deve estar condicionada à importância da realização dos princípios colidentes, ou para considerar que a regra não tem validade estrita

¹⁴⁰ Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 87. Alexy formula esse raciocínio de maneira mais complexa: “(2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*.” Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 90 e s., n.24. Cf. 6.3.2. O sopesamento entre um princípio formal e um princípio material.

¹⁴¹ Cf. Juha Pöyhönen, “Auslegung contra legem als ein deskonstruktives Spiel von Regeln und Prinzipien im Recht”, *Rechtstheorie* 20 (1989), p. 218.

¹⁴² Cf. Juha Pöyhönen, “Auslegung contra legem als ein deskonstruktives Spiel von Regeln und Prinzipien im Recht”, p. 219.

¹⁴³ Ao menos, não quando tratam da colisão entre princípio e regra ou do conceito de regra.

e, desse modo, aplicar apenas a norma cuja realização julgar mais importante em face das circunstâncias do caso concreto.

Este problema também não é evitado por Pöyhönen, que, apesar de argumentar que o princípio que sustenta a regra materialmente constitui a sua *ratio* e determina o modo de sua validade, não desenvolve nenhum critério capaz de orientar essa relação. Dizer que a classificação de uma regra como de validade estrita ou de validade não estrita é determinada pelo princípio que embasa o seu conteúdo e não explicar como isso ocorre, pouco difere de dizer que a regra pode ter validade estrita ou não estrita, e não especificar quais critérios orientam essa classificação.

Além de não se basear em parâmetros que permitam o controle intersubjetivo da decisão pela precedência da regra ou do princípio colidente, essas propostas podem ser questionadas do ponto de vista da sua coerência metodológica, pois, como argumenta Virgílio Afonso da Silva, a existência de regras de validade não estrita, cuja aplicação a uma situação que preenche o seu suporte fático está condicionada à importância da realização de outras normas, não seria condizente com a estrutura das regras¹⁴⁴, que, como define Robert Alexy, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”.¹⁴⁵

Sem o desenvolvimento de parâmetros que possam orientar o controle intersubjetivo de decisões pela precedência de regras ou de princípios, as propostas que prescrevem duas possibilidades distintas para resolução do conflito entre um princípio e uma regra – como as que se baseiam na distinção entre regras de validade estrita e de validade não estrita – pouco contribuem para que se decida pela aplicação de um princípio ou de uma regra que exigem a produção de consequências jurídicas opostas para uma mesma situação fática.

Assim, ao menos que se aceite a crítica feita por Jan Henrik Klement¹⁴⁶ de que a teoria dos princípios teria pretensões meramente descritivas, ou seja, que ela seria incapaz de orientar a argumentação jurídica, podendo justificar qualquer decisão tomada¹⁴⁷, deve-se descartar

¹⁴⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 49.

¹⁴⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

¹⁴⁶ Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt“, pp. 756-763.

¹⁴⁷ A crítica de Klement é ainda mais incisiva, pois, segundo ele “mesmo em sua função descritiva a teoria dos princípios apresenta fraquezas. Com a divisão das normas em princípios e regras, que é proposta, a riqueza das formas normativas presentes na Constituição e, especialmente, a variedade dos elementos da teoria jurídica não são refletidos em sua plenitude. A teoria dos princípios descreve apenas formas possíveis de se lidar com as colisões entre argumentos normativos presentes na Constituição. Estas são o modelo de colisão de regras e o modelo da colisão entre princípios.” Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt“, p. 763.

esse tipo de solução, que é incompatível com uma teoria dogmática, que, embora possua um acentuado viés analítico-conceitual, também tem preocupações empíricas e normativas claras.

Deve ficar claro, portanto, que a classificação das regras quanto à sua validade e a consequente atribuição de um modo de aplicação diferente a cada uma dessas categorias devem ser evitadas, pois, além de pouco contribuir para a solução do conflito entre um princípio e uma regra, mostram-se incompatíveis com a distinção qualitativa das normas que embasa a teoria dos princípios.

3.5. Além da dimensão metodológica

As propostas analisadas nesse tópico têm como principal enfoque aspectos fundamentalmente metodológicos do conflito entre um princípio e uma regra. Entretanto, esse é um problema cujas implicações não se limitam ao âmbito metodológico, ou de *justificação interna* da forma de solução desse conflito normativo, mas afetam também questões substanciais, o que é determinante para a correção e a aceitabilidade desses modelos, ou seja, para sua *justificação externa*.¹⁴⁸

Como ficou evidente na crítica ao argumento de que o conflito entre as duas espécies de normas admitidas pela teoria dos princípios seria apenas aparente, pois as regras definiriam o âmbito das possibilidades jurídicas da realização dos princípios, não basta que uma forma de solução para o conflito entre um princípio e uma regra seja compatível como as definições de princípio e de regra. É necessário sobretudo que os resultados obtidos com base na aplicação do modelo proposto sejam aceitáveis e não levem a consequências insustentáveis em um Estado de Direito.

A solução do conflito entre um princípio e uma regra pressupõe, portanto, que se compreenda que essas duas espécies de normas tendem a cumprir papéis distintos e, como foi apontado anteriormente, que a opção pela aplicação de cada uma delas afeta diretamente o momento em que se determina o que deve ser exigido juridicamente e a titularidade de quem detém esse poder decisório, como será exposto no capítulo seguinte.

¹⁴⁸ Sobre a distinção entre justificação interna e justificação externa, cf. nota 40.

Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?

4.1. Idéia-guia

Embora a teoria dos princípios seja uma teoria estrutural com acentuado viés analítico, o alcance das suas proposições e de seus desdobramentos não é restrito ao âmbito metodológico.¹⁴⁹ Além da preocupação com a clareza e com a coerência, o desenvolvimento dos conceitos e dos métodos de aplicação das normas jurídicas também deve ser orientado por uma necessária reflexão sobre a viabilidade, a conveniência e a correção de suas implicações práticas.¹⁵⁰

Essa dimensão mais substancial da teoria dos princípios será preponderante na análise que será realizada nesse capítulo, cujo objetivo é apresentar argumentos que, embora sejam essenciais para determinar a solução do conflito entre um princípio e uma regra, costumam ser ignorados, assumidos de forma implícita ou, até mesmo, ofuscados por considerações formais e metodológicas.

Ao longo da exposição desses argumentos, serão retomadas duas idéias apresentadas anteriormente: a de que a aplicação de um princípio em detrimento de uma regra desloca a

¹⁴⁹ Segundo Robert Alexy: “Uma teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa.” Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 42 e s..

¹⁵⁰ A teoria dos princípios pode ser considerada, desse modo, uma teoria dogmática em suas três dimensões: analítica, empírica e normativa. Para uma análise sobre essas três dimensões da dogmática jurídica, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 32-38.

tomada de decisão sobre o que deve ser definitivamente exigido para um momento e para uma autoridade distinta, mencionada no segundo capítulo, e a de que há boas razões para que, no caso de um conflito, uma regra prevaleça sobre um princípio, citada no capítulo anterior, que fundamenta uma precedência *prima facie* das regras sobre os princípios. A análise desses dois argumentos e, sobretudo, da relação entre eles será essencial para desenvolver a tese de que a *superação de uma regra deve ser mais difícil do que a superação de princípio*.

Além de ser fundamental para orientar o desenvolvimento de um modelo adequado para a solução do conflito entre um princípio e uma regra, a conclusão de que a não aplicação de uma regra a uma situação que preenche o seu suporte fático demanda um ônus argumentativo maior do que a não realização de um princípio em um caso ao qual ele poderia ser aplicado, que será defendida nesse capítulo, também pode ser utilizada como um parâmetro para avaliar a influência da teoria dos princípios na formação de um cenário marcado pelo acúmulo de competência decisória no Poder Judiciário e pela aplicação casuística do direito. Desse modo, a tese de que a superação de uma regra deve ser mais difícil do que a superação de um princípio servirá como uma idéia-guia e pautará a análise que será realizada nos capítulos seguintes.

4.2. Regras como um produto de um sopesamento de princípios

Conforme foi exposto anteriormente, a compreensão da colisão entre um princípio e uma regra como um conflito normativo real, passível de ter como resultado a precedência dessas duas espécies de normas, não é negada apenas por aqueles que defendem a existência de uma relação de restrição ao âmbito das possibilidades jurídicas de otimização dos princípios e, conseqüentemente, de uma precedência absoluta das regras.¹⁵¹ Há quem argumente que a colisão entre um princípio e uma regra seria apenas aparente para sustentar que o conflito efetivo se daria entre dois princípios – o que colide com a regra e aquele cuja realização é fomentada por meio da regra – uma vez que todas as regras seriam balizadas e respaldadas por princípios.¹⁵²

¹⁵¹ Cf. 3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente.

¹⁵² Segundo um desses autores, José Sérgio da Silva Cristóvam, “quando da análise acerca da afronta de uma

Essa posição é problemática, não apenas do ponto de vista metodológico, como apontado anteriormente¹⁵³, mas, sobretudo, do ponto de vista substancial. A razão fundamental para essa incompatibilidade, que será analisada neste tópico, está na forma com a qual a relação entre uma regra e um princípio é compreendida por aqueles que sustentam que o conflito entre um princípio e uma regra deve ser resolvido por meio do sopesamento entre dois princípios.

O equívoco não está em assumir que regras decorrem de princípios, nem que são respaldadas, balizadas ou fundamentadas por normas cuja realização é exigida na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁵⁴ Como afirma Jan Sieckmann, “as normas infraconstitucionais também resultam de decisões que incluem o sopesamento de princípios constitucionais.”¹⁵⁵ O que é problemático, no entanto, é equiparar uma regra com o princípio que teria prevalecido no sopesamento do qual decorreu a sua positivação, tratando o conflito entre uma regra e um princípio como uma colisão entre dois princípios.

Mesmo que tenha o propósito exclusivo de resolver o conflito entre um princípio e uma regra, que, como afirmam com razão os defensores dessa proposta, não pode ser resolvido “pela aplicação de um critério de hierarquia formal”¹⁵⁶, a substituição de uma regra pelo princípio que teria fundamentado a sua positivação ignora uma diferença fundamental entre a realização de um sopesamento para a solução de um caso concreto pelo Poder Judiciário e a positivação, de forma geral, abstrata e explícita do resultado de um sopesamento realizado previamente por um órgão normativo no exercício de sua competência decisória.

determinada regra jurídica ao conteúdo normativo ostentado por um princípio, não se discute diretamente sobre a oposição entre uma regra e o princípio jurídico hostilizado, mas sim acerca da tensão entre este e os outros mandamentos que respaldam a aplicação da regra jurídica. (...) A aplicação da regra no caso concreto ou a sua invalidação depende do resultado da relação de tensão entre os princípios contrários a sua aplicação e aqueles que a respaldam, portanto, uma situação típica de colisão de princípios jurídicos” José Sérgio da Silva Cristóvam, *Colisões entre princípios constitucionais*, p. 223-224.

¹⁵³ Cf. 3.3. Um problema que não pode ser resolvido nem como uma colisão de princípios, nem como um conflito de regras.

¹⁵⁴ Como será analisado a seguir, é possível que uma regra não decorra de nenhum princípio legítimo, o que, no entanto, acarretará a perda da sua validade diante da sub-segna da adequação do exame de proporcionalidade.

¹⁵⁵ Jan Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechstanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung”, *Der Staat* 41 (2002), p. 399. Cf., no mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52; Thomas Bustamante, “Principios, Reglas y Derrotabilidad”, p. 220. Sieckmann defende o que chama de fundamentação principiológica das normas jurídicas, sustentando que todas as normas aplicadas imediatamente podem ser reconstruídas como resultado de um sopesamento de princípios. Cf. Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, pp. 19-41.

¹⁵⁶ José Sérgio da Silva Cristóvam, *Colisões entre princípios constitucionais*, p. 224.

Isso não significa, contudo, que os Poderes Legislativo e Executivo – e até mesmo o próprio Judiciário, no caso das normas regimentais – só estabeleçam regras, nem que os princípios não decorram de um ato de positivação, uma vez que normas desta espécie também são produtos de decisões tomadas previamente por órgãos normativos. O que deve ficar claro, no entanto, é que “a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto”¹⁵⁷, pois condiciona a aplicação definitiva de uma dessas normas a um juízo sobre a importância de sua realização diante das circunstâncias do caso concreto.

É justamente com base nessa idéia, que Humberto Ávila, ao discorrer sobre as regras constitucionais, afirma que “em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e dos Poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum.”¹⁵⁸

Embora a aplicação das regras também dependa de um processo interpretativo, normas desta espécie têm a sua consequência jurídica previamente definida, cuja realização não está condicionada a um juízo sobre a sua importância diante do caso concreto. Isso é válido mesmo para os dispositivos normativos vagos ou controversos, como no exemplo citado anteriormente da lei municipal paulistana que exige que grandes empreendimentos privados custeiem as obras viárias necessárias para compensar o seu impacto no trânsito.¹⁵⁹

Por mais difícil que possa ser determinar se a implantação de um empreendimento particular torna imperiosa a execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário e definir quais são as obras, os serviços e as despesas decorrentes da sua execução, a positivação da regra mencionada determina que o interessado arque com o custeio integral dessas modificações, sejam elas quais forem, sempre que se considerar que a implantação de um determinado empreendimento afeta o tráfego de veículos, demandando adaptações no sistema viário para compensar seu impacto. Não há margem

¹⁵⁷ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.140.

¹⁵⁸ Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, p. 4.

¹⁵⁹ Cf. nota 71.

para considerações sobre o tamanho do empreendimento, a sua destinação ou as condições financeiras do responsável pela implantação.

Esse cenário seria muito diferente caso essa regra fosse substituída pelo princípio constitucional da igualdade material, que, ao exigir a responsabilização daqueles cuja conduta deu ensejo a um gasto público extraordinário em detrimento dos que não contribuíram para essa despesa, poderia ser apontado como o fundamento desta norma municipal.¹⁶⁰

A diferença fica clara, quando se recorre a uma situação hipotética que, caso fosse resolvida exclusivamente com base no sopesamento de princípios possivelmente teria uma solução oposta à determinada pela regra. Este poderia ser o caso da construção de um grande empreendimento comercial, que, por atrair um grande público consumidor e gerar diversos empregos em uma determinada região da cidade, seria extremamente desejada do ponto de vista econômico, mas, em contrapartida, ensejaria algumas modificações no sistema viário para que seu impacto no trânsito pudesse ser absorvido.

Ao contrário do que ocorreria diante da positivação da regra municipal – quando uma decisão que obrigasse o responsável pelo empreendimento a arcar com as despesas decorrentes das modificações no sistema viário seria pouco controvertida –, a responsabilização do empreendedor seria muito mais incerta, caso a regra citada não existisse e a decisão tivesse de ser tomada com base em um sopesamento entre todos os princípios materiais envolvidos no caso concreto, com a consideração de todas as suas circunstâncias fáticas e jurídicas.

Esse exemplo retoma o argumento de que *decidir com base em princípios tende a ser mais discricionário do que decidir com base em regras*, pois a aplicação de regras por meio de subsunção tende a restringir a liberdade do intérprete de forma mais significativa do que a aplicação de princípios por meio de sopesamento.¹⁶¹ Isso ocorre, pois, como

¹⁶⁰ O fato de apenas um princípio ter sido apresentado como fundamento da regra utilizada neste exemplo não significa, no entanto, que outros princípios não poderiam ser apontados como fundamento dessa norma. A afirmação de que toda regra é fruto de um sopesamento de princípios, não implica que esse sopesamento deve ser realizado apenas entre dois princípios colidentes, mas, o que é mais frequente, entre os diversos princípios que podem ser fundamentar uma determinada decisão ou, de modo contrário, ter sua realização restringida por esta decisão.

¹⁶¹ Cf. 2.4. Otimização de princípios e sub-otimalidade das regras.

sustenta Robert Alexy, “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.”¹⁶²

Ainda que possa ser reconstruída como resultado de um sopesamento de princípios, uma regra não indica apenas que o Estado deve optar pela promoção de um determinado grau de realização de alguns princípios ainda que isso implique uma eventual restrição a outros princípios.

Isso fica claro, por exemplo, quando se analisa a regra que foi positivada pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança.¹⁶³ Muito mais do que estabelecer uma relação de precedência da liberdade científica e do direito à saúde sobre o direito à vida, a elaboração dessa regra definiu também, e principalmente, quais seriam os meios e sob quais condições isso deveria ocorrer, decidindo que, diante da incerteza quanto ao potencial terapêutico das pesquisas com células-tronco e ao destino dos embriões gerados *in vitro* e não utilizados em técnicas reprodutivas, embriões humanos excedentes de procedimentos de reprodução assistida inviáveis ou congelados há mais de três anos, poderiam ser utilizados para fins de terapia e pesquisa sobre células tronco, desde que os genitores autorizassem.

Grande parte das definições previamente estabelecidas– na maioria das vezes por órgãos integrantes dos Poderes Legislativo ou Executivo– seriam revistas e possivelmente alteradas por um órgão judicial caso uma regra pudesse ser simplesmente substituída pelo princípio que teria motivado a sua positivação. Haveria, ainda, o risco de que algumas questões controversas e problemáticas enfrentadas por meio da positivação de uma regra fossem ignoradas na resolução de casos concretos por meio de sopesamento princípios, caso o órgão que realiza o controle judicial, por incompetência ou falta de conhecimento

¹⁶² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.140.

¹⁶³ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” (Lei nº 11.105/2005).

específico, deixasse de considerá-las como relevantes para determinar a relação de precedência entre os princípios colidentes.¹⁶⁴

Esse fato parece ser ignorado por aqueles que entendem que o conflito entre um princípio e uma regra poderia ser reconstruído como uma colisão entre o princípio que colide com a regra e o princípio que teria motivado a sua positivação. A superação de uma regra demanda um ônus argumentativo superior ao que é exigido pela não satisfação de um princípio em um caso concreto, pois não basta um juízo sobre a importância da realização dos princípios envolvidos, mas é necessário que se justifique também a eventual reconsideração dos demais aspectos controversos que foram decididos previamente pelo órgão que positivou a regra.

É justamente para proteger as decisões adicionais tomadas com a positivação de uma regra, bem como todas as implicações que dela decorrem, que a teoria dos princípios atribui validade definitiva às regras, estabelecendo que essas normas, sempre que válidas, devem ser aplicadas de forma estrita, independente de um sopesamento.

Deve ficar claro, desse modo, que o alcance da distinção estrutural entre princípios e regra desenvolvida pela teoria que é utilizada como base teórica deste trabalho não se restringe ao âmbito estritamente metodológico, mas possui importantes implicações concretas, na medida em que tende a conferir às normas às quais se atribui a estrutura de regra uma resistência maior à superação do que àquelas às quais se atribui a estrutura de princípio, cuja aplicação definitiva é condicionada exclusivamente a um juízo sobre a importância de sua realização diante das circunstâncias do caso concreto.

¹⁶⁴ Isso ocorre, segundo Carlos Ari Sundfeld, porque, na maioria das vezes, ao julgarem com base em princípios, os juízes não enfrentariam o chamado “ônus do regulador”, que exige “que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, como suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e impactos positivos e negativos, em todos os seus aspectos da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada.” Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, p. 304.

4.3. Regras e Segurança Jurídica

Dentre as razões que justificam a afirmação de que a estrutura de uma regra tende a oferecer uma resistência maior à superação do que a estrutura de um princípio está a idéia de segurança jurídica. Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito.”¹⁶⁵

Se a aplicação de uma regra estivesse condicionada a um juízo sobre a importância da realização dos princípios colidentes em cada caso concreto, como ocorre com a realização de um princípio, o cumprimento desse papel seria gravemente prejudicado e as regras deixariam de garantir previsibilidade àquilo que é devido. É por esta razão que Humberto Ávila afirma que “as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha.”¹⁶⁶

Entendimento semelhante é defendido por Frederick Schauer, que atribui às regras o papel de estabilizar as expectativas de diferentes destinatários sobre a definição do que deve ser juridicamente exigido, principalmente em situações controversas, pois substituem as diferentes pré-concepções de cada indivíduo sobre o que estaria ou não autorizado, por uma definição simplificada, geral e abstrata, capaz de ser assimilada por aqueles que compartilham uma linguagem comum.¹⁶⁷

Posição similar é defendida por Jeremy Waldron, que afirma que “há regras para pessoas que não têm praticamente mais nada em comum.”¹⁶⁸ Segundo Waldron, “na medida em que o direito faz uso de formulações verbais específicas, ele pretende conectar-se e associar-se como uma instituição social a uma outra instituição - a instituição da linguagem natural. Em particular, ele pretende associar-se com *a forma de determinação interpessoal, seja ela qual for, que deve existir na linguagem natural.*”¹⁶⁹

Como a definição do que é exigido por uma regra depende exclusivamente da interpretação de um texto normativo previamente estabelecido, que recorre a um fator de atribuição de

¹⁶⁵ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

¹⁶⁶ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 113.

¹⁶⁷ Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 137-145.

¹⁶⁸ Jeremy Waldron, “The Principles of Legislation” in Richard W. Bauman, *The Least Examined Branch: The Role of Legislature in Constitutional States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 28 e s..

¹⁶⁹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 82-83.

significado interpessoal – uma linguagem comum aos destinatários desta norma¹⁷⁰ –, e da subsunção de uma determinada situação ao produto dessa interpretação, normas dessa espécie tendem a conferir mais previsibilidade à aplicação do direito do que princípios, que, além de estarem sujeitos a um processo interpretativo semelhante ao que se dá com as regras¹⁷¹, têm sua aplicação condicionada *também* a um juízo sobre a importância da realização das demais normas potencialmente aplicáveis ao caso concreto – o sopesamento.

Por mais consensual que possa ser o resultado desse sopesamento e por mais controversa que possa ser a interpretação de um texto normativo, a definição *prévia* e *explícita* do que é devido por meio das regras confere ao direito mais previsibilidade do que a aplicação de princípios, que depende de relações de precedência condicionadas fixadas com base nas circunstâncias de cada caso concreto. Ainda que as regras sejam sub-ótimas¹⁷², isso é necessário, pois, como afirma Jan Sieckmann, “ordens jurídicas não podem ser constituídas apenas de infinitos sopesamentos, mas devem conter determinações sobre quais normas têm validade definitiva e devem ser aplicadas e respeitadas.”¹⁷³

Além de conferir previsibilidade à aplicação do direito, o que é chamado por Frederick Schauer de “argumento da confiança”¹⁷⁴, a existência de normas que fixam determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível e devem ser aplicadas sempre que

¹⁷⁰ Não pretendo defender aqui qualquer posicionamento sobre a influência um texto normativo na determinação de seu significado, o que demandaria uma análise incompatível com os limites e o escopo desse trabalho. Defendo apenas que a determinação prévia e explícita do que é devido, com uso de uma linguagem comum a um grupo de indivíduos, tende a tornar a aplicação do direito mais previsível do que ela seria caso dependesse exclusivamente de decisões tomadas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

¹⁷¹ Embora o sopesamento de princípios seja frequentemente oposto à subsunção de regras, pois são formas de aplicação de normas distintas, é importante observar que todo sopesamento pressupõe a realização de no mínimo três subsunções. Pelo menos duas delas fazem-se necessárias para identificação dos princípios colidentes e uma terceira para a aplicação do resultado do sopesamento entre estes princípios. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que “a subsunção não se faz presente apenas no começo, como também no fim de um sopesamento.” Robert Alexy, “Two or Three?”, p. 11.

¹⁷² Cf. 2.4. Otimização de princípios e sub-otimalidade das regras.

¹⁷³ Jan Sieckmann, “Grundrechte als Prinzipien” in Jan Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrecht: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 18.

¹⁷⁴ “Argumentos a favor da tomada de decisões baseada em regras tradicionalmente concentram-se na capacidade das regras para promover as virtudes inter-relacionadas da confiança, da previsibilidade e da certeza. De acordo com tais argumentos, aqueles que ao tomar decisões seguem as regras, mesmo quando outros resultados parecem preferíveis permitem que os afetados pelas suas decisões possam prever com antecedência quais serão as prováveis decisões. Consequentemente, aqueles que serão afetados por decisões alheias podem planejar suas atividades com mais sucesso sob um regime de regras do que sob qualquer outra forma de tomada de decisão mais particularista. Embora nenhuma palavra possa expressar totalmente essas virtudes, “certeza” tem conotações mais fortes do que são necessárias para o ponto que se defende, e “previsibilidade” só tem valor na medida em que facilita a confiança. Desse modo, passarei a me referir a este argumento como o *argumento da confiança*.” Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 137 e s.

válidas, independente de um juízo sobre a importância da realização de princípios colidentes em um caso concreto tende a reduzir a arbitrariedade na tomada de decisões.¹⁷⁵

Nesse mesmo sentido, Jeremy Waldron sustenta que a “governança pela lei é a governança com base em regras gerais, e é isso o que lhe confere um viés moralista. Juristas, algumas vezes, escrevem como se a generalidade da lei fosse simplesmente uma vantagem pragmática do ponto de vista administrativo. Mas ela é mais do que isso. Generalizações com relação a ações e pessoas são símbolos ou garantias de que as decisões judiciais são tomadas e impostas em virtude de razões (e de que as essas razões estão sendo seguidas até as suas consequências), e não arbitrariamente ou por capricho.”¹⁷⁶

Em suma, a existência de regras tende a tornar a aplicação do direito mais previsível e menos arbitrária do que ela possivelmente seria, caso existissem apenas princípios, pois a estrutura e a forma de aplicação das regras tendem a preservar a decisão sobre a importância da realização de princípios colidentes, que ao invés de ser determinada em face das condições de cada caso concreto, como no caso dos princípios, é estabelecida de forma *prévia e geral*.

Se, assim como no caso dos princípios, uma decisão tomada com base na subsunção de uma regra também pode ser reconstruída como o produto de um sopesamento, há, no mínimo, duas diferenças significativas entre esse sopesamento e aquele que se dá para a aplicação de princípios. No caso das regras, o juízo sobre a importância da realização dos princípios colidentes ocorre *previamente*, não diante das condições de cada caso concreto, mas, sim, de um conjunto *genérico* de situações que possuem em comum uma propriedade que é tida como potencialmente relevante para o cumprimento de determinado objetivo.¹⁷⁷ Essas diferenças não são irrelevantes, nem meramente teóricas, e, como demonstrado nesse tópico, têm uma importância fundamental na aplicação do direito.

¹⁷⁵ “A observância fiel das regras, ainda que elas possam gerar incidências injustas ocasionais, é um meio de fortalecer o respeito institucional pela ordem jurídica. Parece evidente que a flexibilização corriqueira do disposto pelas regras fragiliza a estrutura do Estado de direito, além de favorecer o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas.” Ana Paula de Barcelos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 208.

¹⁷⁶ Jeremy Waldron, “The Principles of Legislation”, p. 21

¹⁷⁷ Segundo Frederick Schauer, essa generalização, que é inerente à prescrição das regras, se dá com base na probabilidade de se alcançar a finalidade que orienta a prescrição da regra por meio da atribuição de uma determinada consequência a todos os indivíduos ou situações que possuam uma característica comum. Esse processo teria como consequência a sub-otimalidade das regras, ou seja, situações nas quais as generalizações se mostram sub- ou super-inclusivas. cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 25-37.

4.4. Regras e Alocação de Competência Decisória

Além dos prejuízos apontados no tópico anterior, uma eventual possibilidade de superação de regras amparada exclusivamente no sopesamento entre princípios materiais também afetaria a alocação do poder decisório, que seria transferido dos órgãos que positivam as regras para aqueles que aplicam essas normas às situações concretas. Nesse cenário, os aplicadores do direito passariam a deter uma discricionariedade ilimitada para a definir o que deveria ser definitivamente realizado, pois estariam sempre livres, “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.”¹⁷⁸

Para Peter Lerche¹⁷⁹, Arno Scherzberg¹⁸⁰, Ernst-Wolfgang Böckenförde¹⁸¹ e Matthias Jestaedt¹⁸², essa consequência seria inerente à própria definição de princípios como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas, que implicaria um excessivo grau de vinculação do legislador e dos demais órgãos reguladores ao texto constitucional e, conseqüentemente, aos órgãos judiciais encarregados da sua guarda.

