

Organizadores:

Cristhian Magnus De Marco

Fausto Santos de Moraes

Rogério Luiz Nery da Silva

Thaís Janaina Wenczenovicz

A FILOSOFIA DO DIREITO E A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Spring 2017

Unoesc International Legal Seminar

**Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy:
argumentações e contribuições reflexivas**

**Rechtsphilosophie und Grundrechtsdogmatik –
Robert Alexy's System**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Editor Executivo: Tiago de Matia
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Diagramação: Jessica Albuquerque

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F488	A filosofia do direito e a dogmática dos direitos fundamentais / organizadores Crísthian Magnus De Marco ... [et al.]. – Chapecó, SC: Unoesc, 2018. 208 p. ISBN: 978-85-8422-192-9 Livro do evento: Unoesc Internacional Legal Seminar – Spring 2017 - Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: argumentações e contribuições reflexivas - Rechtsphilosophie und Grundrechtsgematik - Robert Alexy's System 1. Direitos fundamentais. 2. Direito - Filosofia. 3. Dogmática jurídica. I. De Marco, Crísthian Magnus, (org)...[et al.]
	Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téio

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramallera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

CAPÍTULO I

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA	9
---	---

Bruna Toti da Silva, Daiane Garcia Masson

CAPÍTULO II

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E O DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS NA OBRA “ <i>ESPAÇOS NO DIREITO PÚBLICO</i> ” DE MATTHIAS KLATT E JOHANNES SCHMIDT	35
---	----

Yuri Schneider, Vinícius Filipin

CAPÍTULO III

O PAPEL POLÍTICO E CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY ...	59
---	----

Rogério Gesta Leal, Vinícius Secco Zoconi

CAPÍTULO IV

APROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE	89
---	----

Fausto Santos de Moraes, José Paulo Schneider dos Santos

CAPÍTULO V

UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA RACIONALIDADE DA FÓRMULA PESO EM ALEXY E PULIDO	127
---	-----

Anizio Pires Gavião Filho, Pietro Cardia Lorenzoni

CAPÍTULO VI

A PONDERAÇÃO, SEUS CRÍTICOS E O EXEMPLO BRASILEIRO 155

Felipe de Ivanoff

CAPÍTULO VII

**UM ESTUDO EMINENTEMENTE PRINCIPIOLÓGICO DO
DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DO PÓS-POSITIVISMO 185**

Bianca Strücker, Gabriel Maçalai

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais, juntamente com diversas instituições de ensino vem desenvolvendo, desde 2013, um Projeto de Pesquisa Internacional, em Rede, com o objetivo de estudar, de forma comparada, os Direitos Fundamentais no Brasil, na América Latina e na Europa. Essa parceria internacional prevê a realização de um encontro anual, iniciando pelo Brasil em 2011, para que pesquisadores docentes e discentes possam apresentar e discutir os resultados de cada etapa desse projeto. Neste contexto, a edição 2017 do Seminário trouxe profícuas análises e debates acerca do tema gerador.

O Mestrado em Direito da Unoesc responde a uma necessidade de desenvolvimento científico e formativo em Direitos Fundamentais. Nesse contexto, o Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais, juntamente com diversas instituições de Ensino Superior vem desenvolvendo, desde 2013, um Projeto de Pesquisa Internacional, em Rede, com o objetivo de estudar, de forma comparada, os Direitos Fundamentais no Brasil, na América Latina e na Europa. Essa parceria internacional prevê a realização de um encontro anual, iniciando pelo Brasil em 2011, para que pesquisadores docentes e discentes possam apresentar e discutir os resultados de cada etapa desse projeto. Neste contexto, a edição 2017 do Seminário trouxe profícuas análises e debates acerca do tema gerador.

Apesar da dimensão eficaz dos Direitos Fundamentais ter sido amplamente promovida e seriamente protegida pelo direito interno, nota-se que a pesquisa científica brasileira sobre esses direitos desenvolveu-se melhor, até aqui, nas questões analítico-conceituais e metateóricas, restando ainda muito o que fazer, principalmente, em relação ao desenvolvimento de mecanismos de efetividade material das pretensões associadas a eles.

Com o objetivo de ampliar a visibilidade e inserção acadêmica ao evento, como viés de engrandecimento a discussão a organização do evento houve a Chamada de Artigos (call of papers), a fim de receber pesquisadores que tenham realizado trabalhos inéditos sobre a temática que envolveram os Direitos Fundamentais. Desta forma, o trabalho que se apresenta é o resultado de artigos apresentados, no Grupo de Trabalho intitulado Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: argumentações e contribuições reflexivas.

Dentre os trabalhos apresentados, a tônica das apresentações convergiu na centralidade de que a teoria de Alexy procura dar respostas às diversas indagações com a pretensão de cientificidade junto as discussões que versam sobre os Direitos Fundamentais. Para isso, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições.

Excelente leitura!
Os organizadores.

CAPÍTULO I

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

Bruna Toti da Silva¹
Daiane Garcia Masson²

Resumo: A presente pesquisa apresenta como tema o direito à moradia e como recorte a atuação do Poder Judiciário na efetivação de tal direito. O problema trata da aplicação da teoria da ponderação para resolução de problemas relacionados à falta de políticas públicas nessa área, considerando que o direito à moradia se caracteriza por exigir uma atuação positiva do Estado, por meio de prestações, visando à concretização e promoção do princípio da dignidade humana. O Poder Judiciário, assim como os demais poderes estatais constituídos, encontra-se vinculado ao objetivo estatal de efetivação dos direitos fundamentais. O caráter justiciável do direito à moradia permite a intervenção legítima do Poder Judiciário sempre que provocado a garantir a concretização de direitos diante da manifesta omissão estatal em satisfazê-los. A análise do papel do Judiciário, a partir de decisões proferidas pelos Tribunais, possibilita constatar a omissão estatal dos outros poderes na efetivação dos direitos fundamentais sociais que demandam prestações materiais, especialmente do direito à moradia, permitindo que esse direito seja legitimamente demandado em juízo.

Palavras-chave: direito à moradia; dignidade humana; ponderação.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pesquisadora em direitos fundamentais sociais; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Abstract: This study presents the right to housing as its theme and the Judiciary Branch's performance in the enforcement of this right as a cut-off. The problem consists in the application of the balancing theory to solve problems related to the lack of public policies in this area, considering that the right to housing is characterized by demanding a positive performance of the State, through welfares, aiming at the implementation and promotion of the human dignity principle. The Judiciary, as well as other constituted state branches, is bound to the state objective of effecting fundamental rights. The justiciable character of the right to housing allows the legitimate intervention of the Judiciary Branch whenever provoked to guarantee the accomplishment of rights before the manifest state omission in satisfying them. The analysis of the Judiciary's role, based on decisions handed down by the Courts, makes it possible to verify the state's omission of other branches in the realization of fundamental social rights that demand material welfares, especially the right to housing, allowing it to be legitimately demanded in court.

Keywords: right to housing; human dignity; balancing.

1 INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais sociais constituem a base do Estado Democrático de Direito, consagrado no ordenamento constitucional pátrio, o objetivo principal do presente estudo consiste em analisar a atuação do Poder Judiciário frente à problemática da eficácia do direito fundamental social à moradia, decorrente da omissão estatal no dever de garantir o acesso por meio de políticas públicas.

