

A REGRA DA PONDERAÇÃO E SUA (DES)ESTRUTURAÇÃO

*Saulo Cunha Guimarães**
*Vinícius Silva Bonfim**

RESUMO:

Este artigo trata da análise interpretativa teorizada por Robert Alexy denominada estrutura “racional” da ponderação e que envolve suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Constatou-se que o critério a ser usado para a aplicação de princípios é extremamente valorativo. Apontou-se a impossibilidade de equiparação de princípios a valores, posto que aqueles retiram destes o caráter deontológico inerente às normas jurídicas, bem como possibilita a criação de uma hierarquia entre os princípios, baseada em valores pessoais ou em parcela da sociedade, atingindo, dessa forma, características basilares da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Regra da ponderação. Democracia. Valor e princípio.

ABSTRACT:

This article focus on the interpretive analysis theorized by Robert Alexy called "rational" structure of the weighting and involving its sub-rules: adequation, necessity and proportionality in the strict sense. It was found that the criterion to be used for the application of principles is extremely value based. It was pointed out the impossibility of levelling between principles and values, since the first remove the deontologic character of the last which is inherent to the legal rule, and allows the creation of a hierarchy of principles, based on personal values or on portion of the society, reaching this way, basic characteristics of democracy.

KEYWORDS: Rule of weightings. Democracy. Value and principle.

* Professor de Direito na Faculdade FADILESTE - Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas. Possui experiência na área do Direito, com ênfase no Direito Público. Pós-graduando em Direito Público pela PUC/Minas.

* Mestre e Doutorando em Teoria do Direito pela PUC/Minas, Professor de Direito na PUC/Minas, Professor na Faculdade J.Andrade e Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNIFEMM.

SUMÁRIO

- 1. Questões preliminares**
- 2. Caso Lüth: aplicação da regra da ponderação por Alexy**
- 3. Estrutura “racional” da ponderação**
 - 3.1. Adequação**
 - 3.2. Necessidade**
 - 3.3 Proporcionalidade em sentido estrito**
- 4. Princípios como valores: diferenças fundamentais**
- 5. Impossibilidade de hierarquização de princípios (“valores”)**
- 6. Conclusão**
- 7. Referências**

1. Questões preliminares

Antes de abordar diretamente a regra da ponderação teorizada por Alexy, mais especificamente suas três vertentes estruturantes, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são essenciais, acima de tudo, alguns esclarecimentos preliminares, de ordem terminológica, haja vista o constante erro e confusão no emprego de termos como regra, princípio, critério, dever, proporcionalidade, razoabilidade, ponderação, entre outros, ao se tratar da teoria em questão.

Sabe-se que existe uma profunda distinção do que vêm a ser regras e princípios, principalmente para Alexy e, por esse próprio motivo, não se pode empregar o termo “princípio da proporcionalidade”, muito usual no Brasil, para se referir à regra da ponderação.¹

Pois bem, para se mostrar a impossibilidade no uso de tais vocábulos quando da referência da teoria alemã, necessário será lembrar, mesmo que em rápidas pinceladas, mas diretas: a distinção entre regras e princípios para Alexy.

Para ele, princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas, no qual princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, e as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Traça a diferença entre as espécies normativas quanto à forma estrutural e ao modo de aplicação.

No que toca à estrutura, defende que as regras possuem razões e/ou deveres definitivos, exigem um cumprimento pleno, enquanto os princípios

¹ “No Brasil, o termo mais difundido para designar o objeto do presente estudo é o princípio da proporcionalidade, aceito sem grandes controvérsias terminológicas”. AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 24.

seriam razões *prima facie*.² Em relação à aplicação, as regras são empregadas por meio da subsunção e os princípios por meio do sopesamento com outros princípios contrários, vale lembrar, só tem existência e solução no caso concreto.³

Deve-se ter em mente que para Alexy, a ponderação, como forma de solução de conflito entre princípios é, essencialmente, uma regra, vez que a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é a subsunção, forma de aplicação, de acordo com este autor, das regras.⁴

É notório o **problema terminológico** no termo “princípio da proporcionalidade” para se referir à regra da ponderação de Alexy, pois, nas palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva:

² “Portanto, o que diferencia basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem *razões prima facie*, enquanto as segundas seriam *razões definitivas*.” GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 143, jul/set. 1999. p. 193.

³ “Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

⁴ “Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado como contraposto à regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo “princípio”, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.... Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo “princípio” é deixar claro que ele, na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy.” AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 26.