No entendimento desses autores, ao obrigar o poder público a regulamentar as situações concretas com a maior medida possível de satisfação dos princípios constitucionais, a teoria dos princípios levaria a uma concentração extrema de poderes nos órgãos judiciais, que, com o fundamento de garantir a maior medida possível de realização dos princípios constitucionais envolvidos em um caso, poderiam revisar a atuação dos demais Poderes, afastando as regras positivadas por estes órgãos, em qualquer caso e qualquer situação, sempre que houvesse um princípio cuja realização considerassem mais importante.

No entanto, se a concepção de princípios como mandamento de otimização tende a impedir que a efetivação das normas constitucionais dependa exclusivamente dos órgãos que positivam medidas gerais e abstratas, conferindo ao controle judicial a possibilidade de exigir que os princípios constitucionais sejam realizados na maior medida possível, a

¹⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

¹⁷⁹ Peter Lerche, „Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?“ (1997).

¹⁸⁰ Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“*, pp. 169-183.

¹⁸¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“ in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 188-190.

¹⁸² Matthias Jestaedt, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen“, pp. 269-272.

concepção de regras como mandamentos definitivos desempenha uma função contrária e tende a impedir que a exigência da máxima realização dos princípios constitucionais no controle judicial elimine qualquer margem de discricionariedade dos demais Poderes.

Essa distinção importante parece ser ignorada tanto pelos críticos da teoria dos princípios citados anteriormente, como também por autores que defendem que a colisão entre um princípio e uma regra pode ser resolvida por meio de um sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que fundamentaria a sua positivação ou, de modo mais genérico, que concebem princípios constitucionais como instrumentos que, com o intuito de “dar força normativa à Constituição”¹⁸³, autorizam “que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos”¹⁸⁴ pela sua previsão constitucional.

Regras são normas que devem ser realizadas na exata medida de sua prescrição, nem maior, nem em menor grau. Ao impedir a relativização daquilo que foi determinado com a sua positivação, a exigência de aplicação estrita das regras válidas tende a assegurar a autonomia das decisões tomadas pelos órgãos normativos, que, no exercício de suas funções, também desempenham um papel importante no processo de efetivação da constituição, estabelecendo regulamentações que pretendem, de modo geral e abstrato, harmonizar e concretizar as normas constitucionais colidentes.

“Regras, desse modo, operam como instrumentos de alocação de poder. Quem decide sem limitações impostas por regras tem o poder, a autoridade e a jurisdição para levar todos os fatores em consideração. Inversamente, decisores limitados por regras perdem ao menos parte dessa jurisdição.”¹⁸⁵

Com essa afirmação, Frederick Schauer não faz menção apenas ao que chama de “alocação de poder temporal”, que se dá quando a tomada de decisões é limitada por restrições previamente impostas por meio de regras, mas também àquilo que define como “alocação de poder horizontal”, ou seja, ao fato de que as regras permitem a distribuição de poder entre agentes diferentes, excluindo a possibilidade de rever as decisões tomadas pelos órgãos normativos da esfera de competência daqueles que decidem limitados por suas

¹⁸³ Marcus Orione Gonçalves Correia, “Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais”, p. 319.

¹⁸⁴ Ana Paula de Barcelos / Luís Roberto Barroso, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, p. 169.

¹⁸⁵ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 159.

determinações.¹⁸⁶ Para usar uma expressão do autor, regras atuam “determinando quem, e em que momento, deve determinar o quê.”¹⁸⁷

Isso pode ser observado no exemplo do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que autoriza a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no Brasil. Diante da necessidade de encontrar uma destinação para os embriões excedentes de procedimentos de reprodução assistida, que se acumulavam nas clínicas de reprodução em virtude da proibição do descarte, o legislador brasileiro decidiu autorizar a doação daqueles que eram diagnosticados como inviáveis para implantação uterina ou que estivessem congelados por mais de três anos para utilização em pesquisas sobre uso terapêutico de células-tronco, mesmo não havendo certeza sobre a possibilidade de desenvolvimento de tratamentos com base nessa técnica.

Ao permitir de forma explícita, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”, desde que “sejam embriões inviáveis” ou “sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais”, sendo “em qualquer caso”, “necessário o consentimento dos genitores”, a lei promulgada em 24 de março de 2005 criou condições para que pesquisadores, instituições de pesquisa e agências de fomento investissem recursos na busca de curas e tratamentos para enfermidades com base em células-troncos extraídas de embriões humanos.

Houve, nesse sentido, uma *alocação temporal de competência decisória* por meio da adoção de um marco regulador previamente estabelecido, que, ao reduzir a incerteza quanto à possibilidade jurídica de realização das pesquisas, levou a um cenário mais favorável ao desenvolvimento das atividades científicas com células-tronco embrionárias humanas.

Além desse aspecto temporal, a edição desta lei também teve impacto horizontal – e nesse caso institucional¹⁸⁸ – na competência decisória, conferindo imperatividade à

¹⁸⁶ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, pp. 159-162.

¹⁸⁷ Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 161. Nesse mesmo sentido, Humberto Ávila considera uma regra “uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesses conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo”, pois entende que “as regras, ponderando previamente todos os aspectos relevantes sobre o conflito entre princípios, pretendem estabelecer uma decisão para esse conflito.” Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 104-109.

regulamentação adotada pelo Poder Legislativo e, desse modo, restringindo o âmbito de discricionariedade do Poder Judiciário, cujas decisões não poderiam, diante dos termos utilizados no artigo 5º da Lei de Biossegurança¹⁸⁹, autorizar a utilização de embriões viáveis congelados por menos de três anos, dispensar a exigência de autorização dos genitores para o uso dos embriões em pesquisa, nem proibir as atividades científicas que observassem os preceitos legais.

Diante da complexidade dos aspectos éticos, científicos e médicos relacionados às pesquisas com células-tronco, que, por suscitar inúmeras controvérsias, dão margem às interpretações e às possibilidades de decisão mais variadas, o fato de a lei ter “sido aprovada por uma esmagadora maioria do Congresso Nacional, após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, em que foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira”¹⁹⁰ demonstra a importância da maior resistência dessa regra à superação por meio de um sopesamento entre princípios constitucionais realizado por um órgão judicial.¹⁹¹

Considerando que diferentes órgãos e instituições tendem a ter funções, objetivos, percepções diferenciadas e, principalmente, a apresentar uma certa assimetria quanto à representatividade democrática e à capacidade técnica, não há como negar a relevância das implicações institucionais da prescrição de uma determinada regulamentação mediante a positivação de uma regra. Essa é uma observação fundamental para a solução do conflito entre um princípio e uma regra e, sobretudo, para a avaliação da influência da teoria dos princípios na determinação do arranjo institucional e na relação entre o Judiciário e os demais Poderes.

¹⁸⁸ Faz-se a distinção entre alocação horizontal e alocação institucional de competência decisória pois a existência de uma regra pode afetar a alocação de poder dentre os órgãos de uma mesma instituição, como é o caso de uma súmula vinculante que deve ser observada pelos demais órgãos judiciais.

¹⁸⁹ É evidente que esse dispositivo poderia ser declarado inválido por meio de controle judicial de constitucionalidade, mas, a existência dessa possibilidade não nega a influência desta regra na alocação institucional de competência decisória, assim como a possibilidade da revogação deste dispositivo em razão de um ato normativo superveniente não nega seu impacto temporal na alocação do poder. Deve ficar claro, portanto, que essas considerações pressupõem a validade da regra.

¹⁹⁰ Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, p. 452.

¹⁹¹ Esse argumento foi suscitado pelo advogado de um dos *amici curiae* que participou da ADI 3510-0, Luís Roberto Barroso, em sustentação oral realizada na sessão de julgamento no Supremo Tribunal Federal, dando ensejo a manifestações adversas de alguns Ministros. Cf. ADI 3510 (pp. 328 e s.). Sobre essa questão, cf. Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, p. 452.

4.5. Resistência das regras ao sopesamento

Diante das razões apresentadas nos tópicos anteriores, é possível concluir, como faz Thomas Bustamante, que “é muito mais difícil superar uma regra porque ela é o resultado de uma ponderação de princípios já realizada pelo legislador”¹⁹² ou por um outro órgão regulador que, no exercício de sua competência decisória, adotou uma regulamentação prévia, explícita e passível de ser assimilada pelos seus destinatários. Deve ficar claro, portanto, que a decisão pela superação de uma regra não afeta apenas a realização dos princípios materiais que são fomentados ou restringidos por essa norma, mas também a alocação de competência decisória e previsibilidade da aplicação do direito.¹⁹³

Desse modo, a aplicação de uma regra não pode ser afastada com a mesma facilidade que a aplicação de um princípio¹⁹⁴, ou seja, sempre que o aplicador do direito entender que há um princípio mais importante que justifique esse afastamento. Isso é sustentado por Frederick Schauer, que afirma que:

“A maioria de nós acredita que as regras atendem a valiosos propósitos, especialmente no direito. Para alguns, esses propósitos residem nas noções de previsibilidade e estabilidade, embora os argumentos para as regras como instrumentos para a alocação de autoridade decisória possam ser ainda mais fortes. Mas quaisquer que sejam esses propósitos, eles não podem ser cumpridos a menos que as regras possuam algum grau de resistência às determinações daqueles que decidem com base nelas sobre aquelas que lhes parecem ser as melhores decisões diante da consideração de todos os fatores.”¹⁹⁵

Ao conferir a previsibilidade que é essencial à normatividade do direito e assegurar a possibilidade de participação dos órgãos do Poder Legislativo e Executivo no processo de

¹⁹² Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 229.

¹⁹³ Nesse sentido, Ana Paula de Barcelos afirma que: “Além dos fins específicos para os quais a conduta determinada pela regra pretende contribuir, a simples observância de seu enunciado realiza outros fins essenciais ao sistema jurídico, dentre os quais o da segurança e da previsibilidade. Isso torna o debate sobre a ponderação de regras consideravelmente mais complexo, já que não se trata apenas de uma disputa entre os efeitos pretendidos pela regra e pelos outros enunciados normativos aparentemente em colisão. Mais do que isso, cuida-se de uma erupção da tensão permanente que perpassa o sistema jurídico entre a realização da justiça no caso concreto e o aperfeiçoamento institucional do Estado de direito.” Ana Paula de Barcelos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 209.

¹⁹⁴ “Las excepciones a los supuestos de hecho de las reglas jurídicas no pueden ser justificadas por la simple realización de una nueva ponderación de principios aplicada al caso concreto, como si las reglas establecidas por el legislador fuesen también principios.” Thomas Bustamante, “Principios, Reglas y Derrotabilidad”, p. 223.

¹⁹⁵ Frederick Schauer, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, p. 239.

efetivação das normas constitucionais, a positivação de regras cumpre um importante papel no Estado Democrático de Direito, que não pode ser ignorado na solução de uma colisão entre uma regra e um princípio. É por esta razão que, como afirma Thomas Bustamante, “a existência de uma regra implica, portanto, a existência de uma pretensão de estabilidade para o resultado das ponderações de princípios realizadas pelo legislador, isto é, uma pretensão de que esses resultados tenham caráter definitivo.”¹⁹⁶

Essa pretensão de estabilidade parece ser ignorada, no entanto, quando se afirma, como fez o próprio Thomas Bustamante em trabalho anterior, que uma teoria da argumentação jurídica pode permitir “um desenvolvimento ótimo do raciocínio jurídico pós-positivista, possibilitando que os juristas sejam capazes de revisar regras que normalmente aparecem como fundamentos de suas decisões, sempre que se verificar um descompasso entre a solução puramente jurídica e uma solução bem ordenada do ponto de vista moral.”¹⁹⁷ Não haveria pretensão de estabilidade alguma para o resultado do sopesamento que foi positivado por meio de uma regra, se o aplicador do direito pudesse revisá-la, caso considerasse que o resultado da sua aplicação não levaria a uma solução bem ordenada do ponto de vista moral.¹⁹⁸

Também é necessário fazer uma ressalva ao argumento sustentado por Humberto Ávila, que, visando a diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em seu suporte fático, afirma que “uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.”¹⁹⁹

Embora possa ser justificado no âmbito de uma distinção entre princípios e regras diferente da que é utilizada nesse trabalho, esse tipo de condicionamento à aplicabilidade de uma regra não é compatível com a teoria dos princípios, que define regra como uma norma que, quando válida, deve ser aplicada a todas as situações que preenchem o seu suporte fático,

¹⁹⁶ Thomas Bustamante, “Principios, Reglas y Derrotabilidad”, p. 223.

¹⁹⁷ Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 289.

¹⁹⁸ Essa posição seria equivalente ao não positivismo exclusivo defendido por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, cuja tese principal poderia, segundo Robert Alexy, ser resumida da seguinte forma “regras imorais não podem ser consideradas jurídicas”. Para uma análise crítica dessa concepção, cf. Robert Alexy, “Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s *Law as Moral Judgment*”, *Ratio Juris* 19 (2006), pp. 169-173.

¹⁹⁹ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 142.

independentemente da existência de razões contrárias, sejam elas instituídas por princípios colidentes ou, ainda, pelos princípios que motivariam a própria regra.

A utilização do sopesamento entre princípios para justificar a não aplicação de regras válidas a situações que preenchem o seu suporte fático pode ser observada em decisões judiciais recentes.²⁰⁰ Além da decisão que afastou a aplicação da regra constitucional que garante a imunidade parlamentar à prisão diante da suspeita da participação de 23 dos 24 Deputados Estaduais de Rondônia em uma organização criminosa e da decisão que determinou o trancamento da ação penal movida em face do diretor teatral Gerald Thomas por entender que o ato de mostrar as nádegas ao público estaria inserido no âmbito da liberdade de expressão, um exemplo dessa prática também pode ser observado no julgamento do HC 82.424-2 pelo Supremo Tribunal Federal, conhecido como “Caso Ellwanger”.

Após a condenação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio de uma editora que publicava obras com conteúdo anti-semita, com base no dispositivo legal que criminaliza os atos de “praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação por preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”²⁰¹, seu advogado impetrou um *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que a imprescritibilidade do crime de racismo²⁰² não se aplicaria ao crime pelo qual fora condenado, o que, no caso em questão, implicaria o reconhecimento da perda da pretensão punitiva do Estado.

Embora a maioria dos votos tenha relegado a análise do argumento invocado pela defesa ao segundo plano e recorrido à idéia de sopesamento para a solução do caso,²⁰³ chama

²⁰⁰ Para uma análise sobre a utilização do sopesamento entre princípios para afastar a aplicação de regras penais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. Ariella Toyama Shiraki, *A configuração do ilícito penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: muito além da mera subsunção?*, Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/92_Ariella%20Toyama%20Shiraki.pdf, pp. 22-78.

²⁰¹ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.” (Lei nº 7.716/1989 com redação dada pela Lei 8.081/1990)

²⁰² “Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”(Constituição Federal)

²⁰³ Exceção feita ao Ministro Moreira Alves, relator do caso, que após o voto vista do Ministro Maurício Corrêa, cujo ponto central foi a ponderação de princípios constitucionais, confirmou o seu voto, cuja fundamentação limitou-se ao alcance da imprescritibilidade do crime de racismo, afirmando que: “No presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim, e apenas, a questão da imprescritibilidade, sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo.” HC 82.424-2 (p. 610).

atenção o voto do Ministro Marco Aurélio, que, ao analisar o problema submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal fez a seguinte colocação:

“Estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade humana de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.”²⁰⁴

Em meio a outros argumentos, o Ministro Marco Aurélio resolveu esse sopesamento decidindo pela precedência da liberdade de expressão, pois, diante da importância essencial deste direito fundamental para um regime democrático, entendeu que a manifestação discriminatória não era agressiva, nem incitava a violência contra o grupo discriminado e que o acesso às publicações era voluntário e restrito, diante do hábito de leitura pouco frequente da maioria da população brasileira, que, de uma forma geral, não apresentava nenhuma inclinação ao preconceito contra o povo judeu.

Independentemente da justificativa substancial apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, ou seja, dos argumentos que foram invocados para fundamentar a precedência da liberdade de expressão sobre a dignidade do povo judeu diante das circunstâncias do caso concreto, seu voto pode ser criticado por ter recorrido a um sopesamento que envolvia exclusivamente princípios materiais para afastar uma regra que seria aplicável ao caso em questão. Não houve absolutamente nenhuma menção ao prejuízo à segurança jurídica ou, o que é ainda mais grave no caso em questão, à competência decisória do Poder Legislativo, cuja decisão de criminalizar todas as condutas discriminatórias por motivo de raça ou religião foi praticamente ignorada e não exerceu nenhuma influência sobre a fundamentação do voto.²⁰⁵ Não seria exagerado dizer que o Ministro Marco Aurélio agiu

²⁰⁴ HC 82.424 (pp. 869 e s.).

²⁰⁵ Segundo Virgílio Afonso da Silva: “Diante da existência de mediação legislativa, não há mais que se falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. O que é aplicável é uma regra penal que proíbe manifestações racistas. Não há que se discutir, portanto, se a liberdade de expressão é mais ou menos importante do que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram em fazer todos os ministros. A única discussão possível em sede de habeas corpus no STF, seria uma discussão sobre a

como se não houvesse nenhuma regra proibindo manifestações discriminatórias, mas apenas os princípios constitucionais que foram sopesados.

Isso não significa que esses direitos fundamentais não pudessem ser invocada como fundamento de uma decisão que, assim como o voto do Ministro Marco Aurélio, concedesse o *habeas corpus* por considerar que a conduta de Siegfried Ellwanger estaria protegida pela Constituição, pois, segundo Virgílio Afonso da Silva:

“Seria possível, sem dúvida, que se questionasse a constitucionalidade de uma tal decisão, partindo de premissa semelhante à expressa pelo Min. Marco Aurélio Mello, segundo a qual as liberdades de expressão e de imprensa, por serem imprescindíveis de um Estado Democrático de Direito, devem gozar de uma garantia maior do que outros princípios constitucionais. Nesse sentido, seria de se esperar que a ponderação correta e a solução ótima para o problema fosse a inconstitucionalidade da tipificação penal de manifestações racistas.”²⁰⁶

Ainda que fosse realizado o controle de constitucionalidade, uma eventual decisão nesse sentido deveria, ao contrário do que ocorreu no voto do Ministro Marco Aurélio – e ocorre em grande parte das declarações de inconstitucionalidade –, atentar ao fato de que a perda de validade de uma regra compromete, em alguma medida, a previsibilidade do direito e afeta a alocação horizontal de poder, pois substitui a decisão tomada por um órgão estatal no exercício da sua competência decisória – seja ele integrante do Poder Legislativo, Executivo ou do próprio Judiciário – por aquela que é considerada constitucional por quem realiza o controle de constitucionalidade.²⁰⁷

Embora seja extremamente relevante do ponto de vista processual, podendo, em alguns casos, suscitar problemas quanto à competência para a tomada de uma determinada decisão,²⁰⁸ a necessidade de realização explícita do controle de constitucionalidade, por

qualificação do ato como sendo ou não racista.” Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 168.

²⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, pp. 169 e s.

²⁰⁷ Entendimento divergente parece ser defendido por Ariella Toyama Shiraki, que após criticar o voto do Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger, afirma que “não há qualquer incongruência na atribuição de primazia aos princípios constitucionais pelo STF, afastando-se, por vezes, a obra do legislador, desde que tal expediente se consubstancie em um controle de constitucionalidade expresso da norma.” Ariella Toyama Shiraki, “A Configuração do Ilícito Penal na Jurisprudência do STF: Muito Além da Mera Subsunção? O Julgamento do ‘Caso Ellwanger’” in Adriana M. Vojvodic / Diogo R. Coutinho, *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 543.

²⁰⁸ Em virtude do disposto no artigo 97 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público só poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros dos

meio de um incidente de inconstitucionalidade ou em uma ação própria para este tipo de controle, não resolve por si só os problemas da segurança jurídica e da alocação de competência decisória decorrentes da aplicação de um princípio constitucional em detrimento de uma regra. Não há garantias de que as decisões judiciais tomadas em sede de controle de constitucionalidade sejam menos casuísticas, nem mais deferentes à atuação dos demais Poderes do que as decisões que levam ao afastamento de regras em virtude de princípios constitucionais, embora não declarem a sua inconstitucionalidade.²⁰⁹

Mesmo sendo diferentes da “mera desconsideração da regra legal”, como bem observa Humberto Ávila, declarações de inconstitucionalidade, interpretações conforme a Constituição, interpretações mediante extensão ou redução teleológicas ou, ainda, a não aplicabilidade de regras gerais a casos particulares por meio do postulado da razoabilidade, não evitam as consequências nocivas à democracia e à separação de Poderes, que, segundo o autor, decorrem do recurso a princípios constitucionais em detrimento de regras que são compatíveis com a Constituição.²¹⁰

tribunais ou dos seus respectivos órgãos especiais, quando existentes. Desse modo, nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo estatal, seja em controle incidental ou principal, nem mesmo para afastar a sua incidência, no todo ou em parte, segundo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 10. Esse entendimento, no entanto, parece incompatível com algumas decisões tomadas pelo próprio STF citadas nesse trabalho, como a que trancou a ação penal pelo crime de ato obsceno movida em face de Gerald Thomas ou que determinou a prisão de Deputado Estadual sem a autorização da Assembléia Legislativa de Rondônia, uma vez que a não incidência do ato normativo se deu por decisão de dois integrantes da segunda turma e de três membros da segunda turma, respectivamente.

²⁰⁹ Diante do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/1999 e do §3º do artigo 10 da Lei nº 9.882/1999, que determinam que as declarações de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, seria possível afirmar que o problema da aplicação casuística do direito seria minimizado caso o controle de constitucionalidade fosse realizado no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. No entanto, essa hipótese seria ainda mais prejudicial à competência decisória dos demais órgãos estatais, pois, como afirma Virgílio Afonso da Silva, “basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma que já vista acima, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer “desobediência” interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais.” Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação Conforme a Constituição” Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial”, *Revista Direito GV* 3 (2006), p. 205.

²¹⁰ Segundo Humberto Ávila, “Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego do princípio ultrapassa interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de conformação e de fixação de

Além da falta de transparência quanto à realização do controle de constitucionalidade, o afastamento de regras infraconstitucionais para aplicação de princípios constitucionais tem consequências muito mais relevantes, como o comprometimento da segurança jurídica e a desconsideração da atividade normativa dos órgãos estatais que, no exercício da sua competência decisória, positivam regras gerais e abstratas, visando a concretizar e a compatibilizar normas constitucionais, cuja amplitude e a indeterminação podem, muitas vezes, dar ensejo a interpretações controversas.

É inegável que a realização explícita do controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, a declaração de invalidade das regras que são tidas como incompatíveis com princípios constitucionais contribuem para a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional. No entanto, é importante atentar ao fato de que os problemas do casuísmo e da concentração de poderes nos órgãos judiciais não são resolvidos e, talvez, não sejam sequer atenuados pela exigência da realização explícita do controle de constitucionalidade. Não há muita diferença entre superar uma regra que não é objeto de controle de constitucionalidade e realizá-lo de forma explícita sem que se considere, no entanto, os impactos desse controle na previsibilidade do direito e na competência decisória dos demais Poderes.

Regras tendem a estabilizar as expectativas dos seus destinatário com relação ao que é devido, fomentando a segurança jurídica, e a preservar a competência decisória de agentes estatais que, muitas vezes, são mais representativos ou tecnicamente mais capacitados para decidir sobre a melhor forma de concretizar os princípios constitucionais do que os órgãos judiciais que aplicam o direito ao caso concreto. Para que essas finalidades possam ser alcançadas, as regras devem ter precedência *prima facie* sobre os princípios, ou seja, a sua resistência à superação por meio de decisões judiciais individuais deve ser superior à das normas que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não aplicabilidade da regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por conseqüência do princípio da separação dos Poderes.” Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, p. 8.

Para avaliar a influência da teoria dos princípios na alocação da competência decisória entre o Judiciário e os demais Poderes e o seu impacto na segurança jurídica na previsibilidade da aplicação do direito é fundamental, portanto, saber se, e em que medida, essa resistência maior das regras à superação é observada na solução do conflito entre um princípio e uma regra. Este será o objetivo dos próximos capítulos, nos quais serão analisados os dois modos de solução para esse conflito normativo adotados pelos adeptos dessa linha teórica: o exame de proporcionalidade e o sopesamento envolvendo princípios materiais e formais.

O Exame de Proporcionalidade

5.1. O Exame de Proporcionalidade como um modo de resolver o conflito entre um princípio e uma regra

Segundo a teoria dos princípios, regras contêm “determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível”²¹¹ e, por essa razão, restringiriam a satisfação dos princípios, “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.”²¹² No entanto, como foi analisado anteriormente²¹³, essa relação de restrição não é absoluta e, ainda que ela ocorra na maior parte dos casos, há situações em que um princípio deve ser aplicado em detrimento de uma regra para evitar resultados indesejados e, até mesmo, incompatíveis com a ordem constitucional.

É justamente com o objetivo de evitar a restrição desproporcional de princípios constitucionais, como o próprio nome indica, que o exame de proporcionalidade é adotado por alguns adeptos da teoria dos princípios para fundamentar a manutenção ou a revisão de atos, sobretudo estatais.²¹⁴ Trata-se, para usar uma expressão consagrada, de uma *restrição às restrições*, ou seja, às medidas que destinadas a promover a realização de um determinado objetivo, implicam a restrição de direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente protegidos.²¹⁵

²¹¹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

²¹² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

²¹³ Cf. 3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente.

²¹⁴ A possibilidade de utilização do exame de proporcionalidade nas relações entre particulares é mais controversa. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, pp. 160-164.

²¹⁵ Cf. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 23 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, pp. 65-68.

Considerando que regras decorrem de atos normativos que, com o intuito de promover a realização de um determinado objetivo – na maioria das vezes um princípio –, acabam por restringir o âmbito de realização de princípios colidentes, o exame de proporcionalidade pode ser considerado uma forma de solucionar o conflito entre um princípio e uma regra, ainda que essa função não seja expressamente mencionada por aqueles que defendem a sua utilização. Isso se explica pois, como será visto a seguir, a precedência do princípio ou da regra está condicionada ao resultado do exame de proporcionalidade: se a regra for considerada proporcional e, portanto, compatível com o ordenamento jurídico, ela deve prevalecer, caso contrário, a restrição será considerada desproporcional e inadmissível, devendo prevalecer o princípio.

5.2. Estrutura do Exame de Proporcionalidade

Regra, princípio, postulado, dever, máxima ou exame de proporcionalidade? Independente do termo que se adote para traduzir *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* para o português, a técnica de interpretação e aplicação do direito desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã²¹⁶ vem sendo cada vez mais difundida, algumas vezes com impropriedades metodológicas e conceituais²¹⁷, tanto no âmbito teórico²¹⁸, como também na prática jurídica brasileira²¹⁹.

²¹⁶ Cf. BVerfGE, 30, 292 (316); 37, 1 (21 ss.); 39, 210 (230); 51, 193 (208); 63, 88 (115); 67, 157 (173); 70, 1 (26); 70, 278 (286); 79, 256 (270); 81, 156 (192), entre outras decisões.

²¹⁷ Para uma análise crítica sobre a utilização do exame de proporcionalidade no direito brasileiro, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, 23-50.

²¹⁸ Cf. Humberto Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999), 151-179; Suzana Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Luís Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 23 (1998), 65-78; Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo* 14 (2000), 361-372.

²¹⁹ Cf. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RE 511961(DJ 13.11.2009); RE 349703 (DJ 05.06.2009); IF 3601 (DJ 21.08.2009); ADC 9 (DJ 23.04.2004); ADI 1040 (DJ 01.04.2005); RE 413782 (DJ 03.06.2005); ADI 3934 (DJ 06.11.2009); ADPF 130 (DJ 06.11.2009); Inq 2725 (DJ 25.09.2008); ADI 3510 (DJ 28.05.2010); ADI 855 (DJ 27.03.2009); ADC 5 (DJ 05.10.2007); ADI 1800 (DJ 28.09.2007); ADI 3112 (DJ 29.10.2007), entre outras decisões.