O direito à moradia tem status constitucional fundamental e caracteriza-se por ser um direito público subjetivo. É sabido que cabe ao poder Executivo a implementação de políticas públicas, por intermédio de regulamentações e implantação de ações específicas.

Também cabe ao legislativo, pela normatização. Entretanto, diante da inércia desses poderes, os direitos sociais acabam sendo judicializados e o Poder Judiciário é obrigado a decidir. Na busca de critérios objetivos para embasar as decisões judiciais surge o encontro com a teoria da proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy.

Emprega-se na pesquisa o método dedutivo, cuja natureza dos dados é qualitativa, por caracterizar-se como um estudo valorativo e objetivo do tema, no qual, com base em premissas gerais, buscará uma conclusão quanto à efetivação do direito fundamental à moradia, com suporte na atuação do Poder Judiciário, a partir da pesquisa bibliográfica, com base em materiais já existentes, seja em doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência, que fundamentam a abordagem do problema em análise.

O estudo foi estruturado em três partes, tratando de modo específico das peculiaridades afetas ao direito fundamental social à moradia, desembocando na análise da atuação prática do Poder Judiciário quando acionado para concretização daquele direito frente às omissões do Poder Público em atender as demandas sociais.

Na primeira parte, estuda-se de forma específica o direito à moradia, apresentando uma conceituação de termos e a identificação dos elementos que o definem como um direito social dotado de caráter fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, e, portanto, inerente à dignidade da pessoa humana.

Na segunda parte, a temática da justiciabilidade dos direitos sociais é aprofundada como base teórica para tratar da atuação do Poder Judiciário quando acionado para intervir na concretização de um direito fundamental social, diante da omissão estatal.

Na terceira parte, são avaliados casos concretos sobre o tema, com aplicação do princípio da ponderação, a partir da análise de julgados, ao tratar de decisões em que o assunto discutido em juízo foi a garantia do direito à moradia, com a intenção de identificar os limites presentes na atuação prática do Poder Judiciário quando

acionado como garantidor da concretização deste direito fundamental social, diante da omissão prévia por parte do Poder Público. A principal intenção é debater sobre a aplicação da teoria da ponderação pelo Poder Judiciário, na busca da resolução de problemas relacionados ao direito fundamental à moradia.

2 MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à moradia, muito embora já fosse considerado na esfera internacional como um direito humano fundamental, bem como no direito constitucional pátrio, diante dos tratados internacionais em que o Brasil havia tomado parte e incorporado ao ordenamento interno, por força do disposto no §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, somente foi incluído expressamente no rol dos direitos sociais, na condição de direito social fundamental, após a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro 2000, que alterou a redação dada ao art. 6º da Constituição.

A inclusão expressa do direito à moradia no rol dos direitos sociais evidenciou a intenção de protegê-lo, pressupondo, necessariamente, a moradia como um direito essencial à materialização da dignidade da pessoa humana.

Em termos normativos, o direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força do disposto no inciso IX, do art. 23, da Constituição, o qual disciplina a competência comum dos entes federados na promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento, momento em que já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a todos que necessitassem de uma habitação (SILVA, 2009, p. 334).

A necessidade de se desfrutar de um local como referência e abrigo independe da condição de proprietário, sendo inerente

à condição humana (PAGANI, 2009, p. 92). A moradia antecede ao próprio direito de propriedade, sendo assim, mesmo que ausente a propriedade, os titulares deste direito fundamental não serão privados de moradia, e, conseqüentemente de uma vida digna. A moradia, por evidente, não se confunde com a propriedade, que, embora tenha que realizar uma função social, não garante a efetividade ao direito fundamental social à moradia (CANUTO, 2008, p. 203).

O conteúdo do direito à moradia está ligado ao desenvolvimento social, econômico e político da humanidade. O direito à moradia, nos dizeres de Canuto (2008, p. 161) significa garantir a todos um lugar para um abrigo, de modo permanente, pois a etimologia do verbo morar, do latim *morari*, significa demorar, ficar.

Conceituando o termo moradia, Pagani (2009, p. 118) afirma que se constitui num dos fatores determinantes da qualidade de vida da pessoa humana, devendo ser vista em um conceito muito mais amplo e complexo do que o conceito de casa própria, haja vista que toda pessoa tem necessidade de uma habitação.

Com efeito, Sarlet (2009, p. 15) afirma que sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade ou de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Apesar das diversidades de definições, prevalece a perspectiva de que o direito à moradia é inerente a todo indivíduo, diante de sua natureza de direito essencial referente à personalidade humana (SOUZA, 2004, p. 46).

O problema da moradia não abrange tão somente aqueles casos de pessoas que não têm onde habitar, mas inclusive as que habitam em condições precárias e indignas, tendo em vista que moradia em más condições pode acarretar conseqüências prejudiciais à vida e à

saúde. No plano internacional são estabelecidas previsões específicas com relação ao direito à moradia, ao se apontar definições para um direito à moradia adequada, como dispõe o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 ou mesmo um direito à moradia decente.

Por não haver ao longo do texto constitucional definições para o conteúdo do direito à moradia, os tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e incorporados no ordenamento interno podem ser utilizados como meio supletivo na interpretação deste direito, a fim de se estabelecer os parâmetros mínimos indispensáveis e compatíveis com as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como integrante da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, o direito à moradia, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado, por meio de execução de políticas públicas, especialmente da promoção da política urbana e da política habitacional (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 69).

É possível, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, abordar o caráter justiciável afeto a esta categoria de direitos fundamentais, que, no presente estudo, será no sentido definido por Abramovich e Courtis (2011, p. 47) como a “possibilidade de demandar perante um tribunal ou juiz o cumprimento ao menos de algumas das obrigações que se derivam do direito.” Neste contexto se insere a problemática vinculada à exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, mecanismo ainda em construção, mas que assume especial relevância no campo dos direitos de cunho prestacional, que exigem a presença estatal em ações positivas para superação dos problemas sociais. É sobre isso que se passa a tratar a seguir.

2.1 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Com o propósito de identificar a atuação do Poder Judiciário na prática, quando acionado pelo titular de uma pretensão para atuar como interventor na concretização de um direito fundamental social, diante de uma omissão prévia por parte do poder público em atender a demanda social, será analisado, neste item, o comportamento do Poder Judiciário como garantidor da aplicação das medidas legais cabíveis para efetivação de tal direito.

Os direitos sociais prestacionais efetivamente suscitam problemas específicos no que se refere à sua realização, especialmente quanto à sua justiciabilidade, no sentido de ser reconhecida ao particular a possibilidade de exigir judicialmente do Estado determinada prestação material, ou seja, no sentido de gerarem para o titular uma pretensão dedutível em juízo (SARLET, 2012 p. 291).

Enquanto as liberdades públicas exigem, em geral, uma atitude de abstenção, um não-fazer, os direitos sociais exigem, em geral, uma ação positiva, um fazer, sobretudo de prestações estatais. A dificuldade da justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais reside no fato de que há exigência de uma prestação estatal positiva, sendo que esta dimensão positiva já está assimilada à própria função e objetivos do Estado na realização dos direitos fundamentais (SILVA, 2010 p. 243).