[...] o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante sem variações.⁵

Outro ponto a ser discutido se trata da diferença de proporcionalidade e razoabilidade que, assim como no uso dos termos regras e princípios, são expressões cotidianamente utilizadas sem muitas preocupações teórico-científicas, mas que no presente estudo, é uma premissa para se delimitar com exatidão o objeto em foco.

Em sentido amplo, tratar os termos proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos é perfeitamente possível.⁶ Mas que fique claro que, quando tratamos de uma conotação técnico-jurídica, estes conceitos não são iguais.

O que se contempla, em nossa realidade brasileira é o uso dos termos proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos, tanto pelos tribunais, bem como em inúmeros trabalhos acadêmicos:⁷ “O princípio da proporcionalidade,

⁵ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 25.

⁶ “**proporção**: [...] 4. Disposição regular, harmônica; simetria, harmonia. [...] 6. Igualdade de duas razões. **razoável**: [...] 2. moderado, comedido. [...] 4. justo, legítimo” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1643 e 1702.

⁷ “É digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira” BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 23, p.65-78, abr/jun.1998. p. 69. Neste mesmo sentido: “Nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano concede, até hoje, aos seus juízes” BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137.

[...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”.⁸

Todavia, duas diferenças fundamentais distinguem Regra da Proporcionalidade e Razoabilidade: origem e estrutura.

A **Razoabilidade** tem origem na Inglaterra, proveniente do princípio da irrazoabilidade, pela decisão judicial proferida em 1948 – *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948], 1KB223, p.228-230 – e sua estrutura, implica, tão-somente em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis,⁹ ou ainda, uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.

Como bem salienta Luís Virgílio Afonso da Silva, diferentemente da Razoabilidade, a Regra da Proporcionalidade é única, com estrutura própria e origem específica:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.¹⁰

⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

⁹ “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir.” (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948], 1KB223, p. 234)

¹⁰ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 30.

Dessa forma, todas estas as considerações expostas preliminarmente são devidas para se evidenciar que o objeto do presente trabalho é a Regra da Ponderação, de origem alemã,¹¹ criada pelo Tribunal Constitucional Alemão e teorizada por Robert Alexy, com estrutura própria – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2. Caso Lüth: aplicação da regra da ponderação por Alexy

A compreensão do paradigmático caso Lüth, ocorrido na Alemanha em 1958, é de essencial importância para o desenvolvimento desta pesquisa – a apresentação da regra da proporcionalidade e suas críticas – **haja vista ser o que primeiramente fixou as bases da jurisprudência valorativa (ordem concreta de valores)**,¹² apresentando a regra da ponderação ou balanceamento como garantidor dos direitos fundamentais.

Entenda o caso:

Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme “Jud Suss”, o filme líder da propaganda nazista antisemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, “Amante Imortal” (*Unsterbliche Galiebte*). O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou um (*sic*) queixa constitucional contra essa

¹¹ “Na forma como discutida neste artigo, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana.” AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 30.

¹² “Há um razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo do Direito Constitucional no Brasil. In: **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 03 mai 2007.

decisão. A Corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes com *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da “lei geral”. O Tribunal Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à “lei geral”. (Decisões da Corte Federal, *BverfGE*, vol. 7, 198, 211f).¹³

Alexy explica que se o caso acima fosse resolvido através de construção de regra, duas perguntas seriam suficientes para sua solução: A incitação de Lüth é o caso que se enquadra na liberdade de expressão? O art. 826 do Código Civil Alemão se aplica ao caso? A resposta do Tribunal Hamburgo foi **sim** às perguntas e, sob esse prisma, se percebeu que a ação de Erich Lüth teria sido contrária às convicções do Direito e da moral do povo alemão.¹⁴

Mas a Corte Constitucional, como explica Alexy, *argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos isolados*.¹⁵ liberdade de expressão (direito de divulgar o boicote – primeira seção do art. 5º da L.F.) e a cláusula limitadora ou política pública (restrição à liberdade de expressão). Eis aí a grande inovação.

A Corte entendeu pela necessidade de um balanceamento ou sopesamento dos princípios constitucionais colidentes, liberdade de expressão e política pública, sendo que aquele deveria ter prioridade sobre este.

Na decisão de Lüth, como explica Alexy, há três idéias que serviram para dar forma ao Direito Constitucional Alemão: 1) a afirmação de que os direitos constitucionais não têm caráter de regras, mas, também, o caráter de

¹³ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. p. 131-140).

¹⁴ ALEXY, Robert. op. cit.