Embora seja recorrentemente utilizado como um sinônimo de razoabilidade, de proibição de excesso ou de proibição de insuficiência,²²⁰ o exame de proporcionalidade, na forma com que é adotado por alguns adeptos da teoria dos princípios,²²¹ tem uma estrutura própria, sendo composto por três etapas que obedecem a uma ordem pré-definida: teste de adequação, teste de necessidade e teste de proporcionalidade em sentido estrito.²²² Cada uma dessas etapas é subsidiária à anterior, o que quer dizer que “a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.”²²³

Primeira etapa do exame de proporcionalidade, a análise da adequação tem o objetivo de aferir se a medida restritiva fomenta a realização de um objetivo legítimo.²²⁴ Se a sua adoção não contribuir em nada para a realização de um direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido, a medida em análise deverá ser considerada inadequada, o que enseja a sua revisão pelo órgão judicial. Caso a medida fomenta, *em qualquer medida*, a realização de um interesse legítimo, deve-se considerá-la adequada, o que não implica o reconhecimento da sua constitucionalidade, mas a realização da análise de necessidade.

Ao contrário do que o nome indica, a análise da necessidade não está relacionada à urgência ou à imprescindibilidade da adoção da medida restritiva, mas a um teste comparativo. Uma medida deve ser considerada necessária quando a realização do objetivo pretendido não puder ser promovida, com, *no mínimo a mesma eficiência*, por meio de

²²⁰ Sobre a distinção entre esses métodos, cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 27-34; Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 138-166.

²²¹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 116-120, 588-610; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 185-190; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001, *El Examen de Proporcionalidade en el Derecho Constitucional*; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 23-50; *Direitos Fundamentais*, pp. 167-182.

²²² Há dois posicionamentos diversos quanto ao número de etapas do exame de proporcionalidade. Enquanto críticos do método do sopesamento, como Böckenförde e Pieroth e Schlink, na Alemanha, e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, no Brasil, defendem a supressão do exame de proporcionalidade em sentido estrito, alguns autores que analisam o uso da proporcionalidade pela Corte Européia de Direitos Humanos, como Brady e Rivers, defendem a existência de uma quarta etapa, a análise da legitimidade dos fins fomentados pela medida, que, como se verá a seguir, corresponde a uma parte do exame de adequação. Cf. Alan Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 48; Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, pp. 181-182; Pieroth/Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, pp. 66-67; Leonardo Martins/Dimitri Dimoulis, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 229-230.

²²³ Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, p. 34.

²²⁴ Segundo Julian Rivers, no exame de adequação, “a função da corte é simplesmente filtrar os casos nos quais os órgãos públicos restringem direitos em nome de um interesse público que incapaz de justificar qualquer restrição.” Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 196. Cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 28; Pieroth/Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, pp. 64.

outro ato que restrinja, *em menor medida*, o interesse ou direito fundamental atingido²²⁵. Existindo alternativa menos gravosa que seja tão ou mais eficiente para a promoção do objetivo pretendido, a medida em análise deverá ser considerada desnecessária e, conseqüentemente, revista.

Etapa final do exame de proporcionalidade, a análise de proporcionalidade em sentido estrito tem a função de evitar que medidas estatais, ainda que consideradas adequadas e necessárias, restrinjam interesses constitucionalmente protegidos de forma desproporcional, ou seja, “além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.”²²⁶ Não se trata, portanto, da proibição de limitações intensas e de medidas que não realizem os direitos fundamentais com um mínimo de eficiência, mas de um exame que relaciona a intensidade da restrição dos direitos e interesses afetados ao grau de promoção dos direitos e interesses fomentados. A análise da proporcionalidade em sentido estrito consiste, desse modo, em um sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida em análise e a importância da realização do interesse que é promovido com a sua adoção.²²⁷

Se a importância da realização do direito no qual uma determinada limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, essa medida deverá ser considerada desproporcional em sentido estrito e, conseqüentemente, inconstitucional e inválida. Pouco importa se a restrição imposta é pequena ou se a medida promove um alto grau de realização do direito fomentado. É necessário que as razões que fundamentam uma medida restritiva tenham peso suficiente para justificá-la.

Apresentando uma estrutura ordenada e bem definida, o exame de proporcionalidade consiste não apenas em um instrumento retórico ou em um *topos*, mas em um método de interpretação e aplicação do direito sistemático e estruturado, que possibilita a definição de parâmetros argumentativos para justificar a revisão judicial de medidas restritivas (i) que não promovem a realização de interesses legítimos, (ii) que são mais restritivas que alternativas igualmente eficientes ou (iii) que são fundamentadas por interesses cuja

²²⁵ Cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 74-76; Pieroth/Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, pp. 65; Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp.158-160.

²²⁶ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 175.

²²⁷ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp.100-101; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp.146-147; Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 160-161; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 175.

importância da realização não justifica a intensidade das limitações impostas aos direitos e interesses atingidos.

5.3. Proporcionalidade e otimização de princípios

Considerado por alguns autores uma decorrência lógica da definição de princípio como mandamento de otimização²²⁸ e, nesse sentido da *Teoria dos Princípios*, o exame de proporcionalidade é intuitivamente associado à otimização de princípios por meio da atuação judicial, chegando a ser considerado, inclusive, um meio necessário²²⁹ à aplicação dessa espécie de norma ou, ainda definidor de seu conteúdo.²³⁰

Essa associação recorrente pode levar à impressão de que o exame de proporcionalidade tem como única e exclusiva função garantir que os princípios envolvidos em um determinado caso sejam realizados na maior medida possível, o que poderia até ser algo desejável, não fosse feita a ressalva de que o exame de proporcionalidade é utilizado para orientar a revisão judicial de medidas adotadas previamente por órgãos estatais no exercício de sua competência decisória.

Se permitisse que qualquer medida estatal pudesse ser revista por meio do controle judicial sempre que não correspondesse àquela que, no entendimento exclusivo do Poder Judiciário, fosse a maior medida possível de efetivação dos princípios envolvidos em um caso concreto, o exame de proporcionalidade comprometeria a segurança jurídica e eliminaria qualquer margem de discricionariedade dos demais poderes estatais, cuja tarefa estaria limitada a tentar adivinhar qual seria a posição do órgão judicial sobre a melhor forma de otimizar os interesses colidentes.

²²⁸ Haveria uma equivalência, pois não apenas o conceito de princípio como mandamento de otimização implicaria o exame de proporcionalidade, como também o exame de proporcionalidade implicaria a realização dos princípios na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 114-120; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 43-44; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 89-90; Alan Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 62.

²²⁹ “Não há como fundamentar a aplicação, a superação ou a otimização de princípios sem referência ao postulado da proporcionalidade.” Thomas de Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 260.

²³⁰ “As três máximas da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios”. Robert Alexy, “Posfácio” in Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, p. 588

Essa possibilidade extremamente indesejada parece ser admitida por Julian Rivers, que após analisar a estrutura do exame de proporcionalidade, afirma que:

“A variabilidade da relação entre o sopesamento e o exame de necessidade sugere que *a doutrina da proporcionalidade por si só não garante aos demais órgãos nenhuma discricionariedade política*. Os tribunais poderiam considerar que o seu papel é assegurar que os órgãos legislativos e executivos optem pela intersecção entre o que é necessário e o mais alto grau de otimização prática dos interesses. Na prática, por óbvio, tribunais não adotam esse tipo de postura.”²³¹

Ainda que a ressalva feita por Julian Rivers seja verdadeira e que, na prática, a utilização do exame de proporcionalidade na fundamentação de decisões judiciais não exclua completamente a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo²³², seu entendimento parece ser problemático, pois, ao contrário do que sua afirmação dá a entender, o exame de proporcionalidade não permite que os órgãos judiciais substituam qualquer decisão tomada pelos demais Poderes sempre que entenderem, com base exclusiva no seu julgamento, que há uma medida alternativa capaz de promover com maior sucesso a otimização dos princípios envolvidos no caso concreto.²³³

A estrutura do exame de proporcionalidade possibilita a existência de situações nas quais uma medida adotada por um decisor primário, no caso um órgão legislativo ou administrativo, seja considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito e, dessa forma, esteja imune à revisão judicial, ainda que haja uma medida alternativa que, no

²³¹ 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 / Portland: Hart, 2007, p. 175.

²³² Esse, no entanto, não parece ser o caso brasileiro, no qual o uso do exame de proporcionalidade tende a ser inconstante, pouco fundamentado, incoerente e, muitas vezes, meramente retórico, funcionando apenas com um argumento adicional para fundamentar uma decisão pré-concebida pelo julgador. Para uma análise do uso do exame de proporcionalidade na jurisprudência brasileira, cf. Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*, São Paulo: dissertação de mestrado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2009, pp. 28-85; Manuela Oliveira Camargo, “Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do STF os Casos de Conflito entre Princípios da Ordem Econômica” in Adriana M. Vojvodic / Diogo R. Coutinho, *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 37-52.

²³³ Semelhante ao entendimento de Julian Rivers é a posição de Elival da Silva Ramos, que considera necessárias “algumas cautelas na manipulação dos elementos compreendidos no controle de proporcionalidade”, pois “não se pode admitir que, a pretexto de aferir a congruência entre o ato legislativo e os fins constitucionais que sobre ele incidem, transforme-se o órgão de controle em avaliador da conveniência e oportunidade da atuação legislativa, comprimindo, de modo extremamente danoso ao princípio da separação dos Poderes, espaço em que se deve movimentar livremente o legislador”. Elival da Silva Ramos, “A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro” in George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (coord.), *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 364

entendimento do julgador, leve à melhor harmonização dos princípios colidentes. Essa possibilidade será analisada nos tópicos seguintes, que pretendem esclarecer alguns problemas relacionados aos exames de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito que parecem ser as principais causas dessa compreensão equivocada do exame de proporcionalidade.

5.4. Exame de Necessidade e definição do grau mínimo de realização dos princípios colidentes

Conforme afirmado anteriormente, o teste de necessidade exige a adoção do meio alternativo menos gravoso, determinando que o órgão judicial deve revisar uma determinada medida estatal quando o objetivo por ela perseguido puder ser realizado, *com no mínimo a mesma intensidade*, por meio de outro ato, que limite *em menor medida* o direito fundamental atingido.²³⁴ Não se exclui de antemão nenhum grau de realização de um objetivo legítimo pretendido pelo órgão que adotou a medida, mas apenas se exige que dado um determinado grau de realização de um fim, ele tenha que ser fomentado da forma menos restritiva com relação aos demais princípios²³⁵.

Ao condicionar a revisão da medida restritiva à sua substituição por uma alternativa que promova o objetivo perseguido *com no mínimo a mesma intensidade*, e que limite *em menor medida* o princípio restringido, o teste da necessidade confere ao órgão que editou a medida que é objeto de análise a prerrogativa de determinar um patamar mínimo de realização dos interesses colidentes.

Se no caso do princípio cuja realização é promovida essa garantia é evidente, no caso do princípio restringido, ela é um simples desdobramento da exigência por uma medida menos gravosa: não é possível adotar uma alternativa mais restritiva, porque se garante um

²³⁴ Esse também é o entendimento de Julian Rivers: “O teste de necessidade exige que não haja sacrifícios evitáveis de direitos fundamentais. Se um determinado fim puder ser igualmente alcançado por um meio menos intrusivo, o decisor está obrigado a escolher este meio menos lesivo.” Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 171

²³⁵ No mesmo sentido, Julian Rivers: “Não se exclui a realização de nenhum grau de realização de qualquer fim legítimo. Isso ocorre, por exemplo, mesmo no caso de um legislador que procura uma proteção quase perfeita para a segurança nacional, quando se deve analisar se, *diante do grau de segurança nacional pretendido*, a liberdade de expressão é restringida na menor medida possível.” Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 171.

mínimo de realização ao princípio afetado. Assim, ainda que aponte uma medida alternativa que acarrete uma restrição menos intensa ao interesse afetado, o órgão judicial só poderá revisar a medida adotada pelo Estado, se a alternativa for igualmente eficiente.

Isso pode ser representado por meio da seguinte tabela:

Medida mais eficiente em relação ao objetivo O	Medida menos gravosa em relação ao direito D	A medida adotada (M1) é necessária?
M1	M1	Sim
M1	M2	Sim
M2	M1	Sim
M2	M2	Não
M1 = M2	M1	Sim
M1 = M2	M2	Não
M1	M1=M2	Sim

[Com exceção da última linha, essa tabela é idêntica à desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva.]²³⁶

Esse é justamente um dos pontos que parecem ser desconsiderados por Julian Rivers quando ele afirma que “*a doutrina da proporcionalidade por si só não garante aos demais órgãos nenhuma discricionariedade política*”, deixando a critério dos órgãos judiciais a

²³⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 174.

Mais problemática, no entanto, seria a possibilidade de acréscimo de uma oitava linha, que representasse as situações em que uma medida alternativa fosse tão gravosa em relação ao direito D quanto a medida testada, porém mais eficiente em relação ao objetivo O:

Medida mais eficiente em relação ao objetivo O	Medida menos gravosa em relação ao direito D	A medida adotada (M1) é necessária?
M2	M1=M2	Sim / Não

Não seria possível, com base na sub-regra da proporcionalidade descartar uma medida diante da existência que uma alternativa mais eficiente e igualmente gravosa, uma vez que esta substituição só poderia ser considerada necessária, caso se identificasse uma medida que fosse no mínimo tão eficiente quanto a medida testada, porém *menos gravosa*. Esse resultado, no entanto, seria incompatível com a otimalidade de Pareto que orienta o exame de necessidade, pois impediria a substituição de uma medida por uma alternativa que promoveria um acréscimo na realização de um dos interesses envolvidos, sem acarretar qualquer prejuízo ao princípio colidente. Isso aconteceria, por exemplo, caso o poder público decidisse investir uma determinada quantia para a aquisição de medicamentos para o tratamento de certa enfermidade, mas fosse demonstrado que com o gasto de um valor exatamente idêntico fosse possível adquirir uma quantidade maior de um medicamento com tecnologia superior, igualmente eficiente, porém com menos efeitos colaterais. Nessa situação, a compra do remédio menos eficiente não poderia ser revista, segundo o enunciado do exame de necessidade, ocorrendo o contrário, no entanto, caso a decisão fosse orientada pela otimalidade de Pareto.

definição “da política que representa a intersecção do que é necessário como o mais alto grau de otimização prática dos interesses.”²³⁷

Para chegar a essa conclusão, Julian Rivers parte da premissa de que “o exame de necessidade nada mais é do que a eficiência ou a otimalidade de Pareto aplicada à realização de diferentes graus de dois princípios concorrentes”²³⁸ Esse raciocínio é representado por Rivers por meio de uma curva convexa de eficiência, como é possível observar no gráfico a seguir.

239

²³⁷ Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 175.

²³⁸ Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 172.

²³⁹ Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 172.

Segundo Rivers, a área em destaque representa todas as regulamentações possíveis e a linha que demarca essa área, que é chamada de “*line of necessity/efficiency*”, representa a curva de eficiência de Pareto, ou seja, o conjunto das medidas nas quais não é possível aumentar a realização de um princípio sem trazer prejuízo ao princípio colidente. Apesar da denominação utilizada, essa curva não representaria o exame de necessidade, pois como o próprio Julian Rivers esclarece, “o elemento normativo da regra, segundo o qual as restrições a um princípio só são aceitáveis quando correspondem ao meio menos intrusivo de realizar um outro interesse é externo ao gráfico, que representa simplesmente o conjunto de regulações eficientes”²⁴⁰.

Diante dessa ressalva, não haveria nenhuma incompatibilidade entre a estrutura do exame de necessidade e a tentativa de representação gráfica formulada por Julian Rivers. Os problemas surgem quando Rivers, após inserir no gráfico três curvas côncavas, que representam três variáveis²⁴¹ do teste de proporcionalidade em sentido estrito²⁴², afirma que o resultado do exame de proporcionalidade deveria ser determinado pela intersecção entre uma dessas curvas e a curva que representa a eficiência de Pareto.²⁴³

Embora esse raciocínio seja representado por um gráfico complexo, que poderia ser objeto de uma análise mais detalhada, não é necessário um exame muito aprofundado para demonstrar a sua incompatibilidade com o teste de necessidade. Basta atentar ao fato de que, segundo Julian Rivers, o resultado do exame de proporcionalidade corresponde à intersecção entre duas curvas cuja definição não é influenciada de nenhuma forma pelo órgão que editou a medida testada: a curva da eficiência de Pareto, que é determinada pelas possibilidades fáticas, e uma das curvas que representa o exame de proporcionalidade em sentido estrito, que demarcaria o limite entre as regulamentações que, no entendimento do julgador, seriam admissíveis.²⁴⁴

²⁴⁰ Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 172.

²⁴¹ Uma curva pragmática, que está localizada quase que em sua totalidade dentro da área delimitada pela curva de eficiência; uma curva idealista, que toca a curva de eficiência em apenas um ponto ótimo e uma curva intermediária, representada por uma linha mais grossa.

²⁴² Essas curvas são semelhantes às utilizadas por Robert Alexy para representar a lei da taxa marginal decrescente de substituição no sopesamento de princípios. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 168-170.

²⁴³ Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 175.

²⁴⁴ Enquanto a área acima dessa linha representaria as regulamentações cujo grau de promoção de um princípio seria suficiente para justificar a intensidade da restrição imposta ao princípio restringido, a área abaixo dela representaria todas as medidas cujo grau de restrição do princípio afetado superaria o grau de realização do princípio promovido.

Figure 8.3 Policy-choice discretion

Increasing realisation of P_i (eg national security) is represented on the x-axis, increasing realisation of P_j (eg freedom of expression) is represented on the y-axis. States of legal regulation are points on the graph.

The shaded area represents all possible states of legal regulation, and its limit, the convex curve $x^2 + y^2 = c^2$, is the Pareto-optimal set of states of legal regulation in which no gain to one principle can be made without cost to the other. The test of suitability/capability requires one to select a point in the shaded area, and the test of necessity requires one to choose the least intrusive state of affairs possible for any given level of realisation of the other principle, ie one must select a point on the convex curve.

The solid thick line is an indifference curve representing states of legal regulation in which we would be happy to trade off losses and gains of one principle for the other. It is concave, on account of the fact that the less one has of one principle, the correspondingly more one requires of the other to accept the cost-benefit trade-off. It corresponds to the formula $xy = nc^2$. Points on or above this line outside the shaded area are desirable but impossible to realise. Points below the line are unacceptable.

The two thin solid lines represent two alternative approaches by a court. In the case of pragmatism, all, or practically all, necessary measures are acceptable (n is very small). In the case of idealism ($n=0.5$), only one necessary measure is acceptable. This corresponds to the 'one right answer' thesis.

One feature of this diagram is counter-intuitive. This is the idea that a necessary state of legal regulation may be 'better than optimal' in the sense that the product of the relevant principles is greater than required for an acceptable trade-off. The concave indifference curve dips below the convex Pareto-optimality curve. In practice, courts have no need to draw attention to this feature, since they are only interested at the last stage in *disproportionality*, in other words they are only interested in those points on the necessity curve that are *below* the balance curve.

245

²⁴⁵ Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", p. 176

Como a exigência pela adoção de uma alternativa que seja menos restritiva e no mínimo tão eficiente quanto a medida testada não está representada neste gráfico, o resultado do exame de proporcionalidade determinado pela intersecção entre as duas curvas nele representadas seria incompatível com a sua segunda etapa, o teste de necessidade²⁴⁶. Exceto quando o cruzamento dessas curvas correspondesse a uma medida que respeitasse os patamares mínimos de realização dos princípios estabelecidos pelo órgão que adotou a medida testada, o que seria absolutamente contingente, não haveria garantia nenhuma de que um resultado obtido com base nesse gráfico seria compatível com a sub-regra da necessidade.

Em outras palavras, o exame de proporcionalidade representado graficamente por Julian Rivers poderia considerar proporcional em sentido amplo e, desse modo, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, uma alternativa que promovesse em menor grau o objetivo pretendido pela medida testada ou que fosse mais restritiva do que ela.

Há, desse modo, uma inconsistência entre a sub-regra da necessidade e a conclusão de que o exame de proporcionalidade não garantiria nenhuma discricionariedade ao órgão que adotou uma medida, que seria demonstrada por meio das representações gráficas anteriores. Esse argumento sobre inexistência de discricionariedade dos órgãos normativos contrasta, inclusive, com o posicionamento defendido pelo próprio Julian Rivers em outra oportunidade, na qual afirmou que:

“A autoridade pública possui uma discricionariedade que é inerente à seleção de um ato necessário, que é o poder de selecionar qualquer grau de realização de um interesse constitucional legítimo. Pelo menos que se refere ao teste de necessidade, o Parlamento poderia perseguir uma política de “segurança nacional total” (o que quer que isso signifique) contanto que a perda das liberdades civis dela resultante fosse a mínima

²⁴⁶ Mesmo essas situações podem ser problemáticas, pois, segundo Julian Rivers, há duas possibilidades de se determinar o resultado do exame de proporcionalidade com base na intersecção entre as curvas de eficiência e de sopesamento: “A primeira é que a intersecção está localizada em apenas um ponto, onde as duas curvas são tangenciais uma à outra. Isso corresponde à tese da única resposta correta, ou seja, que o sopesamento correto dos princípios colidentes só pode ser obtido por uma determinada regulação legal. A outra é que existem dois pontos de intersecção. Nesse caso, as opções à disposição de quem toma a decisão encontram-se ao longo da linha da necessidade (que não corresponde necessariamente à linha da proporcionalidade) entre os dois pontos de intersecção.” Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 175. Considerada essa segunda possibilidade, a menos que todos os pontos da curva de eficiência localizados entre os pontos de intersecção com a curva de sopesamento respeitem os patamares mínimos de realização dos princípios colidentes determinados pelo órgão que editou a medida, haverá uma incogruência entre o resultado admitido como proporcional em sentido amplo segundo o exame de proporcionalidade representado graficamente por Julian Rivers e o exame de necessidade.

necessária para a obtenção desse objetivo. Em relação a dois interesses determinados, há um conjunto amplo de atos que poderiam ser considerados necessários. Essa discricionariedade é inerente à estrutura da proporcionalidade e é conferida a todos os órgãos decisores. Juízes não deveriam estar escolhendo quais decisões, regras ou políticas necessárias deveriam ser adotadas, nem em que medida um interesse público deveria ser realizado. Eles deveriam exercer a moderação. Pois é papel preeminente do Parlamento definir o grau apropriado de realização do interesse público.”²⁴⁷

Por mais que possa haver variações no exame de proporcionalidade em sentido estrito, dependentes exclusivamente da concepção do Poder Judiciário sobre o qual deve ser o resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, isso não altera o fato de que a estrutura do exame de necessidade confere ao órgão que editou a medida analisada a prerrogativa de definir os patamares mínimos de realização do objetivo pretendido e do direito restringido.²⁴⁸

É justamente o estabelecimento desses patamares mínimos de realização dos princípios colidentes, que não podem ser prejudicados, que caracteriza o exame de necessidade como uma expressão da otimalidade de Pareto²⁴⁹, impondo limites claros à revisão judicial, como afirma Robert Alexy:

“A máxima da necessidade é expressão da idéia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente

²⁴⁷ Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 199.

²⁴⁸ Isso parece ser reconhecido pelo próprio Julian Rivers. Cf. Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 201.

²⁴⁹ “O critério da otimalidade de Pareto determina quais são as melhores soluções dentre aquelas que são faticamente possíveis. Na sua versão original, ele classifica como soluções ótimas aquelas às quais não há nenhuma alternativa que implique a melhora de uma dos participantes sem acarretar qualquer desvantagem aos demais. Para ser aplicado aos problemas do sopesamento, deve-se ter como foco não a comparação entre a posição de indivíduos, mas entre o grau de satisfação de exigências conflitantes.” Jan Sieckmann, “Balancing, Optimisation, and Alexy’s “Weight Formula”, p. 103. Sobre a relação entre o critério de eficiência de Pareto e o exame de necessidade, cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 188; Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *ARSP* 25 (1985), p. 27. Sobre a adequação das otimalidades de Pareto e de Kaldor-Hicks ao exame de necessidade, cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 112-119.

suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.”²⁵⁰

Em virtude dessas limitações, que também são apontadas por Laura Clérico²⁵¹, o exame de necessidade, considerado de forma isolada, é insuficiente para a proteção de direitos fundamentais e, nesse sentido, para a solução do conflito entre princípio e regra²⁵². Isso, no entanto, não diminui a sua importância, pois, embora deixe sem resposta uma série de questões²⁵³, o exame de necessidade cumpre um papel essencial em relação à dimensão institucional do exame de proporcionalidade, garantindo ao órgão responsável pela edição de uma medida restritiva a prerrogativa de definir os patamares mínimos de realização dos princípios envolvidos em uma determinada regulamentação.

Esse ponto pode ser mais bem explorado quando se analisa uma das questões deixadas em aberto pelo exame de necessidade, formulada por Humberto Ávila da seguinte forma:

“Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?”²⁵⁴

Para Humberto Ávila e Thomas Bustamante, esse questionamento evidencia a insuficiência do exame de necessidade, que só poderia ser sanada com o recurso à “ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção”²⁵⁵ dos interesses colidentes, ou a “ponderações mais complexas que não podem ser reconduzíveis a uma forma simples”, sendo, no entendimento de Thomas Bustamante, “necessário se recorrer a argumentos exteriores à estrutura formal fornecida pelo postulado da proporcionalidade”.²⁵⁶

²⁵⁰ Robert Alexy, “Posfácio”, p. 591.

²⁵¹ Segundo Laura Clérico, “a utilidade do critério de Pareto é consideravelmente reduzida, pois a otimalidade de Pareto só é capaz de excluir resultados se houver possibilidades fáticas de realização dos princípios colidentes, que permitam melhorar as posições prejudicadas, sem que haja prejuízos às posições favorecidas”. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 119.

²⁵² Isso acontece com as três etapas do exame de proporcionalidade, que só cumprem seu papel se forem aplicadas conjuntamente, de acordo com uma ordem pré-estabelecida.

²⁵³ Para suprir as insuficiências do exame de necessidade, Laura Clérico desenvolveu regras complementares que devem ser aplicadas aos casos duvidosos. Cf. Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, pp. 127-154.

²⁵⁴ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 160. Esse questionamento também é feito por Thomas Bustamante. Cf. Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 258.

²⁵⁵ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 160.

²⁵⁶ Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 258.

A necessidade da realização de um sopesamento entre o grau de realização e de restrição dos princípios colidentes, sustentada por Ávila e Bustamante, pode ser compreendida de duas formas distintas, cada uma com implicações diversas no exame de proporcionalidade, não apenas do ponto de vista metodológico, mas, principalmente, com relação às suas implicações na dimensão institucional.

Uma das formas de suprir a apontada insuficiência seria integrar a ponderação entre o grau de promoção e o grau de restrição dos princípios colidentes ao próprio teste de necessidade, por meio de uma espécie de compensação entre os graus de realização dos princípios colidentes.

Desse modo, a existência de uma alternativa que promovesse a realização do objetivo pretendido com *intensidade inferior* à medida testada, porém restringisse o princípio afetado de forma *menos gravosa*, poderia justificar a revisão judicial da medida que é objeto do exame de proporcionalidade, desde que o acréscimo na realização do princípio restringido superasse o déficit na realização do princípio promovido, o que também aconteceria diante da existência de uma alternativa que restringisse o princípio afetado de forma *mais gravosa*, porém promovesse a realização do objetivo pretendido com *intensidade superior* à medida testada, desde que o acréscimo na realização do princípio promovido superasse o déficit na realização do direito restringido.

A utilização dessa variante do exame de necessidade é defendida por Rainer Dechsling²⁵⁷ e, de forma implícita por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, críticos do sopesamento, que, por considerar o exame de proporcionalidade em sentido estrito excessivamente subjetivo, pretendem evitá-lo, sugerindo uma realização mais criteriosa do exame de necessidade, capaz de justificar a revisão de medidas que levariam a situações absurdas.²⁵⁸

²⁵⁷ Rainer Dechsling propõe a utilização dessa forma alternativa do exame de necessidade, que substitui o critério de Pareto pelo de Kaldor-Hicks, para a análise dos objetivos dependentes, que só se mostrariam vantajosos quando comparados às demais alternativas, mantendo, no entanto, a proibição de compensação para os objetivos independentes, que seriam vantajosos independentemente de comparação com os meios alternativos. Cf. Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, München: Vahlen, 1989, pp. 51-68. Para uma crítica ao modelo proposto por Dechsling, cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 114-119; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 188-89.