Concebidos como direitos fundamentais, enquanto direitos dirigidos em face do Estado, ressalta Novais (2010, p. 65) que o reconhecimento dos direitos sociais implica na questão de saber se nas funções constitucionais de um Estado de Direito é cabível a possibilidade de se obrigar, juridicamente, o Estado ao fornecimento de prestações fáticas destinadas a promover, possibilitar ou garantir o acesso a bens econômicos, sociais e culturais aos cidadãos, ou pelo menos àqueles mais carentes.

Para Alexy (2008, p. 514), a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importando como ela seja definida. Pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável, e o fato de os direitos sociais fundamentais dependerem de uma configuração infraconstitucional não configura uma objeção decisiva, sendo que o judiciário não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor.

Em torno da aplicabilidade e exigibilidade dos direitos a prestações, Sarlet (2012, p. 260) salienta que, em virtude de exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte da doutrina clássica a negar-lhes aplicabilidade imediata e, por consequência, plena eficácia.

Em decorrência desta problemática, os direitos sociais passaram por um período de baixa efetividade. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 24) apresenta um contexto bastante atualizado sobre este aspecto. Para ele, o maior problema com relação aos direitos do homem, na atualidade, não é o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Ao tratar da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, importante esclarecer que a doutrina aponta para a existência de duas perspectivas relacionadas aos direitos fundamentais, que abrangem tanto uma objetiva como uma subjetiva, sendo que esta última implica no reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais.

Aliado à noção de direito subjetivo em sentido amplo, o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade ou justiciabilidade é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental. Sarlet (2012, p. 154) considera necessária a clarificação do significado desta exigibilidade, visto que a mera possibilidade de se suscitar judicialmente o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo.

Assim, os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira, pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação amparada no caráter programático da norma (BONAVIDES, 2011, p. 565).

Infelizmente, enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa, que demandam uma atitude de abstenção estatal e dos particulares, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, não costuma ser questionada, o mesmo não se pode afirmar com relação aos direitos sociais, principalmente quando considerados na sua dimensão prestacional (SARLET, 2012 p. 275).

Sarlet (2012, p. 268-270) salienta o disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e entende que a norma contida no dispositivo em comento tem cunho principiológico, e deve ser considerada um mandado de otimização ou maximização, determinando aos órgãos estatais o reconhecimento da maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Mas, considerar que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, por força do dispositivo supracitado, têm aplicação imediata, não significa que esta aplicação imediata superará os problemas da realidade fática, tendo em vista que a própria Constituição consagra diversos direitos a serem prestados pelo Estado aos indivíduos, que por vezes carecem de políticas públicas para sua efetiva concretização, e outros com que são prestados de maneira precária.

Por outro lado, admitir-se que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia, representa a equivocada afirmação de que o cidadão não possui direito à integralidade da dignidade humana, porquanto os órgãos do poder estatal dispõem da faculdade de, arbitrariamente, eleger

os direitos fundamentais que farão parte do patrimônio do cidadão (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 59).

Os direitos fundamentais sociais, como o direito à moradia, são direitos subjetivos inerentes ao cidadão e, portanto, exigíveis. Assim, se há norma constitucional a assegurar um direito social, o Estado tem o dever de disponibilizar os recursos necessários à sua efetivação.

Quando uma ação estatal que poderia promover a realização concreta de um direito social não é realizada, haverá um direito definitivo à realização dessa ação, o que enseja o aspecto justiciável destes direitos, ao se considerar que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais exigem ações positivas por parte do Estado, demandando, na maioria das vezes, prestações materiais vinculadas a direitos subjetivos dos titulares.

Conforme já consignado, os direitos fundamentais sociais, na condição de direitos dotados de caráter subjetivo, permitem ao seu titular a possibilidade de demandar sua pretensão, juridicamente tutelada, em face de seu destinatário pela via judicial, o que permite acolher os ensinamentos de Sarlet (2012, p. 152), de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

Olsen (2008, p. 147) entende ser possível identificar casos de omissão do poder público, diante de sua obrigação constitucional em satisfazer os direitos fundamentais, como uma verdadeira restrição na esfera de direitos do titular, o que, neste caso, deverá ser alvo de controle de constitucionalidade pelo judiciário.

A intervenção do Poder Judiciário diretamente na concretização dos direitos sociais pode acarretar controvérsia na esfera da separação de poderes. É cediço que no ordenamento

jurídico brasileiro vige o Princípio da Separação dos Poderes³, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, assegurado nos termos da Constituição Federal de 1988.⁴

No entanto, o que se está a debater é o papel exercido pelo Poder Judiciário quando provocado pelo titular de um direito fundamental social em demandas que buscam a concretização do direito à moradia ante a omissão ou inércia na efetivação deste direito fundamental social, cabendo como fim último acionar o Poder Judiciário para agir em sua defesa, proferindo decisões para garantir o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente e a prestação negada ou não proporcionada por quem de dever.

Streck (2003, p. 169-170) aponta alguns pressupostos acerca da discussão posta, ponderado que, se há indagações acerca das funções do Poder Judiciário na realização ou efetivação de direitos sociais fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiramente, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, que há inércia dos Poderes Públicos na realização de políticas públicas aptas à concretização dos direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal.

Diante disso, é possível, ou até mesmo necessária, a intervenção da justiça constitucional, afinal, a noção de Estado Democrático de Direito, assentada nos pilares da democracia e da realização dos direitos fundamentais, está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais (STRECK, 2003, p. 170).

O Poder Judiciário possui, portanto, o poder-dever constitucional de negar a aplicação de leis e atos administrativos

³ Para um estudo aprofundado acerca da historicidade, da formação e divisão dos Poderes conforme concepção de tripartição dos poderes, modelo adotado pelo Brasil na forma mencionada pela Constituição Federal de 1988, podem ser consultadas na doutrina, dentre outras, as lições de Aristóteles (2001) e Montesquieu (2000).

⁴ O Princípio da Separação dos Poderes foi fixado na Constituição Federal Brasileira de 1988, com a seguinte redação: Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

contrários aos direitos fundamentais, sendo que em decorrência de tal poder, também dispõe de competência jurisdicional para controlar o planejamento e a execução das políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais, assegurando a viabilidade e a legitimidade do Poder Judiciário em compelir o Poder Executivo a executar medidas no sentido de empregar condutas para corrigir os problemas sociais decorrentes da ausência de políticas públicas, o que leva à conclusão de que todos os poderes encontram-se obrigados a buscar a efetividade de medidas voltadas à concretização dos direitos fundamentais (BARATIERI, 2014, p. 34-35).

Em defesa da judicialização dos direitos sociais Abramovich e Courtis (2011, p. 153) refutam o obstáculo vinculado à falta de especificação concreta do conteúdo e à vagueza das normas definidoras dos direitos sociais. Para os autores, este aspecto tido como obstáculo sugere várias observações, especialmente por não ser a indeterminação do conteúdo constitucional de determinado direito um problema ligado exclusivamente aos direitos sociais, o que de fato ocorre com os direitos civis e políticos, o que não levou à afirmação de que tais direitos não fossem exigíveis judicialmente, pois atingidos pela falta de especificação de seus limites e conteúdo.