¹⁵ ALEXY, Robert. op. cit.

princípios; 2) os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico; 3) uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento.¹⁶

Alexy destaca que, em seu pensar, a grande lição do caso Lüth foi à compreensão da necessidade de um balanceamento de interesses, tornando-se o conceito central na prestação jurisdicional da Corte Constitucional Federal.¹⁷

Dessa forma, Alexy chega à seguinte constatação:

[...] quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação.¹⁸

Nesse sentido, explica Alexandre de Castro Coura que a “ponderação de bens e interesses” é relacionada à questão do “fenômeno da colisão dos direitos fundamentais”, que seria inerente à aplicação normativa em uma construção principiológica.¹⁹

¹⁶ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto).

¹⁷ “Deve-se destacar que Alexy toma a *ponderação de interesses* como a **única** alternativa à subsunção até então realizada, ou seja, a uma concepção restrita dos direitos fundamentais que os reduz a um modelo de regras”. COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito**. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. p. 86).

¹⁸ ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. 2.ed. México: Fontamara, 1998, p. 11.

¹⁹ COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a. p. 422.

3. Estrutura “racional” da ponderação

Alexy apresenta a regra da ponderação, configurada por um método que se consubstancia no desenvolvimento das etapas que *integram a estrutura do princípio da proporcionalidade*,²⁰ como critério racional para a solução entre conflito de princípios, lembrando que, para este, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas.²¹

Em verdade, quando Alexy refere-se à racionalidade da ponderação, o que está querendo dizer é: **racionalidade como sinônimo de procedimento**, isso porque, entende que o modelo de sistema jurídico que oferece a maior racionalidade é o modelo de regras/princípios/procedimento²² - o que chama de modelo de sistema jurídico de três níveis.

Para esclarecer melhor, Alexy afirma que, em apertada síntese, um modelo de sistema jurídico apenas com regras será caracterizado por uma peculiar relação de vinculação e abertura, apresentando muitas lacunas. Um sistema jurídico unicamente por princípios, em seu ver, devido à grande indeterminação, fragilizará a segurança jurídica.²³ Apresenta ainda um modelo

²⁰ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito**. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. p. 97.

²¹ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto).

²² “...el modelo reglas/princípios/procedimento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos.” (ALEXY, 1997, p. 174).

²³ Alexy entende segurança jurídica por previsibilidade das condutas, o que também é objeto de críticas.

de sistema jurídico composto por regras e princípios, concluindo também por insuficiente, veja:

No modelo de regras/princípios, por uma parte, se conserva basicamente a força vinculante do nível das regras. Por outro lado, é um sistema fechado na medida em que sempre tem princípios que podem se recorrer e, portanto, não tem nenhuma possibilidade que não pode ser decidido sobre a base de critério jurídicos.²⁴

Assim, compreenderá que um terceiro nível, o procedimento, conjuntamente com as regras e princípios, resolverá a insuficiência inicial de um sistema jurídico só de regras, princípios e/ou de regras e princípios e, ao mesmo tempo, lhe conferirá racionalidade.

Se quiser obter um modelo completo, deve-se agregar ao lado passivo um ativo, referindo ao procedimento da aplicação das regras e princípios. Portanto, os níveis das regras e dos princípios têm que ser completados com um terceiro nível. Em um sistema orientado pelo conceito da razão prática, este terceiro nível pode ser somente um procedimento que assegure a racionalidade.²⁵

Em suma, o que o jurista alemão está afirmando é que a regra da ponderação, no que se refere à aplicação dos princípios, **é este terceiro nível que assegura racionalidade ao sistema jurídico.**²⁶

²⁴ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed., Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 168. Traduzido livremente do original: “En el modelo de reglas/principios, por una parte, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas. Por otra, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a los que puede recurrirse y, por lo tanto, no hay en él ningún caso posible que no puede ser decidido sobre la base de criterios jurídicos.”

²⁵ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed., Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 173. Traduzido livremente do original : “Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas e principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad.”

²⁶ “Cada uno de los tres niveles presenta deficiencia que, tomadas en sí mismas, son serias. Su vinculación no los hace desaparecer pero conduce a un alto grado de compensación recíproca.” ALEXY, Robert. op. cit., p. 176.

Nem princípios nem regras regulam por si mesmos sua aplicação. Eles representam apenas os pilares passivos do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, deve-se agregar aos pilares passivos um ativo, referindo-se ao procedimento da aplicação das regras e princípios. Portanto, os níveis das regras e princípios têm de ser completados por um terceiro. Em um sistema orientado por um conceito de razão prática, esse terceiro nível pode ser apenas o de um procedimento que assegure a racionalidade.²⁷

A par disso, direcionar-se-á ao estudo da regra da ponderação. Alexy, como bem explica Alexandre de Castro Coura, relaciona a ponderação a um “princípio mais abrangente”, o princípio da proporcionalidade (*verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), consistente em três sub-regras: **necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**.²⁸

Luís Virgílio Afonso da Silva destaca e alerta sobre a importância da análise desta regra em sua correta ordem, relacionada de forma subsidiária entre si: 1º) adequação, 2º) necessidade e 3º) proporcionalidade em sentido estrito.²⁹

O que se busca demonstrar é que as sub-regras são estruturadas de maneira a funcionar sucessiva e subsidiariamente, mas nunca aleatoriamente; por isso nem sempre será necessária uma análise de todas as sub-regras.³⁰

²⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p. 173.