²⁵⁸ Pieroth e Schlink entendem que “para evitar os riscos do exame de proporcionalidade em sentido estrito, os casos problemáticos devem sempre que possível ser resolvidos nas demais etapas do exame de proporcionalidade”. Assim, se após os exames de adequação e necessidade “a solução do caso parecer totalmente absurda, deve-se efetuar cada uma das etapas anteriores novamente, com especial cuidado o teste de necessidade; permanecendo a sensação de absurdo, o teste de proporcionalidade em sentido estrito pode ser realizado excepcionamente para corrigi-la.” Cf. Pieroth/Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, p. 66-67.

Além de não afastar o problema da subjetividade do exame de proporcionalidade, pois, como aponta Virgílio Afonso da Silva, “o grau de objetividade nos exames de adequação e, sobretudo, da necessidade não diferem muito daquele criticado (...) no exame de proporcionalidade em sentido estrito”²⁵⁹, essa variante do exame de necessidade não minimizaria os riscos do sopesamento realizado no exame de proporcionalidade em sentido estrito, que seriam incorporados ao teste de necessidade. Ademais, a menos que houvesse uma alteração explícita na sub-regra da necessidade, que parece não acontecer no caso de Pieroth e Schlink²⁶⁰, a realização desse sopesamento se daria de forma implícita e, desse modo, pouco transparente, o que prejudicaria o controle intersubjetivo e a legitimidade do exame de proporcionalidade.²⁶¹

Não bastassem esses problemas, a incorporação do sopesamento no teste de necessidade alteraria de modo significativo a sua estrutura, que deixaria de garantir ao órgão que editou a medida a prerrogativa de definir os patamares mínimos de realização dos princípios envolvidos em uma determinada regulamentação. Entretanto, é justamente essa garantia que tende a restringir o controle judicial sobre a atividade normativa, assegurando uma certa margem de discricionariedade aos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, se o objetivo dessa alteração no exame de necessidade fosse minimizar a interferência do Judiciário sobre os demais Poderes, como parece claro para Pieroth e Schlink, ele não apenas não seria atingido, como também tenderia a produzir efeitos contrários aos desejados. A emenda sairia pior que o soneto.

Além de descartar uma das possibilidades de se recorrer ao sopesamento para suprir a insuficiência do teste de necessidade, essa análise demonstra que, com relação ao segundo estágio do exame de proporcionalidade, a pergunta formulada por Humberto Ávila só pode ser respondida de uma maneira, sob pena de não se garantir ao órgão responsável pela adoção da medida a possibilidade de definir os patamares mínimos de realização dos princípios envolvidos em uma regulamentação.

²⁵⁹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 177.

²⁶⁰ Pieroth e Schlink apenas afirmam que o exame de necessidade deveria ser realizado de forma “mais cuidadosa”, para que se pudesse, em uma segunda análise, evitar situações absurdas que não foram resolvidos na primeira. O simples fato de evitar situações absurdas, que, como será demonstrado a seguir podem ser admitidas pelo exame de necessidade, demonstra que houve uma alteração na sua estrutura tradicional desse teste.

²⁶¹ Cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 118-119 e Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 188-89

A resposta é: A escolha entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental está condicionada à medida que foi adotada por um órgão estatal.

Não havendo nenhuma alternativa menos restritiva e, no mínimo, tão eficiente quanto a testada, deve-se optar pelo meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, caso ele tenha sido escolhido pelo Estado, ou pela alternativa oposta, caso tenha sido adotada a medida que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental. É possível, ainda, que o Estado tenha adotado uma terceira medida que promova o fim com intensidade superior aos dois meios em questão ou uma quarta medida que seja menos restritiva do que ambos. Nesses casos, nenhuma das alternativas poderá ser escolhida, devendo ser consideradas necessárias as medidas testadas.²⁶²

5.5. Proporcionalidade em sentido estrito e a inexistência de comparação com medidas alternativas

Descartada a incorporação do sopesamento ao teste de necessidade, resta uma segunda possibilidade de se recorrer à relação entre o grau de satisfação e o grau de restrição dos princípios colidentes para suprir a alegada insuficiência da segunda etapa do exame de proporcionalidade: a realização do exame de proporcionalidade em sentido estrito que, como afirmado anteriormente, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição provocada pela medida em análise e a importância da realização do interesse que é promovido com a sua adoção.

É justamente essa a função do exame de proporcionalidade em sentido estrito, que, assim como o teste de necessidade, complementa as etapas anteriores do exame de proporcionalidade, impedindo que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam princípios além daquilo que a realização do objetivo pretendido seja capaz de

²⁶² Isso pode ser observado com clareza na tabela apresentada anteriormente.

justificar.²⁶³ Não fosse o teste de proporcionalidade em sentido estrito, a aplicação do exame de proporcionalidade levaria à “desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiência a todo custo”²⁶⁴

Embora complementar às etapas anteriores do exame de proporcionalidade, entre elas o exame de necessidade, o teste de proporcionalidade em sentido estrito não produz os mesmos efeitos da incorporação do sopesamento entre o grau de satisfação e o grau de restrição dos princípios colidentes ao exame de necessidade, analisada no tópico anterior.

Diferentemente do exame de necessidade, o teste de proporcionalidade em sentido estrito não envolve a comparação de medidas alternativas, mas a análise de apenas uma medida, aquela que foi adotada pelo Estado, desde que ela tenha sido considerada adequada e necessária. Se a importância da realização do interesse promovido justificar a intensidade da restrição provocada pela medida testada, ela deve ser considerada proporcional em sentido estrito e, portanto, estará imune à revisão judicial. Caso contrário, ela deverá ser declarada desproporcional e, consequentemente, revista²⁶⁵. Em qualquer uma dessas situações, a eventual existência de alternativas que, no entendimento do órgão julgador, apresentariam uma melhor relação promoção-restrição de direitos é absolutamente irrelevante para o resultado do exame de proporcionalidade.

Ao considerar apenas a medida testada e não todas as eventuais alternativas, o exame de proporcionalidade em sentido estrito permite que se respeite a prerrogativa de estabelecer os patamares mínimos de realização dos princípios colidentes, que, como visto anteriormente, é conferida ao órgão que adotou a medida testada.

Esse respeito impede que um órgão judicial substitua um ato normativo por uma medida que promova a realização de cada um dos interesses em jogo com intensidade inferior à prevista pelo órgão que adotou regulamentação testada, mas não obriga o Poder Judiciário,

²⁶³ “Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º).” Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 40 e s.

²⁶⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 173.

²⁶⁵ O que não significa que o órgão revisor tenha necessariamente que adotar uma medida substitutiva.

em todos os casos, a considerar proporcional pelo menos uma medida que promova cada um dos princípios envolvidos com no mínimo a mesma intensidade prevista pelo órgão responsável pela regulamentação. É possível que nenhuma medida que respeite esses patamares mínimos possa ser considerada proporcional em sentido estrito, ou seja, que a importância da realização do interesse promovido não seja importante o suficiente a ponto de justificar a intensidade da restrição provocada por nenhuma medida que promova o objetivo perseguido com a mesma intensidade, e que limite o princípio restringido de forma menos gravosa que a regulamentação testada.²⁶⁶

A função do sopesamento no exame de proporcionalidade é evitar medidas desproporcionais, ou seja, medidas nas quais a importância da realização dos interesses promovidos não justifique a intensidade das restrições impostas aos interesses afetados, e não exigir medidas ótimas, que, no entendimento dos órgãos julgadores, apresentem as melhores relações entre promoção e restrição de princípios.

Nesse sentido, Julian Rivers afirma que o exame de proporcionalidade é flexível: “em algumas circunstâncias ele pode levar a uma única resposta correta, mas isso não é algo necessário.”²⁶⁷ Segundo Rivers, em determinadas situações “deve ser possível estabelecer um conjunto de opções que são legalmente aceitáveis por serem todas proporcionais. A atitude do Judiciário com relação à opção que foi adotada de fato [caso ela seja proporcional] não deve ser apenas de deferência, mas de abstenção. Não há uma razão intrínseca para que o juiz não opte por outra medida, mas essa escolha seria ilegítima. Seu papel é assegurar a legalidade, não a correção. Isto está implícito quando se assume que a revisão judicial tem como objetivo o controle quanto à desproporcionalidade.”²⁶⁸

Isso demonstra que a resposta à pergunta feita por Humberto Ávila não pode ser alterada pelo exame de proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que, mesmo após a realização de um sopesamento entre o grau de promoção e de restrição dos princípios colidentes, a escolha entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental continua a ser determinada pelo grau de restrição e pelo grau de promoção determinados pelo órgão que adotou a medida testada. A

²⁶⁶ Isso aconteceria, por exemplo, no exemplo extremo do exame compulsório e do encarceramento dos infectados pelo HIV, mencionado anteriormente.

²⁶⁷ Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 193.

²⁶⁸ Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 193.

contribuição do sopesamento consiste apenas em determinar se essa resposta deve ou não ser aceita, ou seja, se a intensidade da restrição ao direito fundamental é justificada pela importância da realização do objetivo. E isso não é pouco.

O teste de proporcionalidade em sentido estrito não oferece nenhum critério capaz de orientar a escolha entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental, pois incide sobre uma única medida e, ao contrário do teste de necessidade, não é um exame comparativo.

5.6. Exame de Proporcionalidade e deferência aos órgãos normativos

Com base nas observações anteriores, é possível notar que o exame de proporcionalidade não elimina completamente a autonomia dos órgãos normativos, que têm liberdade para adotar regulamentações que restrinjam direitos fundamentais, desde que essas restrições possam ser justificadas pela importância da promoção dos interesses perseguidos e que não existam meios menos restritivos que promovam os objetivos pretendidos com a mesma intensidade.

Deve ficar claro, portanto, que o exame de proporcionalidade possui uma estrutura específica, com uma ordem pré-definida de etapas subsidiárias²⁶⁹, e que isso é relevante não apenas do ponto de vista metodológico²⁷⁰, mas, principalmente, em razão das suas potenciais implicações na relação entre o controle judicial e a atuação normativa dos demais órgãos estatais. Como afirma Alan David Patrick Brady, “tornar esses aspectos institucionais claros é algo por si só valioso”, pois “se esses fatores institucionais não se

²⁶⁹ Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.” Cada uma dessas etapas é subsidiária à anterior, o que quer dizer que “a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.” Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 34.

²⁷⁰ É essa estrutura que permite, por exemplo, a diferenciação entre os exames de razoabilidade e proporcionalidade. Cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 27-31.

tornarem explícitos, não será possível integrar a noção de deferência à proporcionalidade”.²⁷¹

Essa deferência, que implicaria um certo grau de respeito à competência decisória dos Poderes Legislativo, Executivo, e até mesmo Judiciário no exercício de atividade normativa é uma decorrência da função desempenhada pelo exame de proporcionalidade, que deve ser utilizado pelo Poder Judiciário para *controlar decisões tomadas por outros órgãos públicos*, mas não para tomar decisões com base em princípios constitucionais. Embora seja extremamente importante, essa é uma distinção que muitas vezes é ignorada.

O exame de proporcionalidade não é idêntico, nem deve substituir o sopesamento de princípios. Eles desempenham funções diferentes. Enquanto o sopesamento de princípios deve ser utilizado para *fundamentar a escolha pela medida* que promove o maior grau possível de realização dos princípios colidentes em face das circunstâncias do caso concreto, o exame de proporcionalidade deve ser utilizado para *fundamentar o controle judicial de uma medida já adotada previamente por um órgão normativo*, que deve ser revista apenas se for considerada desproporcional e não quando não corresponder àquela que, no entendimento do órgão julgador, seria a melhor solução para um determinado conflito de princípios.

O sopesamento tem espaço quando não há regulamentação estabelecida previamente para uma determinada situação, ao passo que o exame de proporcionalidade pressupõe justamente a adoção de uma medida prévia, que será objeto do controle judicial. Nesse sentido, é importante atentar à ressalva feita por Virgílio Afonso da Silva, que, diferenciando as situações do uso do exame de proporcionalidade dos casos de sopesamento entre princípios, afirma que :

“Há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra de proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada

²⁷¹ Alan David Partick Brady, *A Structural. Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, pp. 30 e s..

para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que deve haver uma medida concreta a ser testada. (...) Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, falta essa variável de referência. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.”²⁷²

A impossibilidade de aplicar o exame de proporcionalidade aos casos que exigem aplicação direta de princípios não decorre apenas da inexistência de uma medida previamente adotada, mas da inexistência de uma medida adotada por um órgão ao qual seja devido algum grau de deferência, pois, como foi demonstrado anteriormente, *o resultado do exame de proporcionalidade é condicionado pelo grau de promoção e de restrição da medida analisada.*

Essa característica impede, portanto, o recurso ao exame de proporcionalidade nos casos em que não há qualquer regra que discipline uma colisão entre princípios, ainda que se analise a proporcionalidade de decisões judiciais tomadas em instâncias inferiores²⁷³ ou de medidas hipotéticas sugeridas pelas partes de um processo²⁷⁴, pois não há nada que justifique uma postura deferente dos órgãos julgadores com relação a essas medidas.²⁷⁵

Há, portanto, uma distinção entre o exame de proporcionalidade e o processo de otimização de princípios colidentes por meio do sopesamento, que, apesar de ser extremamente relevante, é ignorada com alguma frequência²⁷⁶. Ao contrário do que afirma Robert Alexy²⁷⁷, as três máximas parciais da proporcionalidade nem sempre definem

²⁷² Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 179.

²⁷³ Essa possibilidade é refutada por Virgílio Afonso da Silva, pois “o que se controla, nesses casos, não é a “ação” do juiz como uma “ação restritiva de um direito fundamental”, mas, sim, a *correção da interpretação e da aplicação do direito que o juiz realizou na sentença recorrida.*” Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 179 e s.. Diverso parece ser o entendimento de Robert Alexy, que analisa, sem fazer nenhuma ressalva, a utilização do exame de proporcionalidade no caso TITANIC (BverfGE 86, 10), cuja medida analisada era uma decisão do Tribunal Superior Estadual em Düsseldorf, que condenara uma revista satírica a indenizar um militar ridicularizado. Cf. Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, pp. 774-781.

²⁷⁴ Essa hipótese é ainda mais complicada, pois, dependendo da medida escolhida, o exame de proporcionalidade pode justificar decisões contrárias em um mesmo caso.

²⁷⁵ Matthias Klatt sustenta posição contrária, afirmando que, com relação às questões fáticas, as cortes superiores devem deferência aos juízos inferiores. Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion”, *Ratio Juris* 20 (2007), p. 517.

²⁷⁶ É o que acontece, por exemplo, com Thomas Bustamante, que compreende o exame de proporcionalidade como um requisito da racionalidade de todo sopesamento: “O resultado da ponderação só será válido se puder superar um teste de racionalidade fornecido pelas regras gerais da argumentação prática. Para garantir essa racionalidade, Alexy propõe (além das regras de argumentação propostas em sua obra anterior) a máxima da proporcionalidade.” Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 193.

²⁷⁷ “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é

aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios²⁷⁸ e, principalmente, na concepção do julgador.

Isso porque o recurso ao exame de proporcionalidade, quando respeitada a sua estrutura, não permite que o julgador substitua uma decisão tomada pelo legislador, ou por qualquer outro órgão normativo, por uma decisão que, na sua concepção, realiza os princípios envolvidos na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Em outras palavras, a utilização do exame de proporcionalidade não leva necessariamente à otimização de princípios. Pelo contrário. A estrutura do exame de proporcionalidade impõe limites à otimização de princípios, impedindo que o juiz revise uma medida estatal, e adote uma alternativa que lhe parece mais propensa a otimizar os princípios envolvidos no caso concreto, quando não houver uma forma menos restritiva de promover, com a mesma eficiência, um objetivo legítimo, cuja promoção justifique a restrição dos princípios afetados.²⁷⁹

A menos que o julgador entenda que uma decisão tomada por um órgão legislativo ou administrativo restringe um direito fundamental e (i) não promove a realização de algum interesse legítimo; (ii) ou promove a realização de um interesse legítimo impondo uma restrição mais intensa do que uma alternativa igualmente eficaz; (iii) ou impõe uma restrição que não possa ser justificada pela promoção do objetivo pretendido, deve-se preservar a decisão tomada por um órgão estatal no exercício de suas competência normativa, pouco importando a existência de medidas mais eficazes, mais convenientes ou mais desejáveis na concepção de quem realiza o controle judicial.

Essa característica, que evidencia a inexistência de uma relação lógica entre o exame de proporcionalidade e o conceito de princípio como mandamento de otimização e é pouco

a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por “otimização” na teoria dos princípios.” Robert Alexy, “Pósfácio”, p. 588.

²⁷⁸ Para concepções divergentes de otimização na Teoria dos Princípios, cf. Jan Sieckmann, “Balancing, Optimisation, and Alexy’s “Weight Formula”, pp. 102-114.

²⁷⁹ Não há como garantir que esses limites serão respeitados na prática. No entanto, esse não é um problema exclusivo da teoria dos princípios ou do exame de proporcionalidade, mas de qualquer teoria argumentativa, pois seria ingênuo supor que alguma teoria de aplicação do direito pudesse assegurar a obtenção de resultados concretos.

destacada quando se analisa o exame de proporcionalidade²⁸⁰, não pode ser vista apenas como um ponto negativo, que impede a otimização dos princípios constitucionais por meio do controle judicial.

A restrição imposta ao controle judicial também apresenta aspectos positivos, na medida em que tende a assegurar uma maior margem de conformação aos órgãos normativos, demonstrando uma preocupação não apenas com a efetivação de princípios, mas também com o respeito às regras, que fixam determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas de otimização dos princípios, conferindo segurança jurídica, fomentando a igualdade formal e equilibrando o exercício de competência decisória.

É possível afirmar, nesse sentido, que a utilização do exame de proporcionalidade como um método de solução do conflito entre um princípio e uma regra tende a atenuar tanto os efeitos positivos atribuídos à teoria dos princípios por alguns de seus defensores, como também os impactos negativos sobre o sistema jurídico apontados por seus críticos. Tanto a otimização de direitos fundamentais, como o casuísmo e a transferência da competência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário são relativizados com a utilização do exame de proporcionalidade.

²⁸⁰ Com fundamento distinto, Jan Henrik Klement também critica a relação lógica entre o exame de proporcionalidade e o conceito de princípio como mandamento de otimização nos termos defendidos por Robert Alexy, pois, no seu entendimento, “não é porque os direitos fundamentais são princípios, que o dever de proporcionalidade deve ser exigido. A relação é inversa: É porque o dever de proporcionalidade é exigido, que os direitos fundamentais, que são definidos pelo princípio da proporcionalidade, podem ser compreendidos como princípios.” Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, p. 761.

A inclusão de princípios formais no sopesamento

6.1. Exame de proporcionalidade: um método opcional

A análise da estrutura do exame de proporcionalidade revela uma tentativa de conciliar a exigência de máxima realização dos princípios constitucionais por meio do controle judicial com a garantia de uma certa margem de discricionariedade aos órgãos e Poderes responsáveis pela edição de atos normativos e de algum grau de estabilidade e de previsibilidade ao ordenamento jurídico. Isso acaba atenuando a influência desse método de aplicação do direito tanto para otimização de direitos fundamentais, como também para a concentração de poder decisório no Judiciário e para a aplicação casuística do direito.

O exame de proporcionalidade fundamenta a revisão de medidas que não promovem a realização de algum interesse legítimo, que o fazem restringindo direitos fundamentais de forma mais intensa do que alternativas igualmente eficazes, ou que impõem restrições que não podem ser justificadas pela promoção dos objetivos pretendidos. Ele não autoriza, no entanto, a substituição de atos estatais por alternativas que, no entendimento dos órgãos judiciais, corresponderiam à solução ótima para a colisão de princípios que se dá no caso concreto, nem que seriam mais convenientes, mais adequadas, mais necessárias ou mais proporcionais.

É possível dizer, desse modo, que o exame de proporcionalidade, desde que aplicado de acordo com a sua estrutura, tem como consequência a busca por uma otimização dos princípios constitucionais temperada, e nessa medida atenuada, pela necessidade de conferir estabilidade à ordem jurídica e de promover um certo equilíbrio entre os Poderes estatais.

Para bem ou para mal, o exame de proporcionalidade não é uma implicação lógica da idéia de princípios como mandamentos de otimização, nem um método de aplicação do direito necessário ou suficiente para a máxima realização dos direitos fundamentais. A opção pela sua utilização consiste, portanto, na escolha por uma certa técnica de fundamentação de decisões judiciais que pode ou não se mostrar conveniente para determinado sistema jurídico, tendo em vista seus aspectos institucionais, políticos e os elementos da cultura jurídica local.²⁸¹ Mesmo no âmbito da teoria dos princípios, o recurso ao exame de proporcionalidade não é imprescindível, nem deve ser visto como um método obrigatório para a solução do conflito entre um princípio e uma regra.

Embora seja inegável que a sua aplicação leve a resultados muito mais equilibrados e convenientes do que os que seriam obtidos se a relação entre uma regra e um princípio fosse compreendida como de simples restrição²⁸² ou caso o conflito entre essas duas espécies normativas fosse resolvido por meio de um sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que embasa o seu conteúdo material²⁸³, o exame de proporcionalidade pode ser preterido em favor de uma outra forma de solução para o conflito entre um princípio e uma regra. Trata-se da hipótese menos difundida, porém mais controversa do sopesamento envolvendo princípios formais e princípios materiais.

Este capítulo tem como objetivos apresentar as possíveis razões para a utilização desse método e analisar essa forma de solução para o conflito entre as duas espécies de normas concebidas pela teoria dos princípios, que embora ainda seja relativamente desconhecida no debate acadêmico brasileiro e, até mesmo, pouco explorada em trabalhos sobre a teoria dos princípios, pode cumprir um papel extremamente relevante não apenas na solução do conflito entre princípio e regra, mas, principalmente, para a relação entre a otimização de direitos fundamentais, a alocação de competência decisória e a previsibilidade da aplicação do direito no âmbito dessa linha teórica.

²⁸¹ É justamente por pressupor a análise de um conjunto extenso de variáveis tão complexas que uma análise sobre a adequação do exame de proporcionalidade ao direito brasileiro não será realizada nesse trabalho, cujo objeto de estudo é a teoria dos princípios e, principalmente, a influência dessa vertente teórica para a otimização de direitos fundamentais, a alocação de competência decisória entre o Judiciário e os demais Poderes e a aplicação casuística do direito.

²⁸² Cf. 3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente.

²⁸³ Cf. 4.2. Regras como um produto de um sopesamento de princípios.

6.2. Os problemas de um exame orientado exclusivamente pela realização dos direitos materiais envolvidos

Da mesma forma com que pode trazer benefícios significativos para a fundamentação da decisão pela precedência de um princípio ou de uma regra colidente, o exame de proporcionalidade apresenta uma característica que, embora seja pouco questionada na literatura específica, pode se mostrar extremamente problemática: ele leva em consideração *apenas o conteúdo material* das medidas analisadas.

Em outras palavras, as três etapas do exame de proporcionalidade limitam-se a apreciar o grau de realização dos direitos envolvidos em um determinado conflito de princípios – e de não realização, no caso dos interesses restringidos –, o que pode se mostrar insuficiente para orientar a revisão de atos normativos estatais.

No teste de adequação, exige-se que a medida que limita *a realização de um direito material* fomenta algum grau de *realização de outro direito material*. Já o exame de necessidade orienta a escolha da medida que leva ao maior grau de *realização do direito material restringido*, desde que promova a *realização do direito material* que deu ensejo à adoção da medida com no mínimo a mesma eficiência. Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito determina que a restrição à *realização de um direito material* deve ser justificada pela *realização de um outro direito material* que se mostre mais importante diante das circunstâncias do caso concreto.

Essa lógica orientada exclusivamente pelo grau de realização e de restrição dos direitos envolvidos pode, em algumas situações, ser considerada insuficiente e, até mesmo, inadequada para a revisão judicial da atividade normativa, cujas funções, como visto anteriormente²⁸⁴, não se limitam à definir qual deve ser o grau de realização dos princípios constitucionais.

Essa deficiência poderia ser demonstrada com a comparação entre duas situações hipotéticas, nas quais um casal, após o diagnóstico de anencefalia do feto, decidiria interromper a gestação. No primeiro caso, assim como que ocorre no Brasil atualmente, o aborto de fetos anencéfalos seria vedado pelo Código Penal, um Decreto-Lei de 7 de

²⁸⁴ Cf. 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?.

Dezembro de 1940, que criminaliza todas as formas de interrupção da gestação²⁸⁵, exceto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro.²⁸⁶ Já na segunda situação, ter-se-ia um cenário fictício, que poderia existir caso se aprovasse no Brasil, nos dias atuais, uma lei que proibisse de forma explícita o aborto de fetos anencefálos.²⁸⁷

Nessas duas situações seria possível apontar a existência de um mesmo conflito normativo: uma colisão entre os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que garantiriam *prima-facie* às gestantes o direito de interromper a gestação dos fetos com anencefalia e a regra penal, que proibiria essa ação, visando a proteger o direito à vida.

Qualquer que fosse o entendimento com relação à titularidade do direito à vida por parte de fetos com anencefalia, as normas que regulam as duas situações hipotéticas mereceriam o mesmo juízo no exame de adequação, ou seja, seriam consideradas adequadas, caso se entendesse que os fetos com anencefalia gozariam de proteção jurídica com base no direito à vida, ou seriam reprovadas logo na primeira etapa do exame de proporcionalidade, caso se considerasse que os fetos anencefálos não seriam protegidos pelo direito à vida, pois ainda que tivessem uma sobrevivência extra-uterina, sua duração seria extremamente reduzida²⁸⁸.

O mesmo ocorreria com o exame de necessidade. Caso se considerasse que não existisse nenhuma alternativa menos restritiva aos direitos da gestante e no mínimo tão eficiente para a proteção da vida humana quanto a criminalização do aborto de fetos anencefálos, as

²⁸⁵ **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos

²⁸⁶ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal)

²⁸⁷ O dispositivo hipotético que criminaliza o aborto de feto anencefálos teria a seguinte redação:

Aborto de feto com anencefalia

Art. 126 A – Provocar com o consentimento da gestante aborto de feto com anencefalia comprovada por laudos independentes de dois médicos,;

Pena – reclusão, de um a dois anos

²⁸⁸ Essa é a posição defendida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde na ADPF 54, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal.

duas medidas deveriam ser tidas como necessárias. Se, por outro lado, fosse apontada a existência de uma alternativa menos gravosa e no mínimo tão eficiente, as normas penais deveriam ser revistas em ambos os casos.

As duas situações demandariam o mesmo resultado também no teste de proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o grau de promoção e restrição dos direitos materiais envolvidos nas duas situações seria idêntico. Assim, caso se entendesse que a restrição dos direitos da gestante estaria justificada pela importância da proteção ao direito à vida fomentada pela criminalização do aborto de fetos anencéfalos, as normas penais deveriam ser consideradas proporcionais em sentido estrito nas duas situações. Caso contrário, tanto a proibição nos moldes atuais, quanto a criminalização decorrente de um hipotético artigo 126 A, deveriam ser consideradas desproporcionais e, consequentemente, revistas.

Embora o tratamento decorrente do exame de proporcionalidade fosse necessariamente idêntico e desse ensejo ao mesmo resultado nas duas situações, haveria mais razões para a revisão da regra penal na primeira situação, com disciplina legislativa idêntica à que regula a situação atualmente, do que na segunda, com a edição de um dispositivo que criminaliza expressamente o aborto de fetos anencéfalos.

A importância de aplicar a legislação seria consideravelmente maior na segunda situação – na qual a decisão foi tomada por deputados e senadores eleitos pela população, que, cientes da possibilidade de diagnosticar uma doença que compromete de forma extrema, praticamente inviabilizando, a vida extra-uterina do feto, optaram por criminalizar o aborto de fetos anencéfalos – do que no primeiro caso – no qual a decisão foi tomada pelo Poder Executivo Federal, de forma genérica, pois não se cogitava a possibilidade de diagnosticar a anencefalia do feto durante a gestação. Isso sem mencionar a alteração na compreensão da social sobre a proteção aos direitos da mulher e ao tratamento do aborto, que mudaram significativamente em setenta anos.