Argumentos favoráveis ao reconhecimento do direito subjetivo a uma prestação concreta pelo Estado ficam evidentes, sendo resumidos por Baratieri (2014, p. 40) da seguinte forma:

- a) a natureza aberta e a formulação vagas das normas não impedem sua imediata aplicabilidade e a plena eficácia;
- b) a norma constitucional definidora de um direito social, que possibilite reconhecer seu significado central e incontroverso, poderá ser aplicada independentemente de intermediação legislativa;

- c) o Poder Judiciário possui o dever constitucional de determinar, quando da sua aplicação, o conteúdo dos preceitos normativos;
- d) em razão do disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais assumem caráter de autênticos direitos subjetivos.

A exigibilidade dos direitos sociais frente ao poder judiciário envolve uma vasta discussão relacionada a preceitos constitucionais e posicionamentos doutrinários, tendo em vista a conclusão acerca dessa possibilidade, sendo oportuno ressaltar que, conforme defendido por Abramovich e Courtis (2011, p. 119), o gozo dos direitos sociais requer sua judicialização da mesma maneira que os direitos civis e políticos, projetando-se a pertinente a possibilidade de demandar judicialmente esta obrigação de não regressividade.

Em casos de omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo na realização de políticas públicas necessárias à concretização de direitos fundamentais sociais, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos referidos poderes estatais, para agir legitimamente na correção das omissões de forma integradora, com amplos poderes coercitivos necessários à concretização do provimento jurisdicional (CANELA JÚNIOR, 2011 p. 91-92).

A efetivação dos direitos sociais prestações, por exigirem ações concretas pautadas em ações estatais positivas, transmuda-se em dever constitucional do Estado, nas funções instituídas de cada poder estatal, incumbindo ao Poder Judiciário, quando provocado pelo titular do direito, em virtude da omissão ou insuficiência dos demais poderes, garantir a concretização de tais direitos com o fim de atender essa demanda da melhor maneira possível.

2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS E APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO

Apartir da estrutura teórica desenvolvida ao longo do presente trabalho, passa-se à análise da efetividade do direito fundamental social à moradia, a partir das conclusões sumárias de que o acesso à efetivação dos direitos sociais prestacionais é direito do cidadão e dever do Estado, por meio do desenvolvimento de políticas públicas para alocação de recursos para a concretização destes direitos, e que, por serem direitos que exigem uma conduta positiva estatal, são dotados de exigibilidade, o que autoriza, em caso de inércia ou omissão em sua materialização, a possibilidade de o titular recorrer ao Poder Judiciário com a pretensão de compelir o ente público a atuar de forma a concretizar a prestação violada.

No âmbito da efetivação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista o objeto deste trabalho, convém analisar o papel ativo exercido pelo Poder Judiciário na concretização do direito fundamental social à moradia, a partir da análise de decisões proferidas em casos concretos.

O Superior Tribunal de Justiça, chamado a julgar questão afeta ao direito à moradia em *habeas corpus* impetrado por Defensor Público em favor de Gildázio Manoel da Silva Júnior, porquanto denunciado como incurso no delito tipificado no art. 40 da Lei n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais),⁵ por ter construído uma casa em unidade de conservação, decidiu pela concessão da ordem pleiteada, nos termos da ementa do acórdão:

⁵ Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

PENAL. DANO AO MEIO AMBIENTE (ART. 40 DA LEI N. 9.605/98). CONSTRUÇÃO DE CASA DE ADOBE. DELITO INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. CONDUTA ANTERIOR À LEI INCRIMINADORA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CRIME. INEXISTÊNCIA. DOLO DE DANO. AUSÊNCIA. MORADIA. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL. ÁREA CONSTRUÍDA. 22 (VINTE E DOIS) METROS QUADRADOS. INSIGNIFICÂNCIA. PROCESSO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. 1. A construção de casa de adobe em área de preservação ambiental constitui dano direto instantâneo de efeitos permanentes. Precedentes. 2. Não há crime sem lei anterior que o defina (art. 1º do Código Penal). 3. Conduta anterior à vigência da Lei n. 9.605/1998. 4. A construção de casa para servir de moradia ao acusado e sua família não configura dolo de dano ao meio ambiente, pois traduz necessidade e direito fundamental ao chão e ao teto (art. 6º da Constituição Federal). 5. O direito penal não é a *prima ratio*; o dano causado ao meio ambiente decorrente da edificação de casa com 22 (vinte e dois) metros quadrados não ultrapassa os limites do crime de bagatela e pode ser resolvido por meio de instrumentos previstos em outros ramos do Direito Civil. 6. Ordem concedida para cassar o acórdão e restaurar a sentença absolutória. (BRASIL, 2011).

O Ministro Relator ponderou em seu voto que o caso sob análise se trata de política habitacional e não de política criminal, constatando que o dolo do paciente era de construir uma moradia para si e sua família, pois não tinha onde morar e era hipossuficiente, vendo-se na contingência de, como tantos outros, invadir área pública para construir sua moradia.

De fato, o Estado existe com a finalidade precípua de atender ao bem comum, o que representa a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, devendo promover a igualdade substancial dos cidadãos mediante a efetivação material, e não meramente formal, destes direitos por meio da instituição de metas e políticas a serem executados com vistas à sua concretização (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 85).

Ademais, importante ressaltar a manifestação sobre a conduta debatida no caso concreto, em que fora ressaltado que o dano

causado à vegetação do cerrado, nesta dimensão, nada representa diante da relevância do direito de morar, garantido pela Constituição Federal em seu art. 6º como direito social fundamental.

Portanto, a partir da análise das particularidades do caso supracitado, pode-se perceber a atuação do Poder Judiciário na proteção do direito à moradia enquanto direito social fundamental, garantindo a proteção e satisfação das necessidades materiais vinculadas, no sentido de intervir na concretização deste direito.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), por sua vez, por meio da Segunda Câmara de Direito Público, ao julgar recursos de apelação interpostos por Vanderlei Bonassa e pelo Município de Xanxerê-SC, entendeu que, muito embora não haja direito fundamental absoluto, o direito fundamental à moradia, envolvido no presente caso com o direito ambiental, deveria prevalecer a fim de garantir o mínimo existencial no caso concreto.

O acórdão, sob a relatoria e presidência do Desembargador João Henrique Blasi, apresenta a seguinte ementa:

APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DURADOURA OCUPAÇÃO DE ÁREA VERDE. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO DA ALEGADA DECADÊNCIA DA PRETENSÃO DEMOLITÓRIA. SENTENÇA DETERMINATIVA DA DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL EM 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. OBRIGAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE ASSEGURAMENTO DO DIREITO À MORADIA. DESOCUPAÇÃO CONDICIONADA À DESIGNAÇÃO, PELO PRÓPRIO MUNICÍPIO, DE NOVO LOCAL ADEQUADO PARA A RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA OCUPANTE. OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL POR AMBAS AS PARTES RÉS. RECURSO DA MUNICIPALIDADE DESPROVIDO. RECURSO DO CORRÉU PARCIALMENTE PROVIDO. I. Cabe ao Juiz, na condição de condutor do processo e de destinatário da prova, decidir sobre os lindes da instrução, não importando em cerceio de defesa o julgamento antecipado da lide lastreado exclusivamente em elementos documentais, se as demais provas requeridas foram havidas como desnecessárias para o deslinde do feito. II. O aventado transcurso do prazo decadencial de um lustro, regrado pela Lei n. 9.784/99, não merece ser placitado, haja vista que, permanecendo a irregularidade, isto é, a existência de

edificação sobre área de preservação permanente, não há falar em lapso temporal para o agir do Poder Público visando a coarctá-la. III. "Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo o embate entre o direito ambiental difuso a um meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos de prevalência deste, a fim de garantir o mínimo existencial no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro. Desta forma, demonstrada ocupação de área de preservação permanente ou terreno de marinha, com fins de moradia por tempo considerável, deve o possessor demolir a construção ilegitimamente levada a efeito, recompondo o meio integralmente ou pagando multa indenizatória direcionada para tal fim. Entretanto, a desocupação somente poderá ser efetivada após garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família" (TRF - 4ª Região - Apelação Cível n. 2005.04.01.032019-0/SC, rel^a. Des^a. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, j. em 15.9.2009)". (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2014.071286-1, de Joinville, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 31.3.2015). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.060516-4, de Xanxerê, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 23-06-2015) (SANTA CATARINA, 2015).

O posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina neste caso operou em defesa do direito fundamental à moradia, garantido pela ordem constitucional, bem como do direito ambiental. Ao analisar as alegações pertinentes ao direito à moradia, o Relator fundamentou em seu voto que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, inscreve a moradia como direito social inalienável, bem como faz menção ao inciso IX, do art. 23, inciso IX, do mesmo diploma constitucional, que trata da promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Do teor do voto do acórdão extraem-se as peculiaridades deste caso, que envolve, em síntese, o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Estadual visando a compelir um Município a retirar a família residente em área verde e realocá-la ao

programa Aluguel Social ou em outro programa habitacional adequado a fim de garantir-lhes o direito mínimo à moradia.

Ainda, destaca-se o dever do Estado na execução de programas e políticas públicas direcionadas à efetivação do direito à moradia, enquanto direito fundamental social que necessita de uma prestação material positiva por parte dos órgãos estatais incumbidos para tal desiderato. Ressalta, ainda, a dúplici obrigação estatal, de um lado a de preservar o meio ambiente e, de outro, a de assegurar o direito à dignidade da pessoa humana e à moradia do apelante e sua família.

Asolução mais adequada neste aspecto foi a de dar provimento ao recurso neste ponto, para reformar a decisão de primeiro grau e garantir que a desocupação do imóvel, bem como a ordem para demolição, seja precedida de destinação, pela municipalidade, de local adequado para a moradia da família do apelante.

Na baliza entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia, nesse caso concreto venceu o direito à moradia. Para Alexy (2008, p. 90-98), realizar o sopesamento de interesses conflitantes é constatar no caso concreto qual dos interesses tem mais peso. Não se elimina um dos princípios do ordenamento jurídico, apenas é estabelecida uma precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2008, p. 90-99).

Não se ignora que os sacrifícios são inevitáveis sempre que acontece a colisão entre princípios. A ponderação, nesse contexto, torna-se indispensável. A ponderação é o foco da proporcionalidade *stricto sensu* e determina que “quando maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.” (ALEXY, 2015, p. 19).

O direito fundamental social à moradia tem sido reconhecido quando da apreciação de demandas em diversas situações. Vislumbra-se que o Poder Judiciário tem atuado de forma ativa e legítima na

concretização de tal direito, respeitando as atribuições de cada um dos poderes estatais constituídos.

Ademais, vem consolidando o entendimento de que o direito à moradia se constitui em direito social fundamental intimamente relacionado à materialização do mínimo existencial e da dignidade humana, ponderando que os custos financeiros para viabilizar a concretização dele devem ser adequados e suficientes para suprir as demandas sociais. Diante de casos como os apresentados neste trabalho, a técnica da ponderação deve ser utilizada a fim de resolver casos difíceis.

3 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, entendidos como aqueles positivados na Constituição de cada Estado, constituem o alicerce do Estado Democrático de Direito, o qual mantém como um dos objetivos primordiais do Estado a garantia e proteção de direitos mínimos para uma existência com dignidade.

A transformação do clássico Estado Liberal para o Estado Social de Direito pode ser considerada o ápice para o surgimento dos chamados direitos sociais, tidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, tendo em vista que a partir das mudanças no âmbito econômico e social à época, além dos direitos de liberdade, caracterizados como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, a sociedade carecia de direitos que gerassem ao ente estatal o dever de realização de prestações em prol dos indivíduos e da realização da justiça social.

Com o reconhecimento dos direitos sociais, na superação da perspectiva daqueles direitos fundamentais de natureza estritamente liberal, constata-se que tais direitos apresentam uma perspectiva dúplice, haja vista que apresentam tanto um caráter defensivo, como um prestacional.

A partir do momento que os direitos sociais são definidos como direitos que exigem uma conduta positiva do Estado, ao que também se denomina de prestações, que objetivam realizá-los, tem-se que são dotados de exigibilidade, o que garante, havendo violação na prestação destes direitos, a sua justiciabilidade, no sentido da possibilidade legítima deste direito subjetivo ser demandado em juízo por seu titular.

O Estado, considerado a partir de sua divisão funcional em poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme instituído pela própria estrutura normativa da Constituição Federal, está sujeito à realização dos objetivos estatais definidos pelo constituinte, dentre os quais se destaca ao presente estudo o dever de satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Além disso, o papel do Estado na garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais é traduzido, principalmente no que se refere às competências dos Poderes Legislativo e Executivo, a partir de um conjunto de ações ou medidas concretas destinadas à concretização de direitos que possibilitem a igualdade de condições dignas mínimas, ao que se denomina de políticas públicas.

Portanto, é dever do Estado, por meio das políticas públicas, garantir a concretização dos direitos sociais, notadamente do direito à moradia, e definir prioridades em meio às condicionantes fáticas e financeiras, a fim de que não se torne omissa ou ineficiente para efetivar essas ações.

O direito à moradia, que se encontra assegurado como um direito social fundamental no ordenamento constitucional, a partir de sua inserção expressa no rol dos direitos sociais, evidencia-se como pressuposto à materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao longo deste estudo, demonstrou-se que o direito à moradia, assim considerado como os demais direitos fundamentais sociais em seu caráter prestacional, exige a presença estatal em seu dever de garantir prestações materiais necessárias à sua concretização.

Nesse contexto, surge a problemática vinculada à omissão ou inércia do Estado em seu dever constitucional de concretização dos direitos fundamentais sociais frente à característica de exigibilidade destes.

A frequente omissão do Estado na adoção de medidas, especialmente na efetivação do direito social à moradia, faz como que se configure a possibilidade de o titular do direito subjetivo lesado demandar sua pretensão perante o Poder Judiciário para compelir o órgão estatal em seu dever de promover a realização concreta do direito.

Muito embora se invoque o princípio da separação dos poderes para mitigar a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direito fundamental social, ressalta-se que este último somente é provocado a partir da violação do direito, não havendo que se falar em interferência na esfera exclusiva de atribuições dos Poderes Executivo ou Legislativo, porque atua no âmbito jurisdicional.

O judiciário tem atuado em defesa de tal direito, o qual tem sido garantido em detrimento das alegações de defesa baseadas em fatores econômicos, notadamente acerca da reserva do possível, bem como frisando a responsabilidade estatal na promoção deste direito. A atuação perpassa pela aplicação da teoria da ponderação, pois não é rara a colisão entre princípios fundamentais nos casos concretos.