²⁸ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito**. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 98.

²⁹ “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida importância.” AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 34.

³⁰ “[...] 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. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns

Para ajudar na compreensão teórica da regra da proporcionalidade,³¹ utilizaremos um simples exemplo mencionado por Alexy,³² quando da argumentação de sua teoria.

Explica o jurista alemão que foi determinado aos produtores de tabaco que colocassem em seus produtos avisos sobre os riscos do fumar para a saúde. Daí menciona o conflito entre dois princípios: liberdade de profissão dos produtores de tabaco e saúde pública. Deve-se ter com clareza que o objeto de verificação pela regra da proporcionalidade, que a seguir será realizada, é o ato de determinação de aviso dos riscos do uso fumo nas embalagens.

3.1. Adequação

A **Adequação**, de acordo com Alexy, exclui a adoção de meios que obstruam a realização de um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados, ou seja, é a verificação da existência ou não de eficácia dos meios em relação aos fins estabelecidos na norma.³³

casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.” AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 34-35.

³¹ “Para que o arcabouço teórico da regra da proporcionalidade fique claro parece ser recomendável que as sub-regras sejam não só explicadas em separado, mas, o que é mais importante, que cada uma delas seja analisada com a ajuda de casos concretos. Essa conexão entre a explicação teórica e a aplicação prática pode ajudar sobremaneira a compreensão geral do problema.” AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 35.

³² Mais precisamente na obra: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, New York, p. 388-425, 2002. Traduzido por Julian Rivers, p. 16.

³³ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das**

Alexy explica a Adequação através da seguinte estrutura argumentativa:

Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstrui a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for adotado. Então, P1 e P2, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando *considerados conjuntamente*, proíbem o uso de M. **Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra.**³⁴

A Adequação é uma busca de eliminar meios inadequados, como se fosse uma moldura, excluindo algumas coisas, especificamente inadequadas, sem, todavia, resolver tudo. Uma ação é considerada adequada caso esteja hábil a alcançar um determinado resultado desejado.

Luis Virgílio Afonso da Silva define bem o que vem a ser a Adequação:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.... Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.³⁵

Esta sub-regra, nada mais é do que a resposta à seguinte pergunta: a ação estimulou, promoveu de alguma forma o objetivo pretendido? Se sim, temos uma conduta adequada. Veja o conceito de Humberto Ávila:

decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 100.

³⁴ ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto).

³⁵ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 26.

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle de adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.³⁶

Pelo exemplo que nos fornece Alexy, avista-se que a obrigatoriedade imposta aos produtores de tabaco para informar nas embalagens sobre os riscos, do fumar, à saúde pode ser considerada um ato Adequado, vez que promove, de alguma forma, o objetivo pretendido, qual seja: prevenção de doenças cancerígenas e cardiovasculares.

Não se pode esquecer que, como destacado inicialmente, caso a Adequação não seja corroborada, o exame da regra da proporcionalidade estará prejudicado, devendo ser imediatamente interrompido. Na hipótese contrária, devemos analisar a próxima sub-regra: Necessidade.

3.2. Necessidade

A sub-regra **Necessidade** requer que de dois meios igualmente adequados em termos amplos, seja escolhida aquela cuja interferência no outro seja menos intensa, isto é, a verificação de um ato igualmente eficiente, mas menos invasivo.³⁷ Implica em analisar medidas alternativas mais brandas que satisfaçam a mesma condição.

Luis Virgílio Afonso da Silva, procura esclarecer o real significado da sub-regra Necessidade, veja:

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 131.

³⁷ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford University Press, New York, p. 388-425, 2002. Traduzido por Julian Rivers.

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objeto O, o Estado adote a medida M_1 , que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M_2 , que, tanto quanto M_1 , seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D, não é necessária.³⁸

Alexy explica que, através da verificação da Necessidade, o que se busca é o alcance do meio mais brando, mais suave, menos intensivamente interferente ao realizar determinado ato, evitando-se assim sacrifícios desnecessários de direitos fundamentais.