Essas diferenças, que poderiam ou, até mesmo, deveriam desempenhar um papel importante na fundamentação da decisão pela revisão ou pela manutenção da regra que criminaliza o aborto de fetos anencéfalos nas duas situações usadas como exemplos, tendem a ser ignoradas na aplicação do exame de proporcionalidade²⁸⁹, que é orientado

²⁸⁹ Tentativas de suprir essas deficiências podem ser encontradas nos trabalhos de Laura Clérico, que desenvolve regras complementares aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e Julian Rivers, que entende que a intensidade da revisão judicial que se dá por meio do exame de

exclusivamente pelo grau de fomento ou de restrição aos princípios constitucionais envolvidos no caso em questão.

Isso não significa que as considerações sobre o grau de realização ou de restrição dos princípios constitucionais sejam irrelevantes ou tenham pouco importância na fundamentação de um juízo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um determinado ato normativo. Pelo contrário. Não há dúvidas de que a análise desses elementos é necessária e extremamente relevante para justificar a decisão pela revisão ou pela manutenção de uma regra. Ela pode, no entanto, não ser suficiente para o cumprimento desta finalidade.

Além de definir a precedência de um princípio sobre o outro, estabelecendo meios necessários e adequados para tanto, o que Frederick Schauer chama de *justificação substantiva de uma regra*²⁹⁰, a elaboração de um ato normativo prévio, abstrato e geral também atende a outros imperativos, como a garantia de segurança jurídica e a distribuição da competência decisória²⁹¹, aos quais Schauer chama de *justificação para a geração de uma regra*²⁹², pois expressariam a razão para positivar na forma de uma regra a “justificação substantiva”, ou seja a precedência de um princípio sobre o outro.²⁹³

O reconhecimento de que a positivação de regras também atende a outros objetivos que não apenas a promoção de princípios e direitos materiais não é importante *apenas* para fundamentar a afirmação de que a superação de uma regra deve ser necessariamente mais difícil do que a superação de um princípio.²⁹⁴ Mais do que diferenciar as regras dos princípios, ele pode orientar também o método de revisão judicial de atos normativos, evidenciando *diferenças entre regras*.

Assim como ocorre com aquilo que Frederick Schauer denomina “justificação substantiva”, ou seja, com o fomento à realização dos princípios que fundamentam a

proporcionalidade pode variar em virtude de características alheias à realização ou restrição dos direitos materiais colidentes. Cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, pp. 127-134; 223-246, Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, pp. 127-154, 224-227, 271-285, Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, pp. 202-207. A existência dessas propostas não invalida a crítica direcionada ao exame de proporcionalidade, que em sua concepção mais tradicional e difundida tanto na literatura específica, quanto na prática jurídica, é pautado exclusivamente por considerações acerca da realização de princípios colidentes.

²⁹⁰ Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 94.

²⁹¹ Cf. 4.3. Regras e Segurança Jurídica e 4.4. Regras e Alocação de Competência Decisória.

²⁹² Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 94.

²⁹³ Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*, p. 94.

²⁹⁴ Cf. 4. Por que regras não podem ser superadas com a mesma facilidade que princípios ?.

existência de uma regra, o peso da “justificação para a geração de uma regra” também pode variar de uma regra para outra.

É o que ocorre no exemplo apresentado anteriormente, no qual há um ônus argumentativo muito maior para a revisão da regra hipotética – positivada por um órgão representativo democraticamente eleito, que, ciente da possibilidade de diagnóstico e da pequena expectativa da vida extra-uterina dos fetos com anencefalia, decidiu criminalizar expressamente a interrupção de suas gestações – do que da lei penal vigente atualmente no Brasil – elaborada privativamente pelo Poder Executivo Federal, que sem conhecimento sobre as possibilidades de diagnóstico e sobre a vida extra-uterina dos fetos anencéfalos, criminalizou o aborto de forma genérica, exceptuando exclusivamente as hipóteses de estupro e de risco à vida da gestante.

Para que possam cumprir algumas finalidades específicas, como distribuir a competência decisória e estabilizar expectativas, as regras devem possuir um grau de resistência à superação maior do que o dos princípios – o que é reconhecido pelo exame de proporcionalidade –, mas, em virtude da importância desses objetivos, que pode variar conforme o caso concreto²⁹⁵, nem todas as regras devem apresentar a mesma resistência à superação. Algumas podem ser revistas com mais facilidade do que outras, o que é ignorado pelo exame de proporcionalidade, orientado apenas pelo grau de promoção e de restrição à realização de princípios e direitos materiais.²⁹⁶

6.3. O recurso aos princípios formais

Com o intuito de tornar a teoria dos princípios mais suscetível a elementos outros que não exclusivamente o grau de realização dos princípios e direitos materiais envolvidos no caso

²⁹⁵ É evidente que o grau de promoção e de restrição à realização de princípios e direitos materiais também é determinante para o grau de resistência de uma regra à superação.

²⁹⁶ Crítica semelhante é feita por Alan David Patrick Brady, que após analisar a teoria dos princípios e, principalmente, a estrutura do exame de proporcionalidade, destaca que “o valor conceitual da teoria estrutural de Alexy é significativo, mas a sua utilidade prática imediata no Reino Unido está prejudicada em alguma medida pela unidimensionalidade institucional das suas pressuposições. (...) Se as pressuposições institucionais forem desafiadas e superadas, a teoria de Alexy tem o potencial de providenciar um modelo estrutural compreensível de proporcionalidade e deferência no Reino Unido. O ingrediente que falta é a sensibilidade institucional”. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 89.

concreto, alguns adeptos dessa linha teórica sustentam a necessidade de se recorrer não apenas a princípios materiais, mas também a *princípios formais*²⁹⁷ para solucionar o conflito entre um princípio e uma regra.

Ao contrário dos princípios materiais, os princípios formais poderiam ser definidos como aqueles que “fornecem razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última”²⁹⁸, estabelecendo “uma vinculação ao resultado de um processo anterior.”²⁹⁹ É por essa razão que Robert Alexy afirma que os princípios formais “expressam questões de competência”³⁰⁰ e que Virgílio Afonso da Silva diz que “princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*.”³⁰¹ Nesse mesmo sentido, Matthias Klatt afirma que os princípios formais “não oferecem respostas substanciais a problemas jurídicos concretos, mas definem quem é competente para estabelecer estas respostas”.³⁰²

A oposição aos princípios materiais é fundamental para a compreensão da função dos princípios formais³⁰³, pois estes fundamentam a sua aplicação de uma determinada medida com base na *autoridade* do órgão responsável pela sua adoção ou no *procedimento* específico que foi seguido para esse fim, e não em virtude do seu conteúdo, como ocorre com os princípios materiais.

Princípios formais poderiam, desse modo, ser definidos como normas que ordenam que as decisões tomadas por determinadas autoridades ou com a utilização de determinados procedimentos sejam respeitadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

²⁹⁷ Sobre o debate teórico sobre a noção de princípios formais na teoria dos princípios, cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), pp. 25-35.

²⁹⁸ Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 148.

²⁹⁹ Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 147.

³⁰⁰ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 331.

³⁰¹ Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 148.

³⁰² Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion”, p. 518.

³⁰³ A contraposição com os princípios materiais também explica a nomenclatura dos princípios formais, que recebem essa denominação pois estabelecem uma vinculação que não se fundamenta em razões materiais, mas em atributos procedimentais ou formais. Isso não significa, no entanto, que os princípios formais sejam desprovidos de conteúdo, nem que ofereçam razões secundárias ou menos importantes do que as razões substanciais. Como afirma Jeremy Waldron, “Há uma tentação para pensar que princípios procedimentais e formais são sem importância quando comparados aos substantivos. Certamente os princípios substanciais são importantes, porque eles vão ao cerne das questões, Mas a ênfase dada pela ciência do direito do Estado de Direito à importância dos princípios formais é uma conquista, e eu penso que a importância dos princípios procedimentais precisa ser igualmente compreendida.” Jeremy Waldron, “Principles of Legislation”, p. 29.

Um exemplo de princípio formal seria, portanto, aquele que fundamenta a força vinculante de um precedente judicial, que oferece uma razão para a tomada de uma determinada decisão não em virtude do seu conteúdo, mas pelo fato de um órgão judicial já ter julgado casos iguais ou semelhantes seguindo uma dada orientação.³⁰⁴ Isso não significa que os precedentes judiciais devam ser seguidos independentemente do seu conteúdo³⁰⁵, mas tão somente que a vinculação a decisões anteriores não decorre exclusivamente dos seus fundamentos. Fosse assim, não seriam os precedentes vinculantes, mas apenas os direitos e princípios que os embasariam.

É nesse sentido que Martin Borowski afirma que os princípios formais “contribuem para a reconstrução de estruturas autoritativas no sistema jurídico”³⁰⁶, pois fornecem razões para que decisões sejam respeitadas sem que isso dependa *exclusivamente* da sua fundamentação, ou seja, da importância da realização dos princípios materiais aplicáveis a cada caso concreto.

Em virtude dessa característica, alguns adeptos da teoria dos princípios sustentam que os princípios formais poderiam desempenhar um papel importante na solução do conflito entre um princípio e uma regra, pois poderiam conferir às regras maior resistência à superação por princípios colidentes, evitando a concentração de poder decisório nos órgãos judiciais e tornando a aplicação do direito menos casuística.

Como as regras tendem a garantir segurança jurídica e a orientar a alocação de competência decisória, um princípio que colide com uma regra só pode ser aplicado se as razões para a sua realização forem maiores do que elas deveriam ser na ausência desta regra³⁰⁷. Isso poderia acontecer desde que um princípio formal que garantisse a competência do órgão que editou a regra pudesse ser compreendido como uma razão para a aplicação da regra em questão e, conseqüentemente, como uma razão contrária à aplicação do princípio que colide com esta regra.

³⁰⁴ Cf. Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 158-159; Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 148.

³⁰⁵ Sobre a necessidade de fundamentação substantiva para a aplicação de precedentes judiciais, cf. Robert S. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification”, *Cornell Law Review* 63 (1978), pp. 716;727-735.

³⁰⁶ Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, p. 27. No mesmo sentido, cf. Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, pp. 135 e 140.

³⁰⁷ Segundo Frederick Schauer, “Embora regras possam ser superadas, elas serão superadas se, e somente se, as condições para superação forem mais fortes do que aquelas que seriam necessárias para a efetivação daquilo que justifica a superação na ausência da regra.” Frederick Schauer, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, p. 238.

O recurso aos princípios formais poderia, desse modo, instrumentalizar a necessidade de maior resistência à superação por parte das regras, conforme o raciocínio sintetizado por Virgílio Afonso da Silva.

“Ao controlar uma lei restritiva de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional deveria considerar não apenas os direitos fundamentais colidentes. Estes seriam representados, neste caso, apenas pelos princípios materiais. Além deles, no entanto, haveria um princípio formal, a competência do Legislativo para tomar as decisões importante para uma comunidade. Este princípio formal também deveria ser considerado no controle judicial de constitucionalidade. Como a solução para as colisões entre direitos fundamentais seria, segundo a teoria dos princípios, determinada por meio de um sopesamento e consideração do princípio formal da competência decisória do legislador também seria necessária, o Tribunal Constitucional deveria incluir esse princípio formal no processo de sopesamento. Isso garantiria o reconhecimento da competência decisória do legislador ou, no mínimo, a sua consideração para a determinação da decisão judicial.”³⁰⁸

No entanto, como complementa o próprio Virgílio Afonso da Silva após essa exposição, a forma de realização desse sopesamento ainda é uma questão problemática.³⁰⁹ Na busca por uma resposta para esse problema destacam-se três modelos distintos de sopesamento envolvendo princípios materiais e formais, que serão analisados a seguir, com o objetivo de esclarecer alguns pontos controversos sobre o conceito e a estrutura dessa segunda espécie de princípios.

6.3.1. A inclusão de princípios formais como um “peso extra” no sopesamento entre princípios materiais

A primeira tentativa de interação entre princípios materiais e formais corresponde ao modelo proposto por Robert Alexy, Martin Borowski e Juha Pöyhönen para a solução da colisão entre um princípio e uma regra que não teria validade estrita³¹⁰. Segundo esses

³⁰⁸ Virgílio Afonso da Silva, “Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung“ in ”Jan Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrecht: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 220.

³⁰⁹ Virgílio Afonso da Silva, “Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung“, p. 220.

³¹⁰ Cf. 3.4. A inadequação de dois modos de solução distintos.

autores, uma regra de validade não estrita poderia ser superada por um princípio, desde que a satisfação desse princípio fosse mais importante em face das circunstâncias do caso concreto do que a satisfação *conjunta* dos *princípios que sustentam a regra tanto materialmente*, fundamentando o seu conteúdo normativo, *como também formalmente*, exigindo o seu cumprimento.³¹¹

Independente das objeções que possam ser feitas à classificação das regras como de validade estrita ou não estrita³¹², é importante analisar a estrutura do sopesamento envolvendo princípios formais e materiais proposto por esses autores, não apenas com a tentativa de esclarecer alguns aspectos relevantes dos princípios formais, mas também porque há quem defenda a utilização indiscriminada desse método para a solução de qualquer conflito entre princípio e regra, como Thomas Bustamante³¹³ e Paulo Gustavo Gonet Branco.³¹⁴

Para estes autores, o conflito entre um princípio e uma regra poderia ser solucionado com o recurso a um sopesamento que envolvesse não apenas o princípio que colide com a regra e o princípio que fundamentaria o seu conteúdo, mas que incluísse também o princípio que sustenta a regra formalmente, considerado por Pöyhönen como um “peso extra” decorrente do postulado que exige que as regras devem ser respeitadas.³¹⁵ Isso diferenciaria o modo de solução deste conflito do sopesamento que é prescrito para resolver uma colisão de princípios.

No caso da colisão entre princípio e regra, a decisão a ser tomada exige mais do que um juízo sobre a importância da realização no caso concreto de princípios materiais que

³¹¹ Segundo Alexy: “Uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

³¹² Como apontei anteriormente, entendo que a classificação das regras entre as que têm validade estrita e as que não têm validade estrita não deve ser utilizada, pois não permite o controle intersubjetivo da argumentação, já que não é orientada por nenhum critério previamente estabelecido. Cf. 3.4. A inadequação de dois modos de solução distintos.

³¹³ Cf. Thomas Bustamante, *Argumentação Contra Legem*, p. 239; Thomas Bustamante, “Principios, Reglas y Derrotabilidad”, pp. 223-227-228.

³¹⁴ Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, “a regra, na medida em que consite no resultado de ponderação previamente estabelecida pelo legislador tende a ter prioridade sobre o princípio que se lhe opõe. A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa incidência, decorre da consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas.” Paulo Gustavo Gonet Branco, *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*, pp. 168-169.

³¹⁵ Cf. Juha Pöyhönen, “Auslegung contra legem als ein destruktives Spiel von Regeln und Prinzipien im Recht”, p. 218.

garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*.³¹⁶ É necessário que se considere *também* o fato de que há uma regra positivada por um determinado órgão normativo, cuja atuação deve ser preservada na maior medida possível. Essa exigência seria representada por um princípio formal, que assim como um princípio material exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. O que muda, no entanto, é objeto dessa exigência, que deixa de ser um direito e passa a ser a competência decisória de um determinado órgão estatal, como o Poder Legislativo, um órgão regulador ou mesmo um órgão judicial, como no caso dos precedentes judiciais.

Assim como o princípio que sustenta uma regra materialmente, o princípio formal também prescreveria a aplicação definitiva desta norma, só que por uma razão distinta. Ao invés da promoção de um determinado direito, a existência de um princípio formal exigiria a aplicação de uma regra exclusivamente pelo fato de que uma decisão já foi tomada previamente por um órgão estatal no exercício de sua competência decisória, independentemente do seu conteúdo.

É justamente para proteger a decisão tomada mediante a positivação de uma regra por um órgão estatal – que pode integrar o Legislativo, o Executivo e até mesmo o Judiciário – e assegurar a sua competência decisória que se inclui no sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que fundamenta o seu conteúdo um *terceiro princípio*,³¹⁷ que a sustenta a formalmente. Não fosse a inclusão desse princípio formal, que, segundo Robert Alexy, garante a existência autônoma do direito infraconstitucional,³¹⁸ a decisão tomada com a positivação da regra seria dispensável e supérflua,³¹⁹ bastando a ponderação entre os princípios colidentes, que já integrariam a ordem jurídica.³²⁰

³¹⁶ Entendimento distinto parece ser o de Virgílio Afonso da Silva, que interpreta a proposição de Robert Alexy da seguinte forma: “Quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.” Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 52.

³¹⁷ É possível que esse sopesamento envolva mais de três princípios, pois tanto pode haver a colisão entre um regra e mais de um princípio, como o conteúdo normativo de uma regra pode ser fundamentado por mais de um princípio.

³¹⁸ Cf. Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, p. 231.

³¹⁹ Cf. Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, p. 231; Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e s., n. 24

³²⁰ Esta afirmação parte do pressuposto de que uma regra cujo conteúdo normativo contraria um princípio só é válida quando for decorrente de um outro princípio, também integrante do ordenamento jurídico.

A inclusão de um princípio formal no sopesamento entre princípios materiais ressalta o caráter acessório dessas razões de autoridade, que não são suficientes para justificar a restrição a um direito material, devendo-se a elas, segundo Robert Alexy, “ser sempre acrescentada uma razão que se baseie em um princípio material.”³²¹ Como resume Martin Borowski, princípios formais “não possuem, por si próprios, a força necessária para prevalecer sobre princípios materiais”.³²²

Ainda que a necessidade de associação entre um princípio formal e um princípio material, que Martin Borowski chama de “lei da combinação”, não decorra da estrutura dos princípios formais,³²³ ou seja, ainda que haja princípios formais que possam ser aplicados isoladamente, essa hipótese não parece fazer sentido quando se analisa a função desempenhada por esta espécie de normas na solução do conflito entre um princípio e uma regra.

Para que decisões tomadas previamente por determinados agentes estatais sejam mais resistentes ao controle judicial do que os princípios que lhes fundamentam, é necessário que haja algum tipo de consideração referente à segurança jurídica e à garantia da competência decisória desses órgãos normativos, *além desses próprios princípios*, que assim como os princípios formais também fornecem razões para a aplicação da regra. A utilização de princípios formais para a solução do conflito entre um princípio e uma regra pressupõe, portanto, sua combinação com o princípio que fundamenta o conteúdo desta norma.

³²¹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 431. Segundo Alexy, “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios formais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais. Isso pode ser chamado de “lei da conexão”. A lei da conexão faz com que fique claro por que é fácil levar os princípios formais *ad absurdum* quando eles são contrapostos de forma isolada aos princípios materiais.” Robert Alexy, “Posfácio”, p. 625.

³²² Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, p. 19.

³²³ Segundo Martin Borowski, haveria princípios formais de “primeira ordem” ou “princípios formais independentes”, que ao contrário dos princípios formais analisados nesse capítulo, não exigiriam uma vinculação *prima facie* a uma decisão tomada com base em um sopesamento anterior. É impossível, no entanto, estabelecer o que seriam esses princípios formais independentes, pois, além de defini-los por meio da negação dos chamados “princípios formais dependentes”, Borowski utiliza como exemplos de “princípios formais independentes” normas que poderiam ser classificadas como princípios materiais, como a liberdade religiosa, a liberdade de consciência e a a liberdade do legislador para a definição de objetivos. Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, pp. 31-33.

6.3.2. O sopesamento entre um princípio formal e um princípio material

Esse não é, no entanto, um entendimento pacífico entre os adeptos da teoria dos princípios. Há quem defenda a possibilidade de realização de um sopesamento que contraponha um princípio material a um princípio formal exclusivamente, sem associá-lo a outro princípio material. Esse é o caso de Matthias Klatt³²⁴ e de Marius Raabe³²⁵, que, para resolver as situações de divergência entre os órgãos judiciais e normativos quanto à possibilidade de restringir direitos fundamentais com base em premissas incertas, recorrem ao sopesamento entre o princípio que é restringido e o princípio formal que fundamentaria a competência decisória do órgão normativo para decidir em casos de dúvida.

Este raciocínio parte do pressuposto de que “a proteção de direitos fundamentais, no que concerne à utilização de premissas empíricas, exige *prima facie* que as restrições a direitos fundamentais sejam fundamentadas apenas com base em premissas que, de – acordo com o conhecimento humano – sejam consideradas verdadeiras. Nos casos em que essa veracidade não é clara, especialmente nos casos em que há divergências entre especialistas ou nos quais as projeções são duvidosas, o direito fundamental exige *prima facie* que se adote a premissa que promova ao máximo sua realização, minimizando a margem de restrição do Poder Legislativo.”³²⁶

Por outro lado, em virtude da sua representatividade democrática, o Legislador também gozaria *prima facie* da prerrogativa de adotar aquela premissa que melhor atendesse aos seus interesses.³²⁷ Diante de uma situação duvidosa, seria possível, portanto, que o direito fundamental demandasse a adoção de um determinado entendimento, enquanto o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado prescrevesse a adoção do posicionamento contrário.³²⁸ Sendo ambas exigências *prima-facie*, haveria a necessidade de um sopesamento para determinar qual posicionamento acerca de uma premissa duvidosa deveria prevalecer no caso concreto: o que fundamentaria a posição do legislador ou o que levaria à maior realização do direito fundamental.

³²⁴ Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion”, p. 519.

³²⁵ Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“ in Christoph Grabenwarter *et al.* (Hrsg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien: Richard Boorberg, 1994, p. 97-98.

³²⁶ Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“, p. 97.

³²⁷ Essa proteção também poderia ser estendida a um órgão regulador em razão de sua capacidade técnica.

³²⁸ Raciocínio semelhante é defendido por Robert Alexy. Cf. Robert Alexy, “Posfácio”, p. 614-617.

Um exemplo dessa situação ocorreria, por exemplo, no caso das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, cuja contribuição para o desenvolvimento de terapias e tratamentos para patologias e enfermidades humanas é incerta. Como as pesquisas ainda não foram realizadas, não há como se posicionar com segurança sobre o seu potencial terapêutico, que foi assumido como verdadeiro pelo Congresso Nacional para fundamentar o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que autorizou a realização de pesquisas com células-tronco extraídas de embriões humanos.

Segundo o modelo defendido por Marius Raabe e Matthias Klatt, assim como a opção por esse prognóstico seria protegida pelo princípio formal da competência decisória do legislador, a adoção da posição contrária seria exigida pelo direito à vida, cuja proteção definitiva seria maior, caso o potencial terapêutico das pesquisas realizadas com células embrionárias humanas fosse tido como inexistente. Na linha desse entendimento, seria necessário, portanto, um sopesamento entre o direito à vida e o princípio formal que garante a competência do legislador para que se determinasse qual dessas projeções deveria ser utilizada no controle de constitucionalidade do referido dispositivo normativo.

Embora o problema enfrentado por Raabe e Klatt seja distinto do que é analisado nesse trabalho, é conveniente analisar a estrutura do sopesamento proposto por estes autores, sobretudo para que se tenha mais clareza sobre o papel que pode ser desempenhado pelos princípios formais, cuja função parece ser superestimada neste modelo de ponderação.

A causa desse problema não seria a adoção de um conceito distinto de princípio formal,³²⁹ mas a identificação equivocada dos princípios que devem ser sopesados. Ao contrário do que defendem Klatt e Raabe, a utilização de premissas incertas para fundamentar a restrição a um direito não é justificada apenas pelo princípio formal que assegura a competência decisória do órgão que adotou a medida restritiva, mas também pelo direito fundamental que é promovido com sua adoção.

No exemplo da lei brasileira que autoriza a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, deveriam ser sopesados não apenas o direito à vida e o princípio formal que garante a competência decisória ao legislador, mas também o direito à saúde, que, segundo a lógica defendida por Raabe e Klatt, por ser um direito fundamental também

³²⁹ Tanto Marius Raabe, quanto Matthias Klatt utilizam um conceito de princípio formal compatível com aquele apresentado anteriormente. Cf. Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“, p. 90; Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion”, pp. 518-519.

exigiria *prima facie* a adoção da projeção que promovesse na maior medida possível a sua realização, no caso em questão, a premissa de que as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas poderiam contribuir para o desenvolvimento de curas e tratamentos para enfermidades. Nesse cenário, o princípio formal atuaria como um peso extra, aumentando a importância da realização do direito à saúde no caso concreto pelo fato de o legislador, que é democraticamente eleito, ter assumido uma posição favorável à sua realização.

Como se percebe, embora a finalidade do sopesamento seja distinta,³³⁰ o papel desempenhado pelo princípio formal no modelo proposto por Marius Raabe e Matthias Klatt é muito semelhante àquele que é defendido pelos autores que sugerem a inclusão desse tipo de norma no sopesamento entre princípios materiais para solucionar o conflito entre um princípio e uma regra. Nas duas situações os princípios formais apresentam-se como razões adicionais aos princípios materiais, que exigem *prima facie* a manutenção de uma medida restritiva de direitos fundamentais adotada por um determinado órgão estatal no exercício de sua competência decisória, *desde que essa medida promova a realização de um outro direito fundamental*.

Esta condicionante é essencial para compreender o papel dos princípios formais, que não têm força para, por si só, restringir direitos fundamentais, nem para afastar a sua proteção do âmbito do controle judicial. Não faz sentido restringir um direito apenas para que o legislador, ou qualquer outro órgão normativo, exerça a sua competência decisória. Por mais democraticamente legitimado ou tecnicamente capacitado que um órgão possa ser, ele não está autorizado a editar normas que restrinjam direitos e princípios materiais apenas para exercer a sua autoridade. É necessário que o exercício de sua competência decisória tenha como objetivo a promoção de algum interesse legítimo, de algum princípio material.

É por esta razão que os princípios formais, compreendidos como razões de autoridade que “fundamentam uma vinculação principial, logo não estrita, ao resultado de um procedimento prévio”,³³¹ não podem ser sopesados isoladamente com princípios materiais colidentes. Eles devem necessariamente ser associados a um princípio material pois, como

³³⁰ No caso de Raabe e Klatt pretende-se definir qual das projeções incertas deve orientar o controle de constitucionalidade, enquanto no sopesamento analisado no tópico anterior o objetivo é definir se uma regra que restringe um direito fundamental visando à promoção de outro deve ser revista ou mantida no controle de constitucionalidade.

³³¹ Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“, p. 90

afirma Jan Sieckmann, quando há restrição a direitos fundamentais “a limitação à competência do Poder Judiciário não pode ser fundamentada meramente com base em argumentos funcionais, mas deve ter como base algum direito constitucional.”³³²

Assim, a menos que a vinculação exigida pelos princípios formais seja fundamentada por argumentos relacionados a princípios materiais, e não meramente com razões relacionadas ao exercício de autoridade, – o que, além de ser questionável do ponto de vista estrutural,³³³ não se dá no caso de Marius Raabe e Matthias Klatt³³⁴ – não há como justificar o recurso a um sopesamento entre um princípio material e um princípio formal exclusivamente, seja para decidir acerca da utilização de uma premissa incerteza, seja para fundamentar a manutenção ou a revisão de uma regra.

Embora a combinação de princípios materiais e formais seja criticada por Marius Raabe por não permitir a diferenciação entre a concessão de uma margem de discricionariedade a um órgão normativo e o aumento da sua competência para restrição de direitos fundamentais,³³⁵ a alternativa proposta com o sopesamento entre um princípio formal e um princípio material também não evita este problema.

Afinal, argumentos que promovem a realização de um direito fundamental – e, conseqüentemente, justificam a restrição de direitos colidentes – e argumentos que justificam a garantia de um âmbito de discricionariedade continuam a ser combinados para uma mesma finalidade, pois ignorar que um órgão estatal *também* promove a realização de direitos quando a exerce sua competência decisória não evita os problemas causados pela cumulação entre princípios materiais e formais. Apenas permite que ela se dê de forma implícita.

³³² Jan Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung”, p. 398.

³³³ Se os princípios formais fundamentassem a vinculação a uma decisão não apenas por aspectos autoritativos ou procedimentais, mas também em face do seu conteúdo normativo, assim como ocorre com os princípios materiais, haveria um prejuízo não apenas para a diferenciação entre esses dois tipos de princípios, mas principalmente, para a reconstrução da argumentação jurídica com recurso a esses elementos.