Os tribunais têm ressaltado a qualidade do direito à moradia como direito fundamental que perpassa pela dignidade da pessoa humana e pela garantia do mínimo existencial, assim como têm refutado fundamentadamente eventual alegação defensiva de violação ao princípio da separação dos poderes pelo órgão judiciário, o qual exerce a proteção de direitos fundamentais em virtude das próprias ações ou omissões constitucionais praticadas pelo Estado em afronta aos preceitos constitucionais pelos demais poderes estatais constituídos.

O Poder Judiciário deve se pautar na teoria da proporcionalidade ou da ponderação para a resolução de problemas complicados relacionados ao direito à moradia. Em cada caso

concreto, aplicando-se a fórmula do peso, será possível definir se o direito à moradia prevalecerá ou não.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. ed. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço Público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas públicas por dentro**. 3. ed. rev. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 jul. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANUTO, Elza Maria Alves. O direito à moradia urbana como um dos pressupostos para a efetivação da dignidade da pessoa humana. 2008. Tese (Doutorado)-Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2008. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1155/1/DireitoMoradiaUrbana.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2014.060516-4**. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Julgamento em 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000SLSR0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8158463&pdf=true>>. Acesso em: 08 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./fev. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro. **Caderno de Pesquisas**, n. 7, maio 1997. Disponível em: <http://www.redbcm.com.br/arquivos/bibliografia/o_direito_a_moradia.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 124820.** Relator: Ministro Celso Limongi. Órgão Julgador: Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 05 maio 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE n. 855762 AgR/RJ.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão em 19 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8597788> > Acesso em: 12 ago. 2015.

CAPÍTULO II

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E O DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS NA OBRA “ESPAÇOS NO DIREITO PÚBLICO” DE MATTHIAS KLATT E JOHANNES SCHMIDT

Yuri Schneider¹
Vinicius Filipin²

Resumo: O presente artigo propõe analisar o desenvolvimento da teoria dos princípios de Robert Alexy a partir da obra “Espaços no Direito Público”, de Matthias Klatt e Johannes Schmidt. Para tanto, parte-se da análise dogmática acerca da ponderação, em especial sobre a objeção que afere que a jurisdição não possui legitimidade para ponderar. Respondendo objetivamente a essa objeção, fala-se da dogmática dos espaços para, finalmente, com a obra em comento, analisar as funções dos espaços epistêmicos e os desenvolvimentos das teorias de Robert Alexy na doutrina de Matthias Klatt e Johannes Schmidt.

Palavras-chave: dogmática; teoria dos princípios; Robert Alexy.

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas no Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor de Direito Administrativo e Econômico (Graduação e Pós-Graduação) na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Sócio-fundador da J. Vidor, Schneider & Bastos - Advogados, onde exerce a advocacia e a direção jurídica da área de Direito Administrativo e Econômico/Regulatório, com sede em Porto Alegre, RS, e correspondentes em diversas capitais da federação; Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS; Editor-Associado da Revista Espaço Jurídico Journal of Law da Unoesc.

² Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Gestão Pública da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Professor Substituto de Direito Administrativo do Bacharelado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Advogado no escritório J. Vidor, Schneider e Bastos - Advogados Associados, com ênfase em Direito Administrativo.

Abstract: The article's purpose is to review the development of Alexy's principles theory in "Spaces in Public Law" written by Matthias Klatt e Johannes Schmidt. Therefore, it starts from the dogmatic analysis about balancing, in particular on the objection that the jurisdiction has no legitimacy to balance. Responding objectively to this objection, the dogmatic of the spaces is used to, finally, with the book in question, analyze the functions of epistemic spaces and the developments of theories of Robert Alexy in the doctrine by Matthias Klatt and Johannes Schmidt.

Keywords: dogmatic; theory of principles; Robert Alexy.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria dos princípios, apresentada inicialmente por Robert Alexy, em 1985, na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (do alemão *Theorie der Grundrechte*), vem sendo desenvolvida pelo autor ao longo dos últimos anos. Como fizera desde o seu primeiro livro, *Theorie der juristischen Argumentation*, de 1978, Alexy mostra-se convicto em afirmar a teoria do discurso como a melhor das teorias da racionalidade prática, porquanto apenas ela daria suporte à correção prática, assim como afirmar a tese do caso especial, pela qual o discurso jurídico mantém com o discurso prático geral os elementos práticos e apresentam a pretensão de correção. Mas, principalmente, Alexy afirma os direitos fundamentais como princípios e, portanto, mandamentos de otimização passíveis de ponderação, estabelecendo, pois, uma relação de necessariedade entre o Direito e a correção.

O alcance da obra de Alexy é inegável. Traduzidos para mais de vinte países, seus escritos vêm sendo publicados, dentre outras línguas, em inglês, espanhol, italiano, português, chinês, lituano, polonês, italiano e coreano. No Brasil, em especial, a influência da sua teoria é de pronto constatada nas centenas de referências em trabalhos acadêmicos, tais como monografias, dissertações e

teses, para além de livros e artigos constantemente publicados.³ Igualmente, a sua influência também se assiste na prática jurídica, na qual as formulações da teoria dos princípios mostram-se presentes nas discussões de colegiados, nos votos em acórdãos e em fundamentações de sentenças.⁴

Compreender a teoria de Alexy é, portanto, elemento indissociável do estudo da ciência jurídica. Mas, para tanto, faz-se necessária uma análise coerente que considere verdadeiramente as formulações da teoria dos princípios. Isto porque não tem sido incomum a elaboração de críticas e objeções que, no entanto, já nascem insustentáveis pelo mero fato de denotarem, de plano, grande desconhecimento - proposital ou não - da própria teoria de Alexy, em flagrantes casos de desonestidade intelectual. Vale dizer, quem se propõe a dirigir qualquer objeção não pode, pois, abrir mão do rigor científico que pressupõe conhecimento acurado e verdadeiro daquilo que se refuta.

Outras críticas, porém, são importantes e coerentes, e não podem ser desconsideradas. Pelo contrário, devem ser constantemente discutidas a fim de que se averigüe a possibilidade

³ Apenas a título indicativo, pesquisa no Banco de Dissertações e Teses da CAPES comprova que o nome “Robert Alexy” é encontrado em 270 títulos de dissertações e teses, isto para não referir aquelas pesquisas que, não obstante versem sobre sua teoria, não contemplam seu nome no título.