Nesta senda, Canotilho procura aclarar a sub-regra Necessidade, através do entendimento:

[...] a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.³⁹

Destarte, verifica-se a diferença entre o exame da Necessidade e o da Adequação, primeira sub-regra: aquele é um exame genuinamente comparativo, ou seja, se faz a indagação da existência de outra forma de agir que cause menor ingerência no princípio afetado, enquanto este é um exame absoluto, ou seja, pergunta-se se o ato contribuiu de alguma forma com o resultado esperado.

Dirigindo-se outra vez ao caso do tabaco, mencionado pelo jurista alemão, foi visto que a medida de impelir os produtores de tabaco a noticiarem

³⁸ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 28, grifo nosso.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1998, p. 387.

as mazelas causadas pelo fumo aos consumidores é uma conduta adequada, porquanto ajuda promover a prevenção à saúde. A análise da Necessidade dessa disposição deve ser confrontada com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos.⁴⁰

Como medida alternativa, mas logrando o mesmo objetivo pretendido quando da vinculação do alerta nas embalagens de cigarro, sugeriu-se a interdição da venda do fumo, mas é uma via que ensejaria um abalo com maior intensidade ao princípio da liberdade de profissão, portanto, desnecessário.

Por conseguinte, a simples imposição de veiculação das informações sobre os riscos do fumo nas embalagens dos cigarros, pode ser considerada uma conduta que respeita a sub-regra da Necessidade.⁴¹

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O exame da Regra da Proporcionalidade não se finaliza apenas com a verificação da existência de um ato adequado e necessário, mas deve ser também procedida atenta observação da última sub-regra da teoria de Alexy: **Proporcionalidade em sentido estrito.**

Segundo Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito, idêntica à denominada “Lei do Balanceamento”, estabelece que “quanto maior o grau de

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 38.

⁴¹ Uma crítica que se faz a esta sub-regra é pelo alto grau de discricionariedade dado ao Poder Judiciário para aferição de uma conduta alternativa, pois esta pode, ao mesmo tempo, para diferentes pessoas, ser de pequena ou grande ingerência.

não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”.⁴²

Luis Virgílio Afonso da Silva, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, observa:

Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, **que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.**⁴³

Destaca-se que, para alguns, o que a proporcionalidade em sentido estrito faz é uma relação de custo-benefício da norma avaliada, ou melhor, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade – nada mais que uma autêntica ponderação.⁴⁴

Em suma, o que Alexy quer deixar evidenciado é que o conteúdo da proporcionalidade em sentido estrito se expressa da seguinte maneira: “Quanto

⁴² ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto). Em outra obra, Alexy afirma novamente: “[...] puede formularse la siguiente regla como ley de la ponderación: Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro” ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed., Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 206.

⁴³ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 40.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 89-90. Destaca ainda: “Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade” SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 90.

mais intensa é a interferência de um princípio, mais importante tem que ser a realização do outro princípio”.⁴⁵

Como já foi explicada anteriormente, a vinculação de alerta dos perigos do fumar para a saúde é uma conduta Adequada, vez que contribui de alguma forma para prevenção de doenças e, ao mesmo tempo, Necessária, tendo em vista ser o ato que menos interfere na liberdade de profissão, conseguindo, concomitantemente, atingir seus objetivos.

Deve-se, agora, verificar o peso (sopesamento propriamente dito) das argumentações que legitima a interferência no princípio em questão – liberdade de profissão dos produtores de tabaco.

Para o Tribunal Constitucional Alemão, a conduta *in casu* foi concebida como ponderada/proporcional, isto é, observou também a terceira sub-regra, proporcionalidade em sentido estrito. Conforme explica Alexy, o peso das razões que justificam a interferência é alto, pesam muito, fundamenta a leve ingerência, não violando, conseqüentemente, a liberdade da profissão dos produtores de tabaco garantida pelo art. 12 (1) da Lei Fundamental.

4. Princípios como valores: diferenças fundamentais

Para Robert Alexy não se pode confundir conceito de princípios e conceito valores. Enquanto estes referem à axiologia, caracterizados pelo fato de seu conceito fundamental não ser o do comando, mas o do *bem*, aqueles, ao contrário, referem-se ao conceito deôntico fundamental do “*dever-ser*”.

⁴⁵ “Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.” ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998, p. 31.)