³³⁴ Como visto anteriormente, os dois autores adotam um conceito de princípio formal incompatível com uma vinculação que se fundamenta no conteúdo da decisão tomada por um determinado órgão estatal.

³³⁵ Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag”, p. 94. Essa crítica será analisada de forma mais detalhada no tópico seguinte.

6.3.3. O modelo de concepções concorrentes de interpretação da constituição

A preocupação em diferenciar o reconhecimento de uma margem de discricionariedade a um determinado agente estatal, em virtude da sua representatividade ou de sua capacidade técnica, de uma justificativa para a restrição de direitos fundamentais também se faz presente na terceira proposta de interação entre princípios formais e princípios materiais: o “modelo de concepções concorrentes de interpretação da constituição”, defendido por Jan Sieckmann.³³⁶

Este modelo parte da idéia de que intérpretes diferentes poderiam, com base no sopesamento dos mesmos princípios constitucionais, chegar a resultados distintos, que, diante da inexistência de uma resposta objetivamente válida, deveriam ser tidos como vinculantes *prima facie*, por serem considerados verdadeiros e válidos por cada um desses intérpretes.³³⁷

Transposto à relação entre o órgão editou uma regra questionada judicialmente e o órgão que realiza este controle, esse raciocínio fundamenta a idéia de que, tendo como base os mesmos princípios constitucionais, diferentes agentes estatais poderiam defender posicionamentos divergentes com relação ao que deveria ser admitido como válido perante uma ordem constitucional. Não sendo possível estabelecer uma solução objetiva para este tipo de controvérsia,³³⁸ cada uma dessas concepções divergentes sobre a interpretação e aplicação da constituição deveria, a princípio, ser considerada vinculante. Assim, a decisão final sobre qual dessas concepções concorrentes deveria prevalecer só seria possível com o recurso a um sopesamento que considerasse a importância de cada uma delas diante das condições do caso concreto.

O modelo desenvolvido por Jan Sieckmann pressupõe a distinção entre o que o autor chama de “compreensão própria do direito” e “compreensão do direito sob influência de compreensões e de decisões de terceiros”, admitindo que um decisor julgue um caso concreto de acordo com a sua compreensão do direito sob influência das compreensões e

³³⁶ Cf. Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pp. 162-164; Jan Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung“, p. 398-404; Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, pp. 200-204.

³³⁷ Jan Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung“, p. 399.

³³⁸ Sieckmann entende que a argumentação jurídica não pode ser fundamentada objetivamente. Cf. Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 101-116, 200.

das decisões de terceiros, mesmo que essa decisão não corresponda a sua própria compreensão do direito³³⁹. Isso se daria, por exemplo, em virtude de precedentes judiciais ou de deferência à atuação dos demais Poderes.

Segundo Jan Sieckmann:

“O dever de julgar conforme sua própria compreensão do direito não é estrito, mas vale como um princípio. (...) Também deve ser compreendido como um princípio o dever de considerar a compreensão do direito de alguns sujeitos específicos. A colisão desse princípio com o princípio que fundamenta a independência do julgador para decidir conforme a sua própria compreensão do direito pode em alguns casos ter como resultado a preponderância do primeiro, em outros a preponderância do segundo princípio ou ainda situações em que ambos tenham pesos iguais. Consequentemente pode existir o dever de julgar em conformidade com uma compreensão do direito conhecida previamente, o dever de julgar segundo sua própria compreensão do direito ou a liberdade aplicar qualquer uma delas.”³⁴⁰

A base do modelo desenvolvido por Jan Sieckmann seria, portanto, o sopesamento entre essas concepções jurídicas concorrentes, cuja exigibilidade *prima facie* seria representada por meio dos princípios formais que fundamentariam a autoridade para interpretar a constituição tanto do órgão que editou a regra questionada, como também do órgão que realiza o controle judicial. Isso não significa, no entanto, que a decisão final seria tomada apenas com a consideração de princípios formais,³⁴¹ pois, como cada uma das concepções concorrentes representaria um resultado distinto para uma colisão entre princípios materiais, a solução do problema demandaria também um sopesamento entre princípios materiais.

O “modelo de concepções concorrentes” envolveria, desse modo, dois níveis distintos de sopesamentos: um composto exclusivamente por princípios materiais, cujos resultados corresponderiam às chamadas “concepções jurídicas concorrentes”, e um composto

³³⁹ Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 159. Essa distinção é criticada por Marius Raabe, que com base na pretensão de objetividade na aplicação do direito, refuta a idéia de que o aplicador do direito poderia ter uma compreensão própria do direito que não levasse em consideração compreensões e decisões de terceiros quando elas fossem vinculantes. Cf. Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“, p. 92.

³⁴⁰ Jan Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 159.

³⁴¹ Entendimento divergente é sustentado por Virgílio Afonso da Silva. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 156 e s. Para uma réplica de Jan Sieckmann, cf. Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 204.

exclusivamente pelos princípios formais que sustentariam a autoridade dessas concepções, cujo resultado determinaria “quem deve possuir a competência para decidir sobre a questão em sopesamento, e nesse sentido, qual das concepções concorrentes de interpretação da constituição deve ser seguida.”³⁴²

A relação entre esses sopesamentos não seria exclusivamente de subordinação do nível dos princípios materiais ao nível dos princípios formais, pois a decisão sobre qual autoridade teria sua compreensão do direito definitivamente aplicada poderia ser influenciada pelo conflito entre princípios materiais em questão, como nos casos de restrições intensas aos direitos fundamentais, que, segundo Sieckmann, tenderiam a justificar a prevalência do controle judicial em detrimento da competência decisória do legislador.³⁴³

No entendimento de Sieckmann, a previsão de dois níveis distintos e mutuamente influentes de sopesamento – um relacionado à definição de qual autoridade deveria ser competente para ter a última palavra sobre uma determinada questão constitucional, outro voltado à determinação de qual deveria ser esta resposta – possibilitaria uma reconstrução mais precisa dos problemas enfrentados pela jurisdição constitucional que, muitas vezes, são idênticos aos suscitados pelo conflito entre um princípio e uma regra.³⁴⁴

O modelo de concepções concorrentes de interpretação da constituição pretende deixar claro que o exercício da jurisdição constitucional demanda não apenas a fundamentação daquela que, no entendimento do julgador, seria a solução mais compatível com a Constituição, mas também da própria autoridade deste órgão para revisar decisões tomadas por outros agentes estatais, que muitas vezes são mais representativos ou possuem maior capacidade técnica e instrumental para a solução de um determinado problema.

É justamente para afastar o problema da confusão entre essas duas dimensões da decisão, que não podem ser identificadas com clareza quando princípios formais e materiais são envolvidos em um mesmo sopesamento, que Sieckmann propõe um modelo composto por dois níveis de sopesamento. O nível dos princípios formais tem objetivo de definir o agente competente para estabelecer uma solução para o problema em questão, enquanto o nível dos princípios materiais pretende determinar o conteúdo desta resposta estatal.

³⁴² Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte“, p. 59.

³⁴³ Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 204.

³⁴⁴ As exceções seriam os casos de colisões entre princípios, de conflito entre regras e de conflito entre princípios constitucionais e regras constitucionais, princípios infraconstitucionais e regras constitucionais, princípios infraconstitucionais e regras infraconstitucionais.

Assim como Marius Raabe,³⁴⁵ Jan Sieckmann entende que, se estivessem situados no mesmo nível dos princípios materiais, os argumentos relacionados à autoridade desempenhariam a mesma função desses direitos, atuando como razões para a restrição de direitos materiais.³⁴⁶ Isso seria problemático, pois o fato de um órgão mais representativo ou tecnicamente mais especializado ter uma concepção diferente daquela que é defendida por quem realiza o controle de constitucionalidade não deveria ser considerado com uma razão para que um direito fosse restringido, mas, sim, para que fosse conferida a este órgão a competência para ter a última palavra sobre a controvérsia em questão.

Jan Sieckmann admite, portanto, que, em algumas situações, o órgão que realiza o controle judicial de constitucionalidade tenha que reconhecer a constitucionalidade de decisões tomadas por outros Poderes, mesmo que o seu conteúdo não seja compatível com aquela que, no entendimento deste órgão julgador, seria a proteção devida a um direito fundamental. Quando a concepção do órgão normativo fosse divergente e prevalescesse sobre a concepção do órgão julgador, a definição do que seria proibido, permitido ou obrigatório em virtude dos direitos fundamentais ficaria a cargo de quem adotou a medida controlada e não de quem realiza o controle judicial.³⁴⁷ Nesse cenário, os argumentos que sustentariam a autoridade do órgão normativo não atuariam como razões para a intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, mas para a definição do que deveria ser protegido.

Essa possibilidade, no entanto, é rechaçada por Robert Alexy, que a afasta por temer o enfraquecimento da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Segundo Alexy:

“Se em todos os casos fosse facultado ao legislador decidir, como juiz em causa própria, aquilo que os direitos fundamentais obrigam, proíbem ou facultam em relação a si mesmo, não seria mais possível falar em uma vinculação real – ou seja, controlável – aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não teriam nenhuma normatividade jurídica que pudesse ser levada a sério. Uma faculdade assim extensa, que equivaleria a uma

³⁴⁵ Cf. nota 335.

³⁴⁶ Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte“, p. 58. Isso é admitido expressamente por Robert Alexy, que afirma que “o reconhecimento de uma competência legislativa para a avaliação de variáveis empíricas é, no que diz respeito ao seu resultado, equivalente ao reconhecimento de uma competência para restringir o direito fundamental.” Robert Alexy, “Posfácio“, p. 592.

³⁴⁷ Jan Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 208. Jan Sieckmann, „Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung“, pp. 407 e s..

discrecionalidade cognitiva normativa ilimitada, está fora de cogitação. Uma discrecionalidade cognitiva só deve ser levada em consideração em casos de incerteza.”³⁴⁸

Sem qualquer pretensão de adentrar o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, que transcenderia os limites desse trabalho, a contraposição entre esses posicionamentos tem o intuito de demonstrar que a divergência entre os modelos de sopesamento entre princípios formais e materiais propostos por Sieckmann e Alexy decorre de uma incompatibilidade entre a compreensão desses autores sobre os limites e a fundamentação do controle judicial de constitucionalidade.

Enquanto Alexy, defensor de uma concepção ampla da legitimidade discursiva da jurisdição constitucional,³⁴⁹ sustenta que, exceto em alguns de casos de incerteza quanto às premissas empíricas, o Tribunal Constitucional deveria ter a última palavra sobre o que é permitido, proibido ou obrigado em face da Constituição, Sieckmann, mais cético em relação à possibilidade de fundamentação objetiva de decisões envolvendo princípios constitucionais,³⁵⁰ entende que essa prevalência da jurisdição constitucional poderia ser mitigada em um número maior de situações.

Essa divergência justificaria tanto a previsão no modelo proposto por Sieckmann de um sopesamento para decidir qual concepção de interpretação da constituição deveria ser definitivamente aplicada, como também a sua ausência no modelo defendido por Alexy, que, exceto em algumas situações de incerteza com relação às premissas empíricas, considera como “fora de cogitação” a possibilidade de o legislador decidir o que deve ser considerado proibido, permitido ou obrigatório em face da constituição.³⁵¹

Assim, ainda que a utilização desses dois modelos de sopesamento possa levar às mesmas decisões quanto à precedência de uma regra ou de um princípio colidente, é possível afirmar, com base nessas considerações, que a estrutura do método desenvolvido por

³⁴⁸ Robert Alexy, “Posfácio”, pp. 620 e s.

³⁴⁹ No âmbito da teoria do discurso, Alexy defende a necessidade de um controle judicial constitucionalidade e a vinculação dos demais Poderes estatais às suas decisões, inclusive o Legislativo, com base em sua natureza argumentativa, que, desde que respeitadas algumas regras procedimentais, possibilitaria uma fundamentação para o direito mais próxima de uma concepção discursiva ideal. Cf. Robert Alexy, “Grundgesetz und Diskurstheorie” in Winfried Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetz aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1996, pp. 358-360.

³⁵⁰ Cf. Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte”, pp. 51-55.

³⁵¹ Segundo Alexy, “os princípios formais têm apenas o papel de participar da repartição de competências decisórias nos caso de incerteza presentes na relação entre os princípios materiais. Assim que a incerteza desaparece, eles também saem de cena. Isso exclui a possibilidade de que, diante de uma violação a um direito fundamental, um tribunal constitucional sustente que a concepção jurídica concorrente do legislador deve ser respeitada por razões formais.” Robert Alexy, “Posfácio”, p. 625.

Sieckmann possibilitaria, ao menos em tese, o reconhecimento explícito de uma esfera de discricionariedade aos órgãos normativos, que não seria admitida expressamente nos modelos caracterizados pela combinação de princípios formais e materiais no mesmo nível de sopesamento.

Enquanto no modelo das concepções concorrentes a justificativa para a precedência de uma regra sobre um princípio seria o reconhecimento da competência do órgão normativo para disciplinar a questão em julgamento, no modelo que combina princípios formais e materiais no mesmo nível de sopesamento, a regra seria mantida porque a realização do princípio colidente seria menos importante do que a satisfação dos princípios que fundamentariam a regra.

Os impactos institucionais da aplicação dos princípios formais podem, todavia, ser muito mais amplos e muito mais concretos do que uma eventual possibilidade de concessão explícita de discricionariedade a um determinado órgão normativo. Como pretenderei demonstrar nos tópicos seguintes, os princípios formais podem influenciar diretamente o grau de vinculação dos órgãos judiciais às decisões tomadas pelos demais Poderes e, conseqüentemente, a estabilidade e previsibilidade da aplicação do direito e a alocação de competência decisória entre os órgãos estatais.

6.4. A dimensão de peso dos princípios formais

Apesar das diferenças estruturais, apontadas nos tópicos anteriores, todas as propostas de interação entre princípios formais e materiais partem da premissa de que o controle judicial de decisões tomadas por outros agentes estatais não pode ser pautado exclusivamente pelas considerações do órgão judicial sobre a importância da realização dos direitos materiais para o caso concreto. Além dessas considerações “materiais”, que dizem respeito diretamente ao conteúdo da decisão questionada, há também razões “formais”, que embora não tenham relação direta com o conteúdo do ato que é objeto de controle, também devem influenciar a decisão judicial sobre a sua revisão ou manutenção.

Os modelos analisados nos tópicos anteriores podem admitir, portanto, que a representatividade democrática e o conhecimento técnico dos órgãos responsáveis pela

medida questionada, o grau de incerteza a respeito da matéria em julgamento e, até mesmo, a capacidade instrumental, técnica e representativa do julgador³⁵² tenham alguma influência sobre a aplicação do direito.

Diante da diversidade e da complexidade desse rol, seria demasiadamente simplista e equivocado atribuir a todos esses elementos a mesma importância, independentemente da situação em julgamento. Para que os fatores institucionais possam influenciar de forma adequada o grau de vinculação dos órgãos judiciais às decisões tomadas pelos demais agentes estatais, é necessário que os princípios formais, que instrumentalizam essas razões, tenham dimensão de peso, ou seja, que comportem graus distintos de realização, sendo mais ou menos importantes para aplicação do direito em cada caso concreto.

Embora seja pressuposta pela própria definição de princípios formais como normas que exigem que as decisões tomadas por uma autoridade ou mediante um determinado procedimento sejam respeitadas na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, a possibilidade de realização em graus distintos dos princípios formais é objeto de controvérsia.

Para alguns autores,³⁵³ a realização gradual dos princípios formais seria problemática, uma vez que, ao contrário dos princípios materiais, cujo peso é determinado pela importância da realização do bem jurídico tutelado, os princípios formais exigem a vinculação a uma decisão anterior independentemente de seu conteúdo. Diante da ausência desse parâmetro, não haveria como se falar em realização dos princípios formais em maior ou menor grau. As decisões submetidas ao controle judicial poderiam ser apenas respeitadas – e os princípios formais seriam realizados – ou não respeitadas – e os princípios formais não seriam realizados.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

³⁵² Isso fica explícito no modelo proposto por Jan Sieckmann, por meio da previsão de um princípio formal que fundamenta a aplicação definitiva da concepção de interpretação da constituição própria do órgão judicial. O nível de sopesamento entre princípios formais proposto no modelo das concepções concorrentes de interpretação da constituição consistiria, desse modo, em uma comparação entre a capacidade do órgão normativo e a capacidade do órgão jurisdicional para tomar uma decisão para o conflito de princípios em questão. O fato do modelo defendido por Sieckmann fazer menção explícita ao princípio formal que sustenta a autoridade do Poder Judiciário não indica que as demais propostas de interação entre princípios materiais e formais não permitam a consideração de elementos relacionados à capacidade técnica, representativa ou instrumental do Poder Judiciário, como será observado a seguir. Cf 6.4.2. Alocação de competência decisória..

³⁵³ Cf. Shu-Perng Hwang, “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 133 (2008), pp. 622 e s.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 157.

“Princípios formais são normas, cuja estrutura apresenta semelhanças com a estrutura das regras. Eles são de fato princípios, porque podem ser superados sem que isso implique sua exclusão do sistema. Eles assemelham-se, no entanto, às regras, pois, ao contrário dos princípios materiais, não podem ser realizados de forma mais ou menos intensa: Eles podem ser apenas realizados ou não realizados.”³⁵⁴

Essa aproximação entre princípios formais e regras, no entanto, ignora a distinção entre exigência *prima facie* e aplicação definitiva. O fato de decisões previamente tomadas, como precedentes judiciais ou regras positivadas pelo legislador, poderem ser apenas seguidas e respeitadas ou não seguidas e desrespeitadas, não impede que esse respeito possa ser exigido em graus distintos, ou seja, que *a vinculação às decisões possa se dar em maior ou em menor grau*. Não há, com relação a essa característica, diferença entre a estrutura dos princípios formais e materiais, que, apesar de serem exigidos na maior medida possível dentro das possibilidades do caso concretos, também podem ser apenas *definitivamente aplicados ou não aplicados*.

Essa semelhança pode ser observada de forma clara no exemplo do princípio material liberdade negativa, que assim como os princípios formais que fundamentam a autoridade de uma decisão, poderia ser considerada como uma norma que pode ser apenas observada ou não observada. No entanto, embora seja possível apenas ser ou não ser livre para fazer algo, é possível argumentar, como faz Robert Alexy, que a intensidade da restrição a esse direito “aumenta com a proibição das seguintes ações: alimentar pombas na praça do mercado; alimentar pombas na área urbana; alimentar animais na área urbana; aproximar-se de animais”.³⁵⁵

Essa lógica também é observada no caso dos princípios formais. Como a realização definitiva dessas normas não se confunde com a sua exigência *prima facie*, é possível identificar a dimensão de peso dos princípios formais, mesmo diante do caráter binário da sua satisfação. Apesar de ser possível apenas seguir ou não seguir um precedente judicial, a intensidade de vinculação aos precedentes aumenta de acordo com as seguintes ações: decidir apenas os casos idênticos da mesma forma; recorrer aos fundamentos comuns para o julgamento de casos semelhantes; argumentar sempre de forma coerente com as decisões anteriores.

³⁵⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 49.

³⁵⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 353.

Assim como se dá com os precedentes judiciais, o grau de vinculação a uma regra também pode variar diante das circunstâncias do caso concreto, ainda que, com relação à sua aplicação definitiva, as regras possam ser apenas consideradas válidas, o que exige a sua aplicação às situações que preenchem o seu suporte fático, ou inválidas, o que impede a sua aplicação a estas situações.³⁵⁶ Dizer que princípios, sejam eles materiais ou formais, têm dimensão de peso significa dizer que a sua aplicação definitiva é orientada pela importância da sua realização em face das circunstâncias do caso concreto.

A dimensão de peso é pressuposta pelos modelos de interação entre princípios formais e materiais analisados anteriormente,³⁵⁷ pois a variação do grau de vinculação às decisões que são objeto de controle judicial é determinada pelo peso do princípio formal, nos modelos que recorrem à inclusão de um único princípio formal no sopesamento, ou pela diferença entre o peso do princípio formal que sustenta a autoridade do órgão normativo e o peso do princípio formal que sustenta a autoridade do órgão judicial, no modelo das concepções concorrentes de interpretação da constituição.

Nos tópicos seguintes apresentarei alguns critérios que podem ser invocados para justificar uma vinculação maior ou menor às regras que são objeto de controle de constitucionalidade e que, por esta razão, poderiam orientar a solução do conflito entre um princípio e uma regra com base em cada um desses modelos. Não pretendo apresentar uma lista exaustiva dos elementos que podem influenciar a resistência de uma regra à revisão judicial, mas apenas analisar alguns critérios que têm sido apontados em trabalhos acadêmicos sobre princípios formais, superação de regras e concessão de deferência aos órgãos normativos, com intuito de ilustrar o raciocínio que orienta o desenvolvimento dos modelos de sopesamento analisados neste capítulo.

³⁵⁶ No controle abstrato de constitucionalidade não há, evidentemente, juízo sobre a aplicabilidade da norma questionada a uma situação concreta.

³⁵⁷ Entendo que todos os modelos de interação entre princípios materiais e formais analisados poderiam ser utilizados para a solução do conflito entre um princípio e uma regra. É importante ressaltar, no entanto, que o modelo defendido por Marius Raabe e Matthias Klatt, que contrapõe um princípio formal a um princípio material, foi desenvolvido para a solução de casos em que há incerteza com relação a premissas incertas, tendo como objetivo, portanto, a decisão sobre aplicação de um dos prognósticos incertos, e não sobre um conflito normativo. Nada impediria, no entanto, que esse mesmo tipo de raciocínio seja estendido ao conflito entre um princípio e uma regra, por meio da realização de um sopesamento entre o princípio formal que sustenta a autoridade da regra e o princípio material colidente. Essa hipótese, contudo, não afastaria as objeções à estrutura deste tipo sopesamento. Cf. 6.3.2. O sopesamento entre um princípio formal e um princípio material.

6.4.1. Segurança Jurídica

Defendida no quarto capítulo desse trabalho, a tese de que as regras devem possuir um grau de resistência à superação maior do que o dos princípios é justificada pelas “funções adicionais” desempenhadas por estas normas. Ao contrário dos princípios, as regras não apenas promovem a realização do bem jurídico tutelado, mas também tendem a preservar a competência decisória de agentes estatais e a estabilizar as expectativas dos seus destinatários com relação ao que é devido, fomentando a segurança jurídica.

Como o cumprimento dessas funções demanda um maior grau de resistência à superação por razões materiais exigidas por princípios colidentes, é natural, portanto, que a vinculação dos órgãos judiciais às regras seja orientada por essas finalidades, devendo variar de acordo com a importância da preservação da competência decisória de um determinado órgão estatal e garantia da segurança jurídica, que será analisada neste tópico.

Como é sustentado por Humberto Ávila, “a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para a sua interpretação.”³⁵⁸ No seu entendimento, esta relação estaria condicionada a dois fatores: a importância da segurança jurídica para a matéria veiculada pela regra e a importância do conteúdo normativo da regra para a promoção da segurança jurídica.³⁵⁹

O primeiro elemento estaria relacionado ao ramo do direito ao qual a regra pertence, por exemplo, o direito penal, o direito tributário ou o direito concorrencial, para os quais a segurança jurídica teria importância destacada, enquanto o segundo diria respeito à importância da regra para a promoção da segurança jurídica.

Assim, sob o prisma exclusivo da segurança jurídica, uma regra de direito penal que estabelecesse as penas máxima e mínima para um determinado crime deveria ser mais resistente à superação do que uma regra também de direito penal que autorizasse a cobrança de multa mediante desconto nos vencimentos do condenado. Embora as duas

³⁵⁸ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 118.

³⁵⁹ “A segurança jurídica será tanto mais importante, em primeiro lugar, quanto maior for o valor subjacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra. (...) Em segundo lugar, a segurança jurídica será tanto mais importante quanto maior for a vinculação de valor sobrejacente com o valor subjacente à regra. Isso surge quando o princípio da segurança jurídica é importante para o setor no qual a regra se insere e a finalidade subjacente à regra está relacionada com a promoção da segurança” Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 118.

normas pertencessem ao mesmo ramo do direito, o papel desempenhado por cada uma delas para a promoção da segurança jurídica seria distinto, sendo muito mais importante no caso da regra que estabeleceria os limites da pena.

6.4.1.1. Previsibilidade

Em muitos casos a importância da segurança jurídica para a interpretação de uma regra está diretamente relacionada à importância da previsibilidade para o objeto da regulação. Ao disciplinar situações de forma prévia, regras tendem a estabilizar as expectativas dos seus destinatários, orientando o seu comportamento. Essencial à normatividade do direito, essa função estabilizadora pode ser mais relevante para a disciplina de algumas relações do que para outras.³⁶⁰ Isso fica claro quando se comparam, por exemplo, regras que disciplinam investimentos financeiros e que regulam o tráfego de veículos.

É possível afirmar, desse modo, que a resistência de uma regra à superação deve ser tanto maior, quanto mais importante for a estabilização das expectativas dos seus destinatários, uma vez que a sua substituição por uma decisão judicial tomada *a posteriori* acarretaria um prejuízo mais significativo a essas situações do que àquelas em que a previsibilidade desempenha um papel menos relevante.³⁶¹

6.4.1.2. Igualdade entre os destinatários da regra

Além da estabilização de expectativas, que decorre do caráter prévio da positivação das regras, a noção de segurança jurídica também remete ao caráter geral dessas normas e, consequentemente, à prescrição de uma mesma consequência jurídica para todas as situações que preencham o seu suporte fático. A exemplo do que ocorre com a

³⁶⁰ Na linha desse entendimento, Paula Forgioni argumenta que o direito empresarial possui uma lógica peculiar, que se caracteriza, dentre outros aspectos, pela importância acentuada da previsibilidade, pois “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas.” Cf. Paula A. Forgioni, “A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro”, *Revista de Direito Mercantil* 130 (2003), pp. 12-14.

³⁶¹ Esse prejuízo poderia ser atenuado com a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, o que relativizaria a importância da aplicação da regra para estabilização de expectativas.

previsibilidade, a concessão de tratamento idêntico a todos os destinatários de uma regra pode se mostrar mais importante para algumas situações do que para outras.

A existência de competição entre os destinatários de uma regra, que se dá em disputas eleitorais, concursos públicos ou entre sociedades empresariais que atuam em mesmo setor econômico, tende a tornar a prescrição de tratamento idêntico aqueles que estão submetidos à sua disciplina mais necessária do que às situações em que não há concorrência, pois a concessão de um benefício a um dos concorrente implicaria uma vantagem competitiva, ocorrendo o contrário caso fosse prescrito um tratamento menos vantajoso.

Com intuito de evitar o surgimento dessas situações, a rigidez das regras à superação deve ser tanto maior, quanto mais a regulamentação em questão demandar a padronização, ou seja, quanto mais prejudicial à lógica do sistema for o tratamento diferenciado dos destinatários. Segundo Humberto Ávila:

“O grau de resistência da regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção de justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção de justiça para a maior parte dos casos.”³⁶²

Tratando-se de uma proteção ao caráter generalizante da regra, o aumento no seu grau de resistência à superação analisado neste tópico está condicionado ao alcance da decisão judicial, devendo ser inversamente proporcional à parcela dos destinatários afetados. Quanto mais restrito for o alcance da decisão, tanto maior deve ser a resistência da regra à superação, pois como, afirma Humberto Ávila, “a decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para a aplicação das regras em geral.”³⁶³

³⁶² Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 118.

³⁶³ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 119.

6.4.2. Alocação de competência decisória

A vinculação às regras não visa a proteger apenas a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade entre os destinatários de uma determinada regulamentação, mas também a permitir que os diversos órgãos estatais possam exercer sua competência decisória, determinando consequências jurídicas que deverão ser definitivamente aplicadas pelos órgãos judiciais às situações que preencherem o seu suporte fático.³⁶⁴ Não fossem as regras, a autonomia dos órgãos legislativos e executivos seria consideravelmente enfraquecida, pois suas decisões poderiam ser revistas pelo Poder Judiciário sempre que o julgador apontasse uma alternativa que, no seu entendimento, promovesse a máxima efetivação dos princípios constitucionais colidentes.

Nesse sentido, é possível afirmar que *uma regra deve ser tão mais resistente à superação por um princípio quanto maior for a importância de se preservar a competência decisória do órgão responsável pela sua positivação*.