⁴ Também apenas a título indicativo, pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul revela que o nome “Robert Alexy” é encontrado em 1.300 resultados. A expressão “ponderação”, em 103 mil. No sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o nome “Robert Alexy” é utilizado em 424 documentos, assim como a expressão “ponderação” é vista em mais 23.737. No sítio do Superior Tribunal de Justiça, o nome “Robert Alexy” é encontrado em 18 documentos, ao mesmo tempo em que “ponderação” está referida em 1.206 acórdãos. No Supremo Tribunal Federal, por fim, encontra-se o nome “Robert Alexy” em 57 documentos, enquanto que a expressão “ponderação” consta em 331 deles. Por óbvio, tais resultados são lançados sem que uma pesquisa qualitativa refinada seja feita, o que certamente revelaria o contexto em que estão sendo utilizadas. Não obstante, valem, de qualquer sorte, para relevar a presença constante das formulações de Robert Alexy na prática jurídica brasileira.

de se encontrar na própria teoria dos princípios as respostas a estas críticas. Nesse sentido, Gavião Filho (2011, p. 27) destaca três principais objeções dirigidas à teoria e, em específico, à ponderação. Primeiro, aponta-se para a irracionalidade da ponderação, ou seja, que sua utilização levaria à subjetividade, não sendo passível de controle intersubjetivamente racional. Depois, afirma-se que a ponderação enfraquece os direitos fundamentais, pois pressupõe seja autorizado o não cumprimento de um direito fundamental. Por fim, é colocada a objeção no sentido de que a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional não detêm legitimidade para ponderar, pois juízes não são escolhidos diretamente pelo povo.

É exatamente a objeção última que dialoga com o objetivo da presente investigação, que é, pois, analisar os principais argumentos que concluem pela pretensa ilegitimidade da jurisdição para, ao cabo, verificar se a teoria dos princípios se mantém. O objetivo central é confirmar, a partir da dogmática dos espaços, que une direitos fundamentais e democracia, a existência da legitimidade jurisdicional para ponderar. Em especial, pretende-se tal demonstração a partir das novas formulações da teoria de Robert Alexy dadas pela doutrina Matthias Klatt e Johannes Schmidt, na obra “Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios” (KLATT; SCHMIDT, 2015).

2 A OBJEÇÃO À LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO NA PONDERAÇÃO E A DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS

A teoria dos princípios surge da discussão sobre *como* as normas jurídicas são aplicadas e sobre *como* deverão ser justificadas as decisões judiciais, o que, conforme Gavião Filho (2011, p. 20), implica maior centralidade quando o aplicador do Direito (*Rechtsanwendende*) vê-se diante um caso de colisão de direitos fundamentais. É que, com efeito, o sistema jurídico de um ordenamento sob a égide do

Estado Democrático de Direito deve revelar-se de normas jurídicas compostas por regras e princípios.

Nesse sentido, leciona Gavião Filho (2011, p. 20):

A distinção entre as regras e os princípios a partir do caráter lógico, segundo Dworkin, reside no modo de aplicação diferenciado entre ambas as espécies de normas e no caso de conflito de regras e de colisão de princípios. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (all-or-nothing fashion), isto é, possuem apenas dimensão de validade, pois dados os fatos que uma regra estipula ou a regra é válida e, portanto, aceita, ou não é válida, não contribuindo para a decisão [...] Dito de outro modo, as regras simplesmente se aplicam ou não se aplicam aos casos concretos para os quais foram instituídas. Ou, se uma regra é válida e absolutamente aplicável a um caso dado, então ela “obriga”, isto é, determina de forma conclusiva o resultado jurídico ou a consequência.

A base da teoria dos princípios é, portanto, a distinção teórico-normativa de regras e princípios. Conforme Alexy (2015, p. 11), “regras são normas, que definitivamente pedem algo.” São, assim, mandamentos definitivos que se aplicam pela subsunção. Princípios, prossegue o autor, “são, pelo contrário, mandamentos de otimização” e, como tal, “pedem que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas.” (ALEXY, 2015, p. 11).

A distinção proposta por Alexy mostra-se necessária num sistema jurídico de constitucionalismo democrático. Isto porque os sistemas jurídicos compostos apenas por regras traz problemas que, para Gavião Filho (2011, p. 29), relacionam vinculação e abertura. Se as regras determinarem a solução de um caso, o sistema jurídico implica alto grau de vinculação. No entanto, se, por outro lado, o sistema jurídico não dispuser de regra que possibilite a solução de um caso, o juiz estará livre para

fazer uso de critérios extrajurídicos. Nesse caso, determinação e vinculação é, conforme Alexy, questão de tudo ou nada.

Por outro lado, prossegue Gavião Filho (2011, p. 29), um sistema jurídico composto apenas de princípios não seria a melhor solução, mormente porque a alta indeterminação “aniquilaria a irrenunciável exigência da segurança jurídica” e, igualmente, implicaria na “substituição da vinculação pela ponderação e, com isso, perda de clareza e univocidade normativas para a Constituição.”

Considerar as normas jurídicas como regras ou princípios é, para Dworkin, uma distinção lógica, pois ambos “apontam *para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas diferem quanto ao caráter da direção que elas oferecem*”. Assim, no mesmo sentido apontado por Alexy, a teoria de Ronald Dworkin propõe que as regras se aplicam mediante critério de “tudo ou nada”. Logo, uma vez válida, torna-se cogente aceitar os efeitos jurídicos da regra. Se inválida, não pode fundamentar ou exigir qualquer consequência. Já os princípios, de outra banda, não determinam decisão concludente pré-estabelecida se satisfeitas as condições previstas (DWORKIN, 2002, p. 35-50).

Daí porque Dworkin (2002, p. 35-50) conclui que os princípios atuam em dimensão estranha à das regras, pois abarcados na dimensão de peso ou importância. O intérprete, portanto, ao aplicar uma norma-princípio, deve, obrigatoriamente, levar em conta seu peso, o que possibilita, aliás, seja um princípio não aplicado no caso concreto sem que deixe de denotar validade no sistema. Portanto, os princípios contêm aquilo que Gavião Filho (2011, p. 30) chama de “fundamentos que falam a favor de uma ou outra decisão.” Em caso de colisão de dois princípios, o que possuir o maior peso

supera o outro, sendo fundamento de uma decisão judicial, sem que, porém, o outro deixe de existir no ordenamento jurídico.

Logo, as normas de direitos fundamentais, mandamentos a serem otimizados, cumprem-se em diferentes graus, sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O resultado, aqui, advém do fato de que os direitos fundamentais são passíveis de colisão, e dizem de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Destaca-se, a propósito, não serem normas de direitos fundamentais tão somente aquelas diretamente expressadas nas disposições constitucionais, mas também podem ser formuladas pela abertura semântica das expressões que as propõem. Aqui, tem-se a indeterminação normativa, cujas causas podem remeter à indeterminação semântica, indeterminação sintática, indeterminação estrutural, redundância e, também, indeterminação pragmática.

Nesse sentido, a lição de Gavião Filho (2011, p. 30):

Assim, por exemplo, da disposição do art. 196, caput, da Constituição Federal, que diz que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado” podem ser formuladas as seguintes normas: i) “todos têm direito à saúde” - diretamente expressada e ii) “todos têm direito àquilo que no conceito de saúde pode ser incluído”; iib) “todos têm direito à internação hospitalar”; iic) “todos têm direito à assistência médica”; iid) “todos têm direito à vacinação”; iie) “todos têm direito a medicamentos”. Afora a abertura semântica da expressão “saúde”, a disposição do art. 196, caput, da Constituição Federal, apresenta uma abertura estrutural na medida em que permite formular normas do tipo: iif) “todos têm direito a que o Estado crie mecanismos de proteção à saúde”; iig) “todos têm direito a que Estado crie organismos e procedimentos para a realização do direito à saúde”. A norma diretamente expressada “todos têm direito à saúde” resulta de uma tradução literal, automática e direta, em termos prescritivos ou deontológicos, da disposição de direito fundamental “a saúde é um direito de todos” do art. 196, caput, da Constituição Federal.