No entanto, o problema surge quando ele, Alexy, reconhece que normas não são valores, mas resolve operacionalizá-las, ou seja, dar aplicações práticas às normas como se valores o fossem:

Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores ou vice-versa. A única diferença consiste que a colisão entre princípios se trata de uma questão do que é devido de maneira definitiva, enquanto que a solução para uma colisão de valores corresponde ao que é melhor.⁴⁶

Conclui em seguida: **“Princípios e valores são, portanto, o mesmo, contemplando em um caso um aspecto deontológico e em outro caso um aspecto axiológico”.**⁴⁷

O que Alexy está efetivamente afirmando, quando define princípios como *mandados de otimização*, é que toda colisão entre princípios pode ser expressa por uma colisão de valores, quer seja, na colisão entre estes, um prevalecerá em relação outro. Alexy, equivocadamente, adota um procedimento típico de axiologia para a aplicação de princípios.

Entretanto, atribuir paridade aos princípios e valores é uma tese perigosa, tendo em vista que estas se distinguem através de suas respectivas referências do agir obrigatório ou teleológico.⁴⁸

De acordo com Habermas, a ação humana pode ser definida por normas ou por valores, sendo distinta a orientação de ambos. À luz das normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**, mimeo. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98, p. 14.

⁴⁷ Id. **Derecho y Razón Práctica**. 2.ed. México: Fontamara, 1998, p. 14. Traduzido livremente do original: “Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico.”

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 317.

valores, é possível saber qual comportamento é recomendável, ou seja, de um lado tem uma conduta que é devida, esperada, e do outro uma conduta recomendada, mas sem normatividade alguma:

O problema de aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; **porém, no caso de normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos**; ao passo que, **numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e em longo prazo, é bom para todos.**⁴⁹

Valores correspondem, assim, a preferências intersubjetivamente compartilhadas, em conexão a bens e interesses, os quais em coletividades específicas são considerados relevantes e são realizados gradualmente mediante ações dirigidas a determinados objetivos ou finalidades.⁵⁰

Nesse sentido, **os valores podem ter negociada a sua aplicação**, é algo que se pode ou não optar, já que a questão trata de preferências otimizáveis, diferentemente dos direitos.⁵¹

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formadas segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.⁵²

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 317.

⁵⁰ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”**: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. p. 146.

⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 90.

⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1, p. 318.

Ora, essa postura axiológica, com remissão a princípios extraídos das atividades de controle normativo e de valores sociais, exime o poder judiciário de justificar melhor suas posturas, aliviando-o de críticas que recorram aos argumentos de vinculação da atividade de interpretação à legalidade.⁵³

Sobre o assunto, Ingeborg Maus explica que a introdução de pontos de vistas morais e de valores na aplicação dos princípios jurídicos confere maior grau de legitimação ao Poder Judiciário, **imunizando suas decisões a questionamentos:**

Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. **Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas da liberdade.**⁵⁴

Ingeborg Maus faz duras críticas ao uso regra da ponderação de Alexy, afirmando, inclusive, que a mesma pode ser manuseada como disfarce do decisionismo, sob o manto de uma “ordem de valores”.⁵⁵ A regra proposta por Alexy, na verdade, permite que o órgão judicante que a evoca, alargue espontaneamente os princípios a ponto de criar critérios de interpretação sem o menor ponto de apoio. Em última instância, nada mais é do que uma flexibilização do Direito:

A transformação da Constituição em uma “ordem de valores” confere às determinações constitucionais individuais (por meio da “abertura” de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar

⁵³ SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. vol.1, n.1, p. 101-108, jan/jun. 2003, p. 104.

⁵⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como suprego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo de Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000, p. 189-190.

⁵⁵ MAUS, Ingeborg. op. cit., p. 192.

voluntaristicamente os princípios constitucionais positivos. No sopesamento de valores do TFC manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio.⁵⁶

Ao conduzir-se pela ideia de realização de valores materiais, o Poder Judiciário, verdadeiramente, **transforma-se numa instância autoritária de revisão**, pois, no caso de colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, desestruturando o discurso jurídico, fundado numa compreensão deontológica de normas e princípios do direito.⁵⁷

O direito opera com o código direito/não direito,⁵⁸ só interessando comunicações que façam referência à legalidade ou ilegalidade. O direito deve expressar expectativas de comportamento, comunicá-las e fazer com que elas sejam reconhecidas.⁵⁹

A equiparação de direitos a bens, valores, ou finalidades é geralmente acompanhada, nas hipóteses de conflitos normativos, de uma questionável análise de “custo benefício”, de forma que as garantias constitucionais sejam relativizadas ao serem confrontadas com outros argumentos que, em

⁵⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como suprego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo de Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000, p. 200.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 321.

⁵⁸ Quanto ao assunto: “**O direito pode produzir seu próprio elemento de distinção dos demais sistemas por meio da orientação de seu código binário específico: direito/não-direito**. Assim, o recurso à positivação permite ao Direito sua unidade e sua autofundação.” QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005, p. 105.