Embora esta afirmação seja pouco controversa quando sustentada em termos gerais, a definição de critérios mais específicos a esse respeito é muito mais problemática, pois remete a questões relacionadas à definição do arranjo institucional e à legitimidade da jurisdição constitucional, cujo debate acadêmico é marcado por posicionamentos divergentes.

Como a análise dessas questões extrapolaria os limites e objeto desse trabalho, o exame de alguns critérios desenvolvidos na literatura jurídica sobre superação de regras que será realizado a seguir não tem a pretensão de avaliá-los quanto à sua correção ou adequação, tampouco de apresentar uma relação de todos os fatores relacionados à definição da competência decisória que podem influenciar a decisão sobre a superação de uma regra. A análise que será realizada nos sub-tópicos seguintes tem propósito eminentemente exemplificativo e terá como base aquelas que são apontadas por Alan David Patrick Brady como as duas categorias de justificativas para a discricionariedade de um órgão estatal: legitimidade democrática e competência institucional.³⁶⁵

³⁶⁴ Cf. Regras e Alocação de Competência Decisória, pp.53-57.

³⁶⁵ Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, pp. 125 e s.

Antes de se iniciar essa análise, é conveniente afirmar que a influência dos fatores que justificam a atribuição de competência decisória a um determinado órgão estatal sobre o grau de resistência de uma regra à superação é orientada por uma lógica um pouco distinta da que foi observada nos critérios relacionados à segurança jurídica. Como se verá a seguir, o grau de vinculação a uma regra não é diretamente influenciado por um fator isoladamente considerado, mas pela importância desse fator para justificar a competência do órgão que editou a regra *em relação* à importância desse fator para justificar a competência do órgão que realiza o controle judicial.

Uma regra não deverá ser tão mais resistente à superação quanto mais dotado de capacidade técnica for o órgão normativo, mas, sim, quanto maior for a diferença entre a capacidade técnica deste órgão e a do julgador, pois a “competência institucional é relativa”.³⁶⁶ Raciocínio idêntico deve ser observado em relação aos fatores relacionados à legitimidade democrática. Isso permite que elementos relacionados à capacidade técnica e à legitimidade democrática dos órgãos judiciais, e não apenas dos órgãos normativos, também possam ser considerados na decisão sobre a precedência de um princípio ou de uma regra colidentes.

6.4.2.1. Capacidade técnica

Na linha do que foi desenvolvido no tópico anterior, Alan David Patrick Brady e Murray Hunt afirmam que a capacidade técnica de um órgão normativo deve ser considerada sempre em relação à expertise do julgador para apreciar a questão em julgamento.³⁶⁷ Segundo esses autores, a decisão sobre a revisão judicial de uma regra deve considerar não apenas os conhecimentos técnicos e científicos do agente que elaborou esta norma, mas também a aptidão do órgão julgador, que pode atenuar a importância da legitimidade

³⁶⁶ Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 135, 241. No mesmo sentido, cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 353.

³⁶⁷ Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 79, 303; Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 353

técnica do órgão normativo para a decisão entre a precedência da regra ou do princípio colidente.³⁶⁸

Embora se pressuma que os corpos legislativos e principalmente os agentes reguladores ligados ao Poder Executivo sejam mais aptos para lidar com problemas que demandam conhecimentos específicos, pode haver situações nas quais o julgador demonstre maior capacidade para elaborar um prognóstico adequado com relação à questão regulamentada. Nesses casos excepcionais, o argumento da legitimidade técnica não justificaria a resistência da regra à superação, mas a revisão dessa norma, caso o órgão judicial assim entendesse.

Essa situação poderia ser observada, por exemplo, no julgamento da ADPF 54, cujo objeto é proibição da interrupção das gestações de fetos com anencefalia, decorrente dos artigos 124 a 126 do Código Penal, que criminaliza todas as formas de interrupção da gestação, exceto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. Considerando que este diploma normativo foi decretado em 1940, quando o acesso à informação e às técnicas de diagnóstico de anencefalia era muito mais restrito, seria possível argumentar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo um órgão judicial, teria mais capacidade técnica para decidir sobre a questão, com base no conhecimento obtido para instrução do processo, que contou, inclusive, com a realização de uma audiência pública.

É importante destacar que, da mesma forma com que as considerações sobre a capacidade técnica do legislador ou de uma agência reguladora não podem ser isoladamente consideradas, nem aferidas em abstrato, eventuais esforços instrutórios realizados em sede judicial, como audiências públicas e perícias, não excluem a necessidade de apreciação da expertise dos órgãos normativos, nem devem ser tomados em termos potenciais.³⁶⁹ Como

³⁶⁸ Alan David Patrick Brady afirma que a eventual expertise do órgão julgador com relação uma determinada matéria reduz o grau de deferência que deve ser concedido a quem elaborou a regra. Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 135.

³⁶⁹ Como defendi em outro trabalho, as audiências públicas, apesar de contribuir para a tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal provendo de maneira didática e concisa informações técnicas específicas envolvidas na questão levada a julgamento e, de certo modo, constringendo os ministros a buscar, ainda que por outras fontes, estas informações, parecem ser superestimadas como instrumento de legitimação técnica e, até mesmo representativa, do tribunal, uma vez que o seu aproveitamento para a fundamentação das decisões pode não ser pleno. Isso foi observado decisão da ADI 3510-0, sobre a constitucionalidade da utilização de embriões humanos para pesquisas sobre células-troncos, cuja fundamentação técnica, em alguns momentos, não encontrou amparo nos depoimentos dos especialistas, chegando até mesmo a contrariá-los. Cf. Rafael Bellem de Lima, “Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade: A representação técnica das

afirma Alan David Patrick Brady, “não se deve presumir que certos organismos são bons em certas coisas, na ausência de provas.”³⁷⁰.

Considerando que a regulamentação de algumas questões pode demandar maior capacidade técnica do que outras – o que não se restringe ao domínio de conhecimento científico, abrangendo também a aptidão para identificar prioridades e gerenciar recursos escassos³⁷¹ – é fundamental destacar que a importância da alocação de competência decisória para o órgão tecnicamente mais capacitado não está condicionada exclusivamente à relação entre a expertise do órgão que editou a medida que é objeto de controle e do órgão judicial. É necessário que se considere também o quão importante é o domínio de capacidades específicas para disciplinar a matéria em questão.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que *a resistência de uma regra à superação deve ser tanto maior, quanto maior for a importância da preservação da competência decisória do órgão responsável pela sua elaboração*. Essa variável não depende apenas da relação entre a capacidade técnica do órgão normativo e do julgador, mas também da legitimidade democrática desses agentes, como será analisado no tópico a seguir.

6.4.2.2. Legitimidade Democrática

Como foi afirmado anteriormente, a importância da legitimidade democrática também pode variar de acordo com a questão em julgamento e deve ser aferida sempre comparativamente, ou seja, considerando-se não apenas o caráter democrático do órgão que elaborou a regra, mas também do órgão que realiza o controle judicial. Essas duas características fazem com que a influência da capacidade técnica e da legitimidade

partes no caso das pesquisas com células-tronco” in Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paula Gorzoni, Rodrigo Pagani de Souza (org.), *Jurisdição Constitucional no Brasil*, no prelo.

³⁷⁰ Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 132. Segundo o autor, os tribunais devem se mostrar sensíveis ao grau de expertise que foi efetivamente demonstrado na tomada de decisão, não devem ser deferentes à atuação de uma instituição apenas porque ela possui um certo nível geral de competência técnica. Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 179.

³⁷¹ Esse ponto é fundamental para a atuação do Poder Judiciário nos conflitos de justiça distributiva, sobretudo na efetivação de direitos econômicos e sociais.

democrática no grau de resistência das regras seja orientada pela mesma lógica³⁷², ainda que os fatores que tenham que ser levados em consideração e o peso de cada uma desses atributos para a determinação do grau de resistência das regras ao sopesamento sejam distintos.

Embora o caráter representativo decorrente do modo de investidura no cargo dos membros dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo seja provavelmente o elemento mais associado à discussão sobre a legitimidade democrática para a superação de regras,³⁷³ é importante destacar que outros fatores também podem ser relevantes para essa decisão, como a participação dos grupos afetados no processo decisório,³⁷⁴ especialmente quando esses grupos são sub-representados politicamente,³⁷⁵ a permeabilidade dos decisores e dos julgadores aos interesses populares³⁷⁶ e a possibilidade de acompanhamento e de controle do processo decisório.³⁷⁷

Esses aspectos institucionais e procedimentais relacionados à atuação tanto dos órgãos normativos, como também do próprio Poder Judiciário, devem ser compreendidos, sempre que possível, em face da sua efetiva contribuição para a legitimidade democrática desses agentes estatais, ao invés de serem assumidos de forma hipotética e generalizante.³⁷⁸ Não se deve considerar que a atuação dos órgãos compostos por membros eleitos é sempre mais legítima do que a atividade jurisdicional, nem se deve assumir que a eventual participação

³⁷² A importância da legitimidade democrática e da capacidade técnica de um órgão para a regulamentação de uma questão poderia ser representada pelo produto da importância desses atributos para a matéria em julgamento pela legitimidade relativa desse órgão em relação à instituição concorrente – o julgador no caso do órgão normativo, ou o contrário.

³⁷³ Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, pp. 125 e s.

³⁷⁴ Laura Clérico defende que: “Quanto mais ampla for a discussão no contexto do procedimento democrático acerca da justificação da solução da tensão entre os direitos e/ou bens constitucionais coletivos em conflito, e quanto mais se garantir a possibilidade de participação real e igualitária dos afetados na discussão da decisão majoritária, tanto mais alto é *prima facie* o peso do argumento do respeito à decisão do legislador democraticamente eleito. Por outro lado, quanto menor for a discussão e as possibilidades reais de participação, tanto menor será o peso do argumento do respeito à decisão do legislador eleito democraticamente.” Cf. Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, pp. 226 e s. No mesmo sentido, cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 351.

³⁷⁵ Cf. Marcos Paulo Veríssimo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*, pp. 224-227.

³⁷⁶ Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 185.

³⁷⁷ Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 130; Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 351 e 354.

³⁷⁸ Esse tipo de posicionamento é assumido, por exemplo, por Alan David Patrick Brady, ao afirmar que “mais deferência é devida a um ato do parlamento do que a uma decisão executiva.” Cf. Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 239.

de *amici curiae* ou a realização de audiências públicas sejam suficientes para suprir a dificuldade anti-majoritária do controle judicial de constitucionalidade em quaisquer situações.³⁷⁹

Além disso, cabe destacar que a importância de cada um desses fatores pode estar condicionada à questão em julgamento. No caso de regras que impõem restrições aos interesses de grupos sub-representados politicamente, a legitimidade democrática do controle exercido pelo Poder Judiciário tenderia a ser fortalecida pela sua atuação na intermediação do poder político.³⁸⁰ Por outro lado, a definição de questões controversas³⁸¹, a escolha entre medidas paritárias³⁸² e os casos de incerteza³⁸³ evidenciariam a importância de elementos representativos, na medida em que a possibilidade de justificação argumentativa da tomada de decisão cederia espaço à escolha discricionária.

Diante da diversidade e da complexidade dos elementos relacionados à legitimidade democrática da atividade normativa e do controle judicial, cuja análise extrapolaria os limites desse trabalho, cabe afirmar, ainda que de forma genérica, que, com relação à legitimidade democrática, o grau de resistência de uma regra ao sopesamento pode ser influenciado por múltiplos fatores e que deve ser tão mais intenso, quanto mais importante for a preservação da competência decisória do órgão que elaborou a norma que é objeto do controle judicial.

³⁷⁹ Para uma análise crítica sobre a contribuição da audiência pública para a legitimidade democrática da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510-0, cf. Rafael Bellem de Lima, “Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade: A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-tronco”, no prelo.

³⁸⁰ Cf. Marcos Paulo Verissimo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*, pp. 225-229.

³⁸¹ Cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 353; Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, pp. 178-180.

³⁸² Utilizando o conceito de paridade para definir a relação entre situações em que uma não pode ser considerada melhor do que a outra, embora também não se possa considerá-las iguais, Virgílio Afonso da Silva, afirma que: “*Quanto mais difícil de ser resolvida por meio da argumentação se mostra a relação de paridade que sustenta um âmbito de discricionariedade, tanto maior é o peso do princípio formal que lhe corresponde.*” Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 184-199.

³⁸³ Para Robert Alexy, Martin Borowski e Julian Rivers, a relação entre a dificuldade para o estabelecimento de prognósticos seguros quanto à efetividade das medidas que restringem direitos fundamentais estaria condicionada ao grau da intervenção no âmbito de proteção do direito limitado, por meio da chamada lei epistêmica do sopesamento, que teria o seguinte enunciado: “Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” Cf. Robert Alexy, Posfácio, pp. 616-622; Martin Borowski, “Die Bindung an Festsetzung des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung” in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 115; Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, pp. 185-187.

6.5. Considerações sobre modelos em desenvolvimento

Como pode ser observado nos tópicos anteriores,³⁸⁴ a inclusão de princípios formais no sopesamento entre princípios materiais evidencia a existência de pontos de intersecção entre uma proposta de distinção estrutural das normas jurídicas entre princípios e regras e os debates relacionados à definição do arranjo institucional e à legitimidade do Poder.

Nesse contexto, os princípios formais poderiam atuar como uma porta de entrada para que questionamentos e teses desenvolvidos no âmbito do direito constitucional e da ciência política pudessem ter uma influência maior nas considerações sobre a estrutura e o modo de aplicação das normas jurídicas, para cujo desenvolvimento têm sido pouco explorados. O reconhecimento de que a argumentação sobre o grau de realização e de restrição dos direitos não é suficiente para que se decida pela aplicação de um princípio ou de uma regra colidentes está diretamente relacionado à interação entre esses âmbitos distintos.

Como é apontado por Murray Hunt no debate britânico sobre o controle judicial da atividade normativa, diversos são os fatores que podem se mostrar relevantes para que se determine se, e em que medida, o Poder Judiciário deve ser deferente às decisões tomadas por órgãos reguladores e legislativos. Segundo Hunt, “deferência não é uma questão de submissão ao processo democrático de tomada de decisões em áreas políticas que estão sob sua responsabilidade, mas algo que tem de ser conquistado pelo decisor primário, em um grau que depende de uma variedade de fatores que a corte deve sopesar cuidadosamente para chegar à decisão global sobre o grau de respeito que é merecido.”³⁸⁵

Os modelos de interação entre princípios formais e materiais analisados neste capítulo pretendem justamente estruturar o sopesamento entre os múltiplos fatores que podem ser relevantes, mas que não possuem força suficiente para, por si só, determinar ou afastar a possibilidade de superação de uma regra.³⁸⁶ Essas propostas têm como principal característica uma preocupação analítica acentuada com relação à estrutura e ao modo de

³⁸⁴ Ressalto, mais uma vez, que, com o objetivo de facilitar a compreensão da idéia de variação de peso dos princípios formais, a análise realizada nos tópicos anteriores não tem a pretensão de realizar uma análise exaustiva e detalhada dos fatores que podem influenciar o grau de superação de uma regra, nem da relação entre esses elementos, o que extrapolaria o escopo desse trabalho.

³⁸⁵ Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 361.

³⁸⁶ Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 222; Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’”, p. 353.

interação entre esses elementos, que não se observa nos trabalhos voltados à análise do arranjo institucional ou da legitimidade do controle judicial.

A ênfase no desenvolvimento da estrutura do sopesamento é contraposta pelo plano secundário ao quais elementos essenciais à aplicação prática desses modelos têm sido relegados, tais como a identificação dos critérios que influenciam o grau de vinculação às regras e a relação entre esses elementos e o grau de realização dos princípios materiais e à possibilidade de comparação entre essas razões,³⁸⁷ que, com algumas exceções,³⁸⁸ não são analisados de forma detalhada em trabalhos sobre a teoria dos princípios. Como reconhece Jan Sieckmann, essas dificuldades prejudicam a operacionalidade desses modelos de sopesamento e podem ser apontadas como pontos problemáticos da teoria dos princípios.³⁸⁹

É importante reconhecer, no entanto, que mesmo demandando o aperfeiçoamento desses aspectos ainda não trabalhados, as propostas de interação entre princípios formais e materiais analisadas neste capítulo podem trazer contribuições de grande importância para as discussões sobre o controle judicial da atividade normativa e a superação de regras.

O primeiro ponto positivo dessa abordagem consiste no reconhecimento de que a argumentação centrada exclusivamente em considerações sobre o grau de realização de princípios e direitos materiais é insuficiente para orientar a revisão ou a manutenção de regras, cuja positivação, além de fixar relações de precedência entre princípios colidentes, atende a finalidades adicionais, estabilizando expectativas, promovendo a igualdade formal

³⁸⁷ Embora a incomensurabilidade entre as razões formais e razões materiais seja utilizada por Shu-Perng Hwang para rechaçar o recurso aos princípios formais, não me parece que esse seja um problema decorra exclusivamente da comparação entre espécies diferentes de princípios, como o autor sustenta, nem mesmo que ele tenha sido potencializado por esse fator, já que, mesmo o sopesamento entre princípios materiais demanda a comparação entre direitos que não podem ser aferidos com base em uma medida comum, demandando, segundo Robert Alexy, um parâmetro de comparação como “a importância para a Constituição”, que também poderia ser utilizado para a comparação entre princípios formais e materiais. Cf. Shu-Perng Hwang, “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume”, pp. 622 e s.; Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, p. 442. Sobre a possibilidade de comparação entre objetos incomensuráveis, em especial sobre o sopesamento de princípios, cf. Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), pp. 1-29.

³⁸⁸ Entre as exceções podem ser apontadas a chamada “segunda lei do sopesamento”, que orienta a relação entre a incerteza quanto às premissas empíricas que embasam uma restrição a direito fundamental e o grau de intervenção no âmbito de proteção do direito restringido e a identificação de alguns critérios que influenciariam o grau de vinculação às decisões tomadas pelos órgãos normativos, como o grau de paridade entre as alternativas possíveis e a participação dos afetados no processo de tomada de decisão. Cf. notas de rodapé 383, 382 e 374, respectivamente.

³⁸⁹ A tradução para o português do título do artigo no qual Sieckmann faz essa observação seria “Problemas da Teoria dos Princípios dos Direitos Fundamentais”. Cf. Jan Sieckmann, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte”, p. 59.

entre seus destinatários e assegurando o exercício de competência decisória pelos órgãos normativos.

Considerando que a importância dessas funções pode variar em virtude da matéria que está sendo regulada e de características institucionais e procedimentais tanto do órgão normativo, como também do órgão que realiza o controle judicial, é fundamental que esses aspectos possam ser apreciados no momento de se decidir pela aplicação de uma regra ou de um princípio colidente. Esse é o objetivo principal da inclusão de princípios formais no sopesamento entre princípios materiais: possibilitar que os elementos que conferem às regras um grau de resistência à superação maior do que o dos princípios possam ser considerados de modo *gradual*, ou seja, de acordo com a importância de se proteger a segurança jurídica e a competência decisória do órgão que elaborou a regra.

A relevância desses elementos seria determinante para a atribuição de peso ao princípio que sustenta a regra formalmente nos modelos que defendem a inclusão um princípio formal como “peso extra” no sopesamento entre o princípio que colide com a regra e o princípio que a fundamenta. Quanto mais importante fosse a preservação da segurança jurídica e da competência decisória do órgão que elaborou a regra, tanto maior seria a resistência dessa norma à superação e, conseqüentemente, tanto maior seria o peso do princípio que sustenta a regra formalmente.

Esse raciocínio evitaria, por exemplo, que a revisão judicial de regras elaboradas por autoridades diferentes e em contextos totalmente distintos, como as que regulariam os casos de criminalização da interrupção da gestação de fetos anencéfalos citados como exemplo anteriormente, demandasse o mesmo esforço argumentativo do órgão que realiza o controle judicial de constitucionalidade, como ocorreria caso fosse aplicado o exame de proporcionalidade.

Embora as duas situações demandassem o sopesamento dos mesmos princípios materiais, o peso do princípio formal que sustentaria a regra seria muito maior no sopesamento realizado para a revisão da lei penal fictícia – positivada por um órgão representativamente eleito, que, ciente da possibilidade de diagnóstico e da pequena expectativa da vida extra-uterina dos fetos com anencefalia, decidiu mesmo assim criminalizar expressamente a interrupção de suas gestações – do que no sopesamento que orientaria a revisão da lei penal vigente atualmente no Brasil – elaborada pelo Poder Executivo Federal, que sem

conhecimento sobre as possibilidades de diagnóstico e sobre a vida extra-uterina dos fetos anencéfalos, criminalizou o aborto de forma genérica, exceptuando exclusivamente as hipóteses de estupro e de risco à vida da gestante.

O raciocínio seria mais complexo no modelo de concepções concorrentes de interpretação da constituição, proposto por Jan Sieckmann, pois os argumentos que justificariam o controle judicial seriam contrapostos aos argumentos que justificariam a competência do órgão normativo para regular a questão em julgamento, para que, sob a influência das soluções materiais prescritas por cada um desses agentes, fosse determinada qual concepção de interpretação da constituição deveria prevalecer: a do próprio órgão judicial, que implicaria a superação da regra, ou a do órgão judicial sob a influência da concepção do legislador, que corresponderia à manutenção desta norma.

Apesar da sua complexidade, a utilização desse modelo também evitaria que os dois casos de criminalização do aborto de fetos anencéfalos mencionados no exemplo anterior demandassem o mesmo tipo de justificação, pois a diferença entre o peso do princípio formal que justificaria a manutenção da regra e o peso do princípio formal que autorizaria a revisão judicial seria muito maior na situação hipotética do que na hipótese da regra atualmente vigente.³⁹⁰

Além de reconhecer a insuficiência das considerações sobre o grau de realização e de restrição de princípios materiais para justificar a revisão judicial de regras e de possibilitar que a influência dos demais fatores sobre esse controle também se dê de acordo com a sua importância para o caso concreto, as propostas de interação entre princípios formais e materiais analisadas nesse capítulo têm o mérito de fazê-lo de forma *explícita*, direcionando claramente os esforços de justificação para as razões que devem fazer com que a vinculação à regra – e, desse modo, à atuação dos órgãos normativos – seja maior ou menor.

Ao contrário do que se observa em técnicas de revisão de atos normativos mais difundidas, como a razoabilidade e o próprio o exame de proporcionalidade, o recurso aos princípios formais impõe a consideração *necessária* dos argumentos que justificam tanto a

³⁹⁰ Ainda que a estrutura e os elementos integrantes de cada um desses modelos sejam distintos, é muito provável que os resultados obtidos por meio da utilização de ambos sejam idênticos. Isso poderia ser explicado pela forma de atribuição de peso à importância de realização da regra, que no modelo proposto por Sieckmann se daria por meio da realização explícita um sopesamento entre princípios formais, que, ao que parece, seria realizado de modo implícito no modelo que defende a inclusão de um único princípio formal.

manutenção da competência decisória dos órgãos normativos, como também a atuação revisora dos órgãos judiciais. Estimulando a argumentação sobre estes fatores, a inclusão de princípios formais no sopesamento poderia cumprir um papel que não é exercido por métodos que propõem que a superação de regras se dê em situações anômalas, excepcionais, não razoáveis ou, ainda, em casos de inconstitucionalidade, mas que não oferecem bases claras para identificação dessas condições.

Embora possa parecer ser contra-intuitivo, o condicionamento da revisão de uma regra a um juízo sobre a importância da preservação da competência decisória do órgão que foi responsável pela sua elaboração não diminui necessariamente a resistência dessa norma à superação, mas pode, inclusive, aumentá-la, pois exige que o órgão que realiza o controle judicial fundamente a prevalência da sua atuação, em face de considerações sobre a segurança jurídica e a legitimidade democrática e técnica.

Ao condicionar a superação de regras a uma decisão que considere fatores como a importância da previsibilidade, da igualdade entre os destinatários da regra para a matéria regulada e dos elementos que conferem capacidade técnica e legitimidade democrática ao órgão normativo e ao próprio julgador, os modelos que sustentam a inclusão de princípios formais no sopesamento podem oferecer critérios mais precisos, consistentes e confiáveis para definir as hipóteses de imprevisão, anomalia, excepcionalidade, irrazoabilidade e, mesmo de inconstitucionalidade, que tem sido utilizadas para autorizar a superação de regras.

A eventual substituição desses parâmetros tradicionais, cujo caráter vago compromete o desenvolvimento de premissas de comunicação intersubjetiva entre os Poderes estatais e a própria comunidade, por modelos de interação entre princípios materiais e formais semelhantes aos apresentados nesse capítulo não tornaria a aplicação do direito necessariamente mais casuística, nem mais suscetível à atuação dos órgãos judiciais. A superação de regras continuaria a ser excepcional e a ocorrer apenas em situações anômalas e extraordinárias, que passariam a ser definidas como aquelas nas quais a realização de princípios constitucionais pelo Poder Judiciário fosse mais importante do que a realização dos princípios que motivariam a decisão de um outro órgão estatal e das razões que fundamentariam a vinculação a essa decisão, como a segurança jurídica e a preservação da competência decisória desses agentes.

Como a influência dos princípios formais sobre o sopesamento de direitos estaria condicionada à importância da preservação da competência decisória do órgão cuja decisão é objeto de controle, os modelos analisados nesse capítulo poderiam ser aplicados indiscriminadamente e não apenas quando se entendesse, de antemão, que o Poder Judiciário deveria ser deferente à atuação dos demais Poderes Legislativo.

Isso poderia atenuar um problema recorrente na fundamentação das decisões sobre a revisão judicial de atos normativos, cuja discussão, de acordo Alan David Patrick Brady, é dominada por argumentos gerais sobre o escopo de atuação do Poder Judiciário e o seu papel institucional em relação ao poder dos demais órgãos governamentais.³⁹¹ Uma consequência dessa abordagem generalizante seria a definição de áreas de atuação reservadas a cada um desses órgãos estatais, que poderiam exercer sua competência decisória de forma discricionária e independente da interferência dos demais Poderes.³⁹²

Segundo Murray Hunt, o resultado dessa prática seria a tentativa de compreensão e, conseqüentemente, de redução dos diversos questionamentos suscitados pela relação entre os Poderes estatais a um juízo sobre a justiciabilidade ou não justiciabilidade da matéria em julgamento.³⁹³ Em outras palavras, tudo se resolveria quando se determinasse se o Poder Judiciário poderia revisar a regulamentação adotada por um órgão estatal e adotar aquela que, no seu entendimento, seria a melhor solução para o caso em questão, ou se não teria competência e legitimidade para a realização desse controle, devendo optar pela manutenção da regra questionada.

Haveria uma dissociação entre o juízo sobre a compatibilidade do conteúdo de ato normativo com a Constituição – definido livre e exclusivamente pelo órgão judicial – e o juízo sobre a competência para a realização do controle judicial – realizado com base na

³⁹¹ Cf. Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 309. Cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, pp. 344-346.

³⁹² Segundo Alan David Patrick Brady, esse fenômeno corresponde à criação de “metáforas espaciais”, que se baseiam na premissa de que a proteção de direitos exigiria a demarcação de áreas de atuação reservadas para os diferentes agentes estatais, “estabelecendo dois ‘espaços’ separados e opostos: um espaço para os direitos humanos (como protegidos pelos tribunais) e um outro espaço para a autonomia governamental.” Alan David Patrick Brady, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, p. 15. Para críticas à chamada “abordagem especial”, cf. Cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, pp. 346-349.

³⁹³ Cf. Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, p. 351

natureza da atuação de cada Poder estatal e de seus respectivos limites imanentes³⁹⁴ – que seria prejudicial ao diálogo institucional e ao desenvolvimento da noção de deferência judicial como algo que “exige que os juízes atentem de forma respeitosa às razões que são apresentadas pelos decisores primários para justificar uma decisão particular”,³⁹⁵ mas que não implica a sua submissão aos Poderes Legislativo e Executivo.³⁹⁶

Os modelos de interação entre princípios formais e materiais analisados nesse capítulo poderiam minimizar esses problemas, pois conciliariam esses dois juízos em um processo único de tomada de decisão, exigindo que os argumentos sobre o grau de realização dos princípios materiais e as razões relacionadas à definição de competência decisória e à segurança jurídica fossem avaliados de forma conjugada e em face das circunstâncias do caso concreto.