⁵⁹ Para maiores detalhes a respeito deste tema recomenda-se o texto do Emílio Meyer disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>. Acesso em 19 out 2006.

determinadas situações, são consideradas determinantes. Entretanto, ao se afirmar o caráter deontológico dos direitos, tal análise torna-se inadequada.⁶⁰

Dessa forma, Habermas demonstra o engano em relacionar *norma* e *valor*:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; **valores** têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.⁶¹

Concluindo, uma vez não tomando como absoluto o conteúdo deôntico do direito (ligado à fixação dos deveres jurídicos), condutas opostas são plenamente admitidas, atingindo a noção de segurança jurídica. O sistema coerente de normas e princípios que aponta como deve ser o agir desmorona.

5. Impossibilidade de hierarquização de princípios (“valores”)

Ora, deduzindo Alexy pela admissibilidade da equiparação entre princípios e valores, é bastante compreensível sua defesa de hierarquização dos mesmos.⁶²

Como visto anteriormente, Alexy sustenta que quando dois princípios entram em colisão, um dos dois tem que ceder ante ao outro, não significando,

⁶⁰ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito**. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. p. 150.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 321.

⁶² Afirma Alexy: “Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores” (ALEXY, 1998, p. 14).

no entanto, declarar inválido o princípio que não teve curso, mas, tão-somente, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro:

O que as colisões entre princípios devem resolver mediante a ponderação é o caso concreto, não significando que a solução da colisão seja somente importante para o caso concreto. **Ao contrário, podem estabelecer, na ocasião da decisão para o caso concreto, relações de prioridade que são importantes para a decisão de novos casos.**⁶³

A regra da ponderação e sua inerente idéia de peso trarão, efetivamente, no caso de conflito entre princípios, uma evidente hierarquização dessas espécies normativas. Essa é a proposta de Alexy, uma precedência de um princípio em relação ao outro.

6. Conclusão

Quando se estabelece esse critério de preferibilidade, em verdade, **se determina que os “valores fundamentais”, enraizados no consenso da maioria sobre valores dominantes, tenham supremacia.**

Definir uma hierarquia de princípios na Constituição é determinar que aquilo que é o “melhor” para uma comunidade (maioria), seja da mesma forma, para a outra. Essa compreensão não permite qualquer tipo de proteção ao indivíduo contra a sociedade e o Estado.⁶⁴

⁶³ ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. 2.ed. México: Fontamara, 1998, p. 15. Traduzido livremente do original: “El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.”

⁶⁴ “Alexy esvazia os princípios jurídicos de sua função prescritiva quando fala em uma precedência (mesmo que condicionada) de um princípio normativo sobre outro em razão de seu peso, pois, seguindo a definição de Lalande, os valores indicam muito mais o registro de uma preferibilidade em um grupo social do que um dever para este mesmo grupo, o que implica a possibilidade de concebê-los de forma hierarquizada.” GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 180

Entretanto, indaga-se: em que se caracteriza um paradigma chamado de democrático? Não é na idéia de respeito às pluralidades e às diferenças dos indivíduos que compõem uma determinada sociedade?

Segundo Daniel Sarmento, a democracia não pode, de forma alguma, se esgotar na observância da regra da maioria:

E a democracia não se esgota na observância da regra da maioria nas decisões sobre questões controvertidas. Para que haja democracia, é preciso que as pessoas tenham condições de expor e debater francamente as suas idéias e projetos, de falar e de serem ouvidas.⁶⁵

O Estado Democrático de Direito envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, por meio da pluralidade de idéias, culturas e etnias, da possibilidade de convivência de formas de organização e de interesses diferentes na sociedade.⁶⁶

Nesse sentido, em uma democracia, é impossível hierarquizar os princípios constitucionais, porque todos eles são igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. “É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela a característica de uma identidade plural”.⁶⁷

Segundo Cattoni de Oliveira, o pluralismo social e cultural é expressão de uma forma de integração social, que se dá através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser **sustentadas por formas de vida e identidades ético-culturais diversas e mesmo divergentes**, que

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 352-380, 2004, p. 360.

⁶⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 151-152.

⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 198.

convivem entre si, desde que assumam uma postura não-fundamentalista de respeito recíproco, umas com as outras.