Não há dúvidas de que a efetivação dessas potenciais contribuições demandaria o desenvolvimento de diversos aspectos essenciais à aplicação prática desses modelos, que, como foi apontado anteriormente, ainda não foram explorados pelos adeptos da teoria dos princípios. Mas é importante reconhecer que a simples idéia de que a decisão sobre a revisão judicial de uma regra não está condicionada apenas ao grau de realização de princípios materiais, mas também por argumentos relacionados à alocação da competência decisória e à segurança jurídica, cuja importância pode variar de acordo com a situação em julgamento, pode representar um primeiro passo para o desenvolvimento de um modelo de aplicação do direito mais transparente e vocacionado ao diálogo institucional.

³⁹⁴ A utilização do termo limites imanentes faz referência à idéia de que a definição dos limites do âmbito de atuação de cada órgão estatal seria algo interno a ele, não sendo definida nem influenciada por aspectos externos, como, por exemplo, a atuação dos demais agentes estatais. Essa noção é semelhante a idéia de limites imanentes dos direitos fundamentais. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 128.

³⁹⁵ Murray Hunt, “Sovereignty’s Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, 352.

³⁹⁶ Segundo Julian Rivers: “Deferência incorpora outros órgãos não judiciais à determinação do conteúdo definitivo dos direitos da Convenção [Européia de Direitos Humanos]. Ela não implica necessariamente a subordinação da corte a esses órgãos, mas tem como base a competência institucional.” (Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, p. 192). Críticas à postura pouco deferente do Supremo Tribunal Federal são feitas por Oscar Vilhena Vieira, que conceitua deferência como “a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito. O que não significa omissão, mas, sim, o estabelecimento de claros parâmetros de separação de poderes, em que o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica.” Cf. Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, p. 452.

Conclusão

Como procurei demonstrar ao longo desse trabalho, a distinção entre princípios e regras proposta por Robert Alexy é uma teoria estrutural que tem como função principal o desenvolvimento de parâmetros que possam orientar a argumentação jurídica e, conseqüentemente, a aplicação do direito. Há, portanto, uma ênfase clara na estrutura da argumentação e não no teor dos argumentos utilizados, ou em outras palavras, naquilo sobre o que se deve argumentar e não no conteúdo dos argumentos que devem ser apresentados.

É isso o que se observa quando ela prescreve a necessidade de aplicação do princípio que tem maior peso diante das condições do caso concreto, mas não diz nada sobre o peso abstrato de princípios como a liberdade de expressão ou o direito à intimidade ou mesmo quando determina que existem normas que podem ser sopesadas e normas que devem ser aplicadas por meio de subsunção, mas deixa a classificação de uma norma como princípio ou regra a cargo do intérprete.

Essa observação é pressuposta para a formação de um juízo sobre a influência da distinção entre princípios e regras na otimização de direitos fundamentais por meio da adjudicação, na concentração de competência decisória nos órgãos judiciais em detrimento dos demais Poderes e na aplicação casuística do direito, pois deixa claro que os eventuais impactos da teoria dos princípios sobre esses três fenômenos devem estar diretamente relacionados aos ônus argumentativos que ela estabelece, sobretudo aos que são prescritos para a solução do conflito entre um princípio e uma regra.

Cada uma dessas espécies normativas possui uma estrutura e uma forma de aplicação próprias, que têm implicações práticas concretas, pois tendem a interferir no âmbito de discricionariedade de quem interpreta e aplica o direito e, conseqüentemente, no momento

e na titularidade de quem decide sobre aquilo que deve ser exigido de forma definitiva. Regras tendem a restringir a discricionariedade do intérprete e a favorecer as definições prévias e abstratas tomadas por órgãos normativos, enquanto princípios tendem a conferir maior liberdade a quem aplica o direito, privilegiando a atuação de órgãos judiciais que decidem com base nas circunstâncias dos casos em julgamento.

É justamente por estabelecer ônus argumentativos distintos, que podem facilitar ou dificultar a superação de regras por princípios colidentes, que as diferentes propostas de resolução do conflito entre um princípio e uma regra podem influenciar a extensão e a intensidade do controle judicial da atividade normativa, interferindo de forma variada tanto na margem de conformação e na estabilidade das decisões tomadas pelos órgãos normativos, como também na possibilidade de revisão judicial de suas decisões e, desse modo, de sua substituição por medidas que, no entendimento dos julgadores, promoveriam a máxima realização dos princípios constitucionais.

Adotado por alguns autores e bastante difundido na prática jurídica brasileira, o recurso ao sopesamento entre o princípio que colide com uma regra e o princípio que fundamentaria o conteúdo desta regra³⁹⁷ é, provavelmente, o método que possibilita o mais alto grau de ingerência judicial sobre a atuação dos demais Poderes. Ainda que seja orientado por parâmetros argumentativos consistentes e que não tenha como resultados preferências e cedências generalizantes, mas relações de precedência condicionadas bem fundamentadas, esse tipo de sopesamento permite que um juiz supere uma regra positivada por um órgão normativo sempre que entender que há um princípio cuja realização seja mais importante diante das circunstâncias do caso concreto.

Resultados opostos seriam pretendidos pelos autores que encararam este conflito normativo como meramente aparente, defendendo que a relação entre essas espécies de norma seria de simples restrição, pois as regras limitariam o âmbito das possibilidades jurídicas de realização dos princípios.³⁹⁸ Entranto, como uma precedência absoluta das regras levaria, em algumas situações, a consequências extremamente indesejadas³⁹⁹, a tese da simples restrição à realização dos princípios acaba sendo inevitavelmente relativizada

³⁹⁷ Cf. 4.2. Regras como um produto de um sopesamento de princípios.

³⁹⁸ Cf. 3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente.

³⁹⁹ Como a impossibilidade de realização do controle de constitucionalidade nos casos de restrição a princípios constitucionais ou de argumentação *contra legem* em situações imprevistas ou nos casos de injustiça legal. Cf. . 3.2. Relação de restrição: uma solução apenas aparente.

por esses autores, que admitem, por exemplo, a superação de regras e, conseqüentemente, a prevalência de princípios em casos imprevistos, excepcionais, injustos, imorais, anômalos, ou em situações de inconstitucionalidade.

Embora sejam imprescindíveis quando se compreende a relação entre um princípio e uma regra como de simples restrição, essas possibilidades de flexibilização da precedência absoluta das regras são orientadas por critérios excessivamente vagos, que impossibilitam o controle intersubjetivo da fundamentação e conferem um amplo grau de discricionariedade do controle judicial. Além disso, é possível questionar a própria adequação desses critérios às finalidades pretendidas com sua adoção, pois nem todas as situações excepcionais, anômalas ou imprevistas dão ensejo à superação de regras, assim como a realização do controle de constitucionalidade não restringe necessariamente a superação das regras às situações excepcionais.

No entanto, nenhuma dessas formas de solução decorre lógica ou necessariamente das definições de princípio e de regra desenvolvidas pela teoria dos princípios. Ao contrário do que é sustentado em alguns estudos teóricos e, até mesmo, na fundamentação de decisões judiciais, esses métodos são incompatíveis com as bases metodológicas e, principalmente, como a lógica substancial que orienta a distinção das normas jurídicas conforme a estrutura do conteúdo do seu dever ser, que é exigido *prima-facie*, no caso dos princípios, e definitivamente, no caso das regras.

Ao determinar que as regras devem ser realizadas na exata medida de sua prescrição, nem em maior, nem em menor grau, a teoria dos princípios visa a impedir a relativização daquilo que foi determinado com a positivação dessas normas, o que tende a assegurar a autonomia de órgãos normativos que pretendem harmonizar e concretizar as normas constitucionais colidentes, por meio da elaboração de regras gerais e abstratas.

Regras tendem, portanto, a estabilizar as expectativas dos seus destinatários com relação ao que é devido, fomentando a segurança jurídica, e a preservar a competência decisória de agentes estatais que, muitas vezes, são mais representativos ou tecnicamente mais capacitados para decidir sobre a melhor forma de concretizar os princípios constitucionais do que os órgãos judiciais que aplicam o direito ao caso concreto. Para que essas finalidades possam ser alcançadas, é necessário que as regras sejam mais resistentes à superação por meio de decisões judiciais individuais do que os princípios, que são normas

que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ao contrário do sustentam muitos críticos, essa resistência à superação não é necessariamente negada, nem ignorada pelos adeptos teoria dos princípios. É isso o que se percebe quando se analisam o exame de proporcionalidade e a inclusão de princípios formais no sopesamento entre princípios materiais, que são os métodos de solução do conflito entre princípio e regra adotados pelos adeptos a teoria dos princípios.

Diferentemente do que tem sido observado de forma cada vez mais frequente em trabalhos teóricos e na prática jurídica brasileira, o exame de proporcionalidade, na forma com que é defendido pelos adeptos da teoria dos princípios, apresenta uma estrutura ordenada e bem definida, não sendo apenas um recurso retórico ou um *topos*, mas um método de interpretação e aplicação do direito que define parâmetros para o controle judicial de medidas restritivas (i) que não promovem a realização de interesses legítimos, (ii) que são mais restritivas que alternativas igualmente eficientes ou (iii) que são fundamentadas por interesses cuja importância da realização não justifica a intensidade das limitações impostas aos direitos e interesses atingidos.

Essas são as únicas circunstâncias nas quais a aplicação do exame de proporcionalidade autoriza a revisão de uma regra que impõe uma restrição a um princípio. Diferentemente do que é sustentado tanto por críticos, como também por alguns defensores do exame de proporcionalidade, os testes de necessidade, de adequação e de proporcionalidade em sentido estrito não demandam a escolha das medidas mais adequadas, mais necessárias, mais proporcionais, nem daquelas que levem à realização máxima dos princípios colidentes no caso concreto.

O exame de proporcionalidade não se confunde, portanto, com o sopesamento de princípios, nem deve substituí-lo. Eles cumprem papéis distintos. Enquanto o sopesamento de princípios deve ser utilizado para *fundamentar a escolha pela medida* que promove o maior grau possível de realização dos princípios colidentes em face das circunstâncias do caso concreto, o exame de proporcionalidade deve ser utilizado para *fundamentar o controle judicial de uma medida adotada previamente por um órgão normativo*, que deve ser revista apenas se for considerada desproporcional e não quando não corresponder

àquela que, no entendimento do órgão julgador, seria a melhor solução para um determinado conflito de princípios.

Em virtude dessa diferença fundamental o controle judicial realizado por meio do exame de proporcionalidade tende a ser não apenas menos discricionário do que ele seria caso fosse realizado o sopesamento entre os princípios envolvidos no caso concreto, mas também a apresentar um menor grau de ingerência sobre a atividade normativa, pois a estrutura de suas etapas confere ao órgão que editou a regra a prerrogativa de determinar um patamar mínimo de realização dos interesses colidentes, o que impede a substituição da medida testada por alternativas que promovam o interesse estatal com menor intensidade ou que sejam mais restritivas, ainda que o órgão julgador as considerem mais adequadas, convenientes ou eficientes.

É possível concluir, com base nessas diferenças, que a opção pelo exame de proporcionalidade implica uma restrição à possibilidade de otimizar princípios constitucionais por meio da adjudicação, já que a possibilidade de um órgão judicial superar uma regra para adotar a medida que, no seu entendimento, otimizaria os princípios colidentes é temperada, e nessa medida atenuada, pela necessidade de preservar a estabilidade à ordem jurídica e de promover um certo equilíbrio entre os Poderes estatais.

Orientada exclusivamente pelo grau de realização e de restrição dos direitos envolvidos, a tentativa de conciliar segurança jurídica, otimização de princípios e autonomia dos órgãos normativos levada a cabo por meio do exame de proporcionalidade pode se mostrar insuficiente e inadequada para a revisão judicial da atividade normativa, que, além de definir o grau de realização de princípios colidentes, cumpre outras funções essenciais, possibilitando o exercício de competência decisória pelos órgãos normativos, estabilizando expectativas e promovendo a igualdade formal entre os seus destinatários.

Além de diferenciar as regras dos princípios, o reconhecimento de que a positivação de regras cumpre esses diversos propósitos e não serve apenas para definir o grau de promoção de direitos e princípios materiais, também pode evidenciar *diferenças entre regras*. Considerando que a resistência das regras à superação por razões materiais decorre justamentamente do cumprimento dessas funções, cuja importância pode variar conforme o caso em julgamento, fica claro, portanto, que o grau de vinculação às regras não deve ser fixo. Há regras mais resistentes e regras menos resistentes à revisão judicial.

Pautando-se exclusivamente pelo grau de realização e de restrição dos direitos afetados, a estrutura do exame de proporcionalidade não comporta essa diferenciação. Essa deficiência poderia ser suprida, se o grau de vinculação às decisões tomadas pelos órgãos normativos pudesse variar de acordo com as condições do caso em julgamento. É justamente esse o objetivo dos chamados princípios formais, cujas hipóteses de interação com os princípios materiais foram analisadas no capítulo anterior.

Estes modelos, no entanto, encontram-se em desenvolvimento, havendo ainda muitas dúvidas sobre a melhor forma de realizar o sopesamento envolvendo princípios formais e princípios materiais, de relacionar o peso desses dois tipos de princípios e de graduar o grau de vinculação às decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Embora comprometam a aplicação prática das propostas de interação entre princípios formais e materiais, essas dificuldades não impedem que se reconheça que esses métodos podem contribuir de forma significativa tanto para o debate sobre a superação de regras, como também para o exercício da jurisdição constitucional, na medida em que direcionariam os esforços argumentativos para as razões que justificariam as variações no grau de vinculação a uma regra e, nesse sentido, à autoridade dos órgãos normativos.

As propostas de interação entre princípios formais e princípios materiais poderiam estimular o debate sobre os fatores que levariam à maior vinculação a uma decisão estatal e que, por outro lado, justificariam uma esfera de revisão judicial mais ampla, suprimindo uma deficiência que pode ser observada tanto em decisões judiciais e trabalhos teóricos que não oferecem nenhum parâmetro para a superação de regras, como também naqueles que justificam a superação de regras em casos anômalos, excepcionais ou não razoáveis e não desenvolvem parâmetros para a identificação dessas situações.

O caráter excepcional da superação das regras não se justifica *per se*, mas decorre do importante papel que as estas normas cumprem para a segurança jurídica e a alocação da competência decisória entre os diferentes órgãos estatais. Se na maioria dos casos essas razões têm peso suficiente para justificar que a superação de regras se dê de forma excepcional – e poucos discordariam disso – a inclusão de princípios formais no sopesamento não tornaria a superação de regras mais frequente. Ela continuaria a ser excepcional e a ocorrer apenas em circunstâncias anômalas, que, no entanto, poderiam ser justificadas com o auxílio de parâmetros que permitiriam o maior controle intersubjetivo. Excepcionais e anômalas seriam, portanto, as situações nas quais a satisfação dos

princípios materiais restringidos por uma regra fosse mais importante não apenas do que a realização dos princípios que fundamentam o conteúdo dessa regra, mas também do que as razões que tornariam essa norma vinculante, como a segurança jurídica e a preservação da competência decisória do órgão que elaborou esta regra.

É possível concluir, com base nessas observações, que, mesmo demandando o desenvolvimento de aspectos essenciais à sua aplicação prática, os modelos de interação entre princípios formais e materiais desenvolvidos no âmbito da teoria dos princípios não facilitariam a superação de regras, nem tornariam a aplicação do direito mais propensa ao casuismo e à concentração de poder decisório nos órgãos judiciais. Eles apenas identificariam e organizariam ônus argumentativos, apontando os elementos que deveriam ser considerados numa decisão judicial, bem como os fatores e relações que deveriam orientar a sua fundamentação.

Não se pode afirmar, no entanto, que uma dessas formas de solução para o conflito entre um princípio e uma regra seja inerentemente superior à outra. Embora os parâmetros argumentativos mais claros e definidos decorrentes do exame de proporcionalidade possam levar a resultados menos precisos e, até mesmo indesejados, que poderiam ser evitados pelo sopesamento entre princípios formais e materiais, não há garantias de que a utilização desse método leve a decisões mais adequadas, principalmente quando são consideradas sua abstração e complexidade.

A despeito dessas diferenças, esses métodos de solução para o conflito entre um princípio e uma regra têm uma característica comum: conferem às regras um grau de resistência à superação maior que o dos princípios, que se justifica não apenas em face das definições de princípio e de regra adotadas pela teoria dos princípios, mas, principalmente, das funções que essas normas cumprem.

Ressaltando, mais uma vez uma vez, que a influência de uma teoria estrutural, como a distinção entre princípios e regras analisada nesse trabalho, sobre a alocação de competência decisória entre os Poderes estatais, a estabilidade na aplicação do direito e a otimização de direitos fundamentais por meio da adjudicação está condicionada exclusivamente pelos ônus argumentativos que ela impõe à superação de atos normativos gerais e abstratos por meio de decisões que tenham como fundamento a efetivação de princípios constitucionais, concluo este trabalho afirmando que o papel desempenhado pela

teoria dos princípios é muito mais equilibrado do que sugerem tanto alguns de seus seguidores, como também grande parte de seus críticos. Ela não permite que decisões judiciais afastem regras para promover a realização de princípios naquela que, segundo os julgadores, seria a maior medida possível diante das condições do caso concreto, mas também não estimula a desconsideração da atividade normativa pelos órgãos judiciais, nem a aplicação casuística do direito.

Bibliografia

- Alexy, Robert, "Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung", *ARSP Beiheft* 100 (2005), 47-66.
- _____, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4 Aufl., Freiburg / München: Karl Alber, 2005.
- _____, "Die Gewichtsformell" in Joachim Jickeli / Peter Kreutz / Dieter Reuter. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003, 771-792.
- _____, "Die Konstruktion der Grundrechte" in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, 9-19.
- _____, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen" in Robert Alexy / Hans-Joachim Koch / Lothar Kuhlen / Helmut Rübmann. (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2003, 9-35.
- _____, "Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as Moral Judgment*", *Ratio Juris* 19 (2006), 169-179.
- _____, "Grundgesetz und Diskurstheorie" in Winfried Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetz aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1996, 343-360.
- _____, "Ideales Sollen", in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, 21-38.
- _____, "My Philosophy of Law: The Institutionalization of Reason" in Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht: Kluwer, 1999, 23-45.
- _____, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16 (2003) 443-449.

- _____, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris* 21 (2008), 281-299.
- _____, “Pós-fácio” in Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, 575-627.
- _____, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *ARSP* 25 (1985), 13-29.
- _____, “Rechtssystem und praktische Vernunft” in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, 213-231.
- _____, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2 Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____, “Two or Three?” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, *ARSP Beiheft* 119 (2010), pp. 9-18.
- _____, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, *VVDStRL* 61 (2002), 8-30.
- _____, “Zum Begriff des Rechtsprinzips“ *Rechtstheorie Beiheft* 1 (1979), 59-87.
- _____, “Zum Struktur der Rechtsprinzipien“ in Bernd Schilcher / Peter Koller / Bernd-Christian Funk. (Hrsg), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich, 2000, 31-52.
- Allan, T.R.S. “Human Rights and Judicial Review: a critique of ‘Due Deference’”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 671-695.
- Almeida, Fernanda Dias Menezes de, “As Imunidades Parlamentares na Constituição Brasileira de 1988”, *Anuário Português de Direito Constitucional* 3 (2003), 87-110.
- Ávila, Humberto, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999), 151-179.
- _____, “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 17 (2009), 1-19.
- _____, *Teoria dos Princípios*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- Bäcker, Carsten, “Rules, Principles and Defeasibility” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, *ARSP Beiheft* 119 (2010), 79-91.

- Bamforth, Nicholas, “Courts in a Multi-Layered Constitution” in Nicholas Bamforth e Peter Leyland (ed.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart, 2003, 277-293.
- Barcellos, Ana Paula de *Ponderação Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- Barcellos, Ana Paula de / Barroso, Luís Roberto, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, 232 (2003), 141-176.
- Barros, Suzana Toledo de *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- Barroso, Luís Roberto, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” in Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, 331-346.
- _____, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 9 (2007), 1-40.
- _____, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 23 (1998), 65-78.
- Bernal Pulido, Carlos, “On Alexy’s Weight Formula” in Agustín J. Menéndez / Erik O. Eriksen (ed.), *Fundamental Rights through Discourse: On Robert Alexy’s Legal Theory*, Oslo: ARENA, 2004, 129-140.
- Bix, Brian, “H. L. A. Hart and the ‘Open Texture’ of Language” in Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon, 1993, pp. 7-35.
- Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico* (tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos), 10 ed, Brasília: UNB, 1999.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“ in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, 159-199.
- Borowski, Martin, “Die Bindung an Festsetzung des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung” in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, 99-128.
- _____, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2007.

- _____, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), 19-36.
- Brady, Alan David Patrick, *A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998*, London: tese de doutorado (London School of Economics and Political Science), 2009.
- Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- Bustamante, Thomas, , *Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____, “Principios, Reglas y Derrotabilidad” in Pablo Raúl Bonorino Ramírez (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid: Bubok, 2010, 205-284.
- Camargo, Manuela Oliveira “Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do STF os Casos de Conflito entre Princípios da Ordem Econômica” in Adriana M. Vojvodic / Diogo R. Coutinho, *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 37-52.
- Castro, Marcus Faro de, “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 34 (1997), 147-156.
- Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001.
- _____, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Comparato, Fábio Konder, “O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais” in Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coord.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2003, 244-260.
- Correia, Marcus Orione Gonçalves, “Direitos Humanos e Direitos Sociais: interpretação evolutiva e segurança social”, *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 1 (2006), 117-136.
- _____, “Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 99 (2004), 305-325.
- Cristóvam, José Sérgio da Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*, Curitiba: Juruá, 2006.
- Dechsling, Rainer *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, München: Vahlen, 1989.

- Dimoulis, Dimitri, *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo: Método, 2006.
- Dworkin, Ronald, “The model of rules I” in Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard, 1978
- Dyson, Lord Justice, “Some Thoughts on Judicial Deference”, *JR* 103 (2006), 103-108.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- Forgioni, Paula A., “A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro”, *Revista de Direito Mercantil* 130 (2003), 7-38.
- García Figeroa, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la Teoría de los Principios de Robert Alexy” in Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, 333-370.
- Goldsworthy, Jeffrey, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, in Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 115-141.
- Guerra, Marcelo Lima, “A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações” *Revista de Processo* 141 (2006), 53-71.
- Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Hunt, Murray, “Sovereignty’s Blight: Why contemporary public law needs the concept of ‘due deference’” in Nicholas Bamforth e Peter Leyland (ed.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart, 2003, 337-370.
- Hwang, Shu-Perng, “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 133 (2008), 606-628.
- Jestaedt, Matthias, “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen” in Otto Depenheuer / Markus Heintzen / Matthias Jestaedt / Peter Axer (Hrsg.) *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, 253-273.
- Klatt, Matthias, “Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion”, *Ratio Juris* 20 (2007).
- Klement, Jan Henrik, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt“, *JZ* (2008), 756-763.

- Lima, Rafael Bellem, “Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade: A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células-tronco” in Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paula Gorzoni, Rodrigo Pagani de Souza (org.), *Jurisdição Constitucional no Brasil*, no prelo.
- Lerche, Peter, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?” in Joachin Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65 Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1997, 197-209.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista de Informação Legislativa* 160 (2003), 49-64.
- Macedo Jr., Ronaldo Porto, “Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica)” in Ronaldo Porto Macedo Jr. / Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, 307-335.
- Maciel, Débora Alves / Koerner, Andrei, “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises”, *Lua Nova* 57 (2002), 114-133.
- Marchetti, Vitor / Cortez, Rafael, “A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais”, *Opinião Pública* 15 (2009), 422-450.
- Martins, Leonardo /Dimoulis, Dimitri, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- Mendes, Gilmar Ferreira “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:novas leituras”, *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo* 14 (2000), 361-372.
- Michelon, Cláudio, “Princípios e coerência na argumentação jurídica” in Ronaldo Porto Macedo Jr. / Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, 261-285.
- Nublat, Johana / Seligman, Felipe, “Entrevista da 2ª: Carlos Ayres Britto”, *Folha de São Paulo* 30.231, (04.07.2011), p. A14.
- Pereira, Bruno Ramos, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*, São Paulo: dissertação de mestrado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2009.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 23 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2007

- Poscher, Ralf, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”, *Ratio Juris* 22 (2009), 425-454.
- Pöyhönen, Juha, “Auslegung contra legem als ein deskonstruktives Spiel von Regeln und Prinzipien im Recht”, *Rechtstheorie* 20 (1989), 211-220.
- Raabe, Marius, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag“ in Christoph Grabenwarter, Stefan Hammer, Alexander Pelz, Eva Schulev-Steindl, Ewald Wiederin (Hrsg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien: Richard Boorberg, 1994, 83-100.
- Ramos, Elival da Silva, “A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro” in George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (coord.), *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*, Salvador: JusPodivm, 2011.
- Rivers, Julian “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), 174-207.
- _____, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing” in George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford / Portland: Hart, 2007, 167-188.
- Schauer, Frederick, “Balancing, Subsumption and the Constraining Role of the Legal Text”, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 34-45.
- _____, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, *Current Legal Problems* 51 (1998), 223-240.
- _____, *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Scherzberg, Arno, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- Shiraki, Ariella Toyama, *A configuração do ilícito penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: muito além da mera subsunção?*, Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/92_Ariella%20Toyama%20Shiraki.pdf.
- _____, “A Configuração do Ilícito Penal na Jurisprudência do STF: Muito Além da Mera Subsunção? O Julgamento do ‘Caso Ellwanger’” in Adriana M. Vojvodic / Diogo R. Coutinho, *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, 528-544.
- Sieckmann, Jan, “Balancing, Optimisation and Alexy’s “Weight Formula” in Jan Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, ARSP Beiheft 124 (2010), 101-118.

- _____, “Grundrechtliche Abwägung als Rechstanwendung: Das Problem der Begrenzung der Besteuerung“, *Der Staat* 41 (2002), 385-405.
- _____, “Grundrechte als Prinzipien” in Jan Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrecht: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007, 17-38.
- _____, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte” in Laura Clérico / Jan Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, 39-66.
- _____, *Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 2009.
- _____, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990.
- _____, “The Theory of Principles – A Framework for Autonomous Reasoning” in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119 (2010), 49-61.
- Silva, Virgílio Afonso da, *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), pp. 1-29.
- _____, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003.
- _____, “Interpretação Conforme a Constituição” Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial”, *Revista Direito GV* 3 (2006), 191-210.
- _____, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico” in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, 115-143.
- _____, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), 23-50.
- _____, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in Ronaldo Porto Macedo Jr. / Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp.366-389.
- _____, “Prinzipientheorie, Abwägungskompetenzen und Gewaltenteilung“ in Jan Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrecht: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007, 215-230.

- _____, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), 607-630.
- Sociedade Brasileira de Direito Público, *Controle de Constitucionalidade e judicialização: o Judiciário frente à sociedade e aos Poderes*, Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.
- Summers, Robert S., “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification”, *Cornell Law Review* 63 (1978), 707-778.
- Sundfeld, Carlos Ari, “Princípio é preguiça?” in Ronaldo Porto Macedo Jr. / Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, 287-306.
- Tate, C. Neal / Vallinder, Torbjörn (ed.), *The global expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.
- Taylor, Matthew M., “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, *Dados* 50 (2007), 229-257.
- Veríssimo, Marcos Paulo, “A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira”, *Revista Direito GV* 8 (2008), 407-440.
- _____, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*, São Paulo: tese de doutorado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2006.
- Vianna, Luiz Werneck / Burgos, Marcelo Baumann / Salles, Paula Martins, “Dezessete anos de Judicialização da Política”, *Tempo Social* 19 (2007), 39-85
- Vieira, Oscar Vilhena, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____, “Supremocracia”, *Revista Direito GV* 8 (2008), 441-464.
- Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____, “The Principles of Legislation” in Richard W. Bauman, *The Least Examined Branch: The Role of Legislature in Constitutional States*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 15-32.
- Weinrib, Lorraine E., “The postwar paradigm and the American exceptionalism” in Sujit Choudhry (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 84-111.
- Young, Alison L., “In Defence of Due Deference”, *The Modern Law Review* 72 (2009), 554-580.