Tratar a Constituição como uma *ordem concreta de valores* é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno de valores, pois haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar as mesmas presunções valorativas, uma mesma concepção de vida e de mundo, ou ainda, que os interesses majoritários de uns devem prevalecer, de forma utilitarista, sobre os interesses minoritários de outros, quebrando assim, o princípio do reconhecimento recíproco de iguais direitos de liberdade a todos. Veja afirmativa neste sentido: “Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual, numa maior ou menor medida, de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do direito”.⁶⁸

A tarefa do intérprete do Direito não é simples, muito pelo contrário, se configura em uma complexidade indescritível, logo, jamais pode ser visto como algo mecânico, da forma proposta por Alexy, através de sua teoria da ponderação. Todo conflito trazido à tona é um conflito de direitos fundamentais. À conta disso, a Constituição é apenas uma moldura principiológica que permite a permanente construção de direitos.

A proposta de Alexy de uma regra como recurso no caso de conflitos entre princípios está atrelada a um pensamento positivista segundo o qual

⁶⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para a teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007, p. 119.

entende segurança jurídica como, única e exclusivamente, garantia de expectativas de comportamento. A regra da ponderação, nada mais é do que isso.

Questiona-se: a busca de hierarquização de princípios não uma forma positivista de garantir previsibilidade de condutas? Contata-se que sim, repercutindo na exclusão das minorias presentes na sociedade democrática.

Por outro enfoque, no paradigma Democrático de Direito, o conceito de segurança jurídica ganha nova leitura: refere-se à garantia dos direitos processuais, isto é, garantia de direitos participatórios nos processos de tomada de decisão estatal.

Vê-se, dessa forma, que a decisão adequada, que se diz inserida no paradigma democrático, não se encontra sob a base de um consenso ético-substantivo majoritário. Diferente disso, ela está no procedimento que levanta exigência de observância dos princípios informadores do devido processo constitucional, de uma reciprocidade entre participantes e do “discurso jurídico”, que “conjuntamente podem realizar uma filtragem dos direitos fundamentais”.⁶⁹

7. Referências

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford University Press, New York, p. 388-425, 2002. Traduzido por Julian Rivers.

⁶⁹ QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. **Uma proposta de compreensão procedimental do critério de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos Tribunais Superiores a partir da Tese da Integridade de Dworkin e da Teoria Discursiva de Habermas**. 2006. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 216.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**, mimeo. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v.16, n. 2, p. 131-140, jun./2003. (o presente trabalho faz uso da tradução exclusiva para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto).

_____. **Derecho y Razón Práctica**. 2.ed. México: Fontamara, 1998.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed., Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n. 4, julho de 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 jul 2007.

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

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: **CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade** (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 03 mai 2007.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 23, p. 65-78, abr/jun.1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BONFIM, Vinícius Silva. *Devido Processo Constitucional*: O recurso como possibilitador do espaço procedimental discursivo na perspectiva da Teoria Discursiva de Habermas In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a

contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Índice das Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Brasília: STF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/publicacaodiversa/default.asp?argumentoPesquisa=%22princ%EDpio+da+proporcionalidade%22>>. Acesso em: 11 jul 2007.

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

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo Constitucional contra fraudes à constituição. **Diálogo Jurídico**, v.1, p.3, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revista_virtu.asp>. Acesso em 19 de outubro de 2006.

_____. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Direito, Política e Filosofia**: Contribuições para a teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Belo Horizonte: Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

_____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional** 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Prestação jurisdicional e estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, n. 85, p. 103-123, julho 1997.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium no datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da

“jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da “Jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do estado democrático de direito**. 2004b. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: uma contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 1, n. 2, p. 134-142, jun./dez. 1999.

_____. A contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos. vol. 3, p. 227-243, maio 1999.

_____. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul/set. 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito.

In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo de Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v.1, n.5, agosto de 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 jul 2007.

MEYER, Emílio Peluso Neder. O caráter normativo dos princípios jurídicos. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 994, março 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>. Acesso em 19 out 2006.

QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005.

_____.; CAFFARATE, Viviane Machado. A inadequação da teoria processual da relação jurídica para o estado democrático de direito. **Jus Vigilantibus**, Vitória/ES, 2003.

_____. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2005.

_____. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, n. 15, p. 119-139, jan./jul. 2005.

_____. **Uma proposta de compreensão procedimental do critério de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos Tribunais Superiores a partir da Tese da Integridade de Dworkin e da Teoria Discursiva de Habermas**. 2006. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. A construção da identidade do sujeito constitucional em teorias hermenêuticas representativas dos paradigmas de Estado e de Direito modernos. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. vol. 3, p. 149-167, jan/jun. 2003.

_____. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da

jurisprudência. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. vol.1, n.1, p. 101-108, jan/jun. 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 352-380, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Recebimento para avaliação: 07/11/2011. Data da avaliação: 17/11/2011