A norma diretamente expressada diz da linguagem do dever, que ordena reconhecer, como no exemplo, o direito à saúde. Já as normas de direitos fundamentais associadas “formam parte *prima facie* do conceito semântico ou do âmbito normativo das disposições de direitos fundamentais”, possuindo, pois, validade *prima facie*, o que só atinge validade definitiva no momento de sua concretização. O trânsito da validade *prima facie* da norma de direito fundamental à validade definitiva, passível, inclusive, de sindicabilidade judicial, tem como condutor a ponderação.

A ponderação, para Alexy (2015, p. 156), é um dos temas principais sobre o debate da interpretação dos direitos fundamentais, desempenhando, na prática de muitos tribunais constitucionais, um papel central. A ponderação, com efeito, está na proporcionalidade, princípio que se compõe de três princípios parciais, a saber, (1) idoneidade, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito/restrito, estando, especificamente, no terceiro. Em verdade, a ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito/restrito. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam, conforme Gavião Filho (2015, p. 148), das possibilidades fáticas, enquanto que o princípio parcial da proporcionalidade diz respeito às possibilidades jurídicas, sendo os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão.

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito contém, assim, um mandamento de ponderação, o qual resulta, conforme Alexy (2015, p. 156), na regra de que “quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” Então, realiza-se a verificação desses graus em três passos, assim resumidos por Gavião Filho (2011, p. 32):

A verificação desses graus deve ser realizada em três passos: i) deve ser comprovado o grau de não

cumprimento ou prejuízo de um princípio - ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; ii) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário - ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; iii) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio - ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental.

Resulta daí o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais. Ou seja, a caso de colisão de direitos fundamentais que se deixa resolver pela ponderação “resulta no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada.” Assim, o direito fundamental que adquire primazia na relação de precedência condicionada passa da validade *prima facie* à validade definitiva.

Vê-se, com o exposto, que a questão comumente levantada no sentido da atribuição de graus diz, exatamente, a possibilidade de seu controle intersubjetivo, argumentando-se que tais graus são incomensuráveis. Ao lado dessa objeção que, como já visto, aponta à irracionalidade da ponderação, está a de que a ponderação enfraqueceria os direitos fundamentais e, finalmente, e aqui destacada, a de que a jurisdição não possui legitimidade para ponderar.

Conforme Gavião Filho (2011, p. 299), a objeção no sentido de que tanto jurisdição ordinária quanto jurisdição constitucional não possuem legitimidade para ponderar diz que, para além da perda de primazia e do enfraquecimento dos direitos fundamentais, a ponderação “implica redução do espaço de conformação política do legislador,

comprometendo a democracia e o princípio da divisão dos poderes e, com isso, o próprio Estado de Direito constitucional democrático.”

Com efeito, a objeção acerca da legitimidade da jurisdição implica na discussão sobre os limites da competência do legislador e dos tribunais para interpretar e aplicar os direitos fundamentais, fundando, assim, ainda na lição de Gavião Filho, a tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais:

O princípio democrático diz que compete ao legislador desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando os interesses e bens no espaço das escolhas políticas. O fundamento dessa competência está exatamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais que, por seu lado, constituem pressuposto para a democracia. Por isso mesmo, os direitos fundamentais vinculam o legislador, estabelecendo limites ao princípio da maioria, de tal sorte que as decisões políticas do legislador não possam restringir, para além do autorizado pela Constituição, as posições fundamentais jurídicas *prima facie*. Há, então, uma contradição entre democracia e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são democráticos porque eles - liberdade e igualdade - asseguram o desenvolvimento de pessoas capazes de manter o processo democrático e, ainda, eles - liberdade de opinião, reunião e associação - mantêm as condições funcionais da democracia. Por outro lado, os direitos fundamentais não são democráticos porque, vinculando o legislador democraticamente escolhido, subtraem da maioria parlamentar poderes de decisão política. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 299).

Para responder a essa objeção, o autor recorre à dogmática dos espaços e à representação argumentativa da jurisdição. É que, de fato, a dogmática dos espaços, conforme será visto a seguir, implica um conceito de Constituição que seja capaz de “compatibilizar uma ordenação fundamental com uma ordenação-quadro, ocupa-se da discussão dos espaços estruturais e epistêmicos liberados para a conformação legislativa.” Assim, considerando que a legitimidade da

jurisdição para ponderar direitos fundamentais é alcançada com a argumentação, torna-se argumentativa a representação.

A dogmática dos espaços é compreendida por Gavião Filho como central à legitimidade da jurisdição na ponderação de direitos fundamentais porquanto fundamenta a união entre direitos fundamentais e democracia ao propor, “entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização, a constitucionalização adequada”. É nesse contexto da dogmática dos espaços que os princípios formais e a dimensão formal dos direitos fundamentais tornam-se personagens do “jogo de princípios guiado pelas leis da ponderação.”

Para Robert Alexy, a jurisdição constitucional expressa o ser preferencial e de hierarquia mais elevada da constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais diante a dação da lei ordinária. Logo, a jurisdição constitucional está além de afirmar sobre constitucionalidade, pois “não só diz algo, ele também faz algo”, tendo como regular escopo a competência de deixar sem validade atos anticonstitucionais do parlamento, o que denota o caráter não apenas proposicional ou discursivo da atividade dos tribunais constitucionais, mas também institucional ou fundado em autoridade.

No entanto, o problema da ponderação é central no imbróglio da dimensão metodológica da jurisdição constitucional. Vale dizer, como se justifica a sua competência jurídica, o que retoma o problema da sua relação com a democracia. Nesse sentido, conforme Alexy, a jurisdição constitucional é exercício do poder estatal:

Em um estado democrático, no qual - como está dito no artigo 20, alínea 1, proposição 1, da lei fundamental, - “todo poder estatal... provém do povo”, jurisdição constitucional somente então pode ser legítima se ela é compatível com a democracia. O exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual e - por meio da sanção da não

reeleição - controlados. Isso é, em todo o caso, em geral, diferente no caso da jurisdição constitucional. Os juizes do tribunal constitucional não têm regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição. Isso é compatível com democracia? A única possibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia consiste nisso, compreendê-la também como representação do povo. Esse caminho, contudo, dois obstáculos parecem obstruir. Representação do povo parece, primeiro, necessariamente estar unido com reeleições e, caso, segundo, fosse possível, porém, representação sem eleições, porque deveria esse tipo de representação ter primazia diante de uma representação que se apoia em eleições? (ALEXY, 2015, p. 163).

Fala-se, assim, portanto, na representação argumentativa como chave para a solução da problemática suscitada e, com isso, no geral, do problema da jurisdição constitucional. Representação, na teoria dos princípios, é relação de duas variáveis entre representados (povo) e representantes (parlamento). Primeiro, no caso da dação das leis pela atividade parlamentar, a relação é determinada por eleições. No entanto, é possível, para Alexy (2015, p. 162-163), esboçar-se uma imagem de democracia que contenha apenas um procedimento de decisão centrado em conceitos de eleições e regras da maioria, do que seria um modelo absolutamente decisionista de democracia. Por outro lado, um conceito adequado de democracia não deve apoiar-se apenas no conceito de decisão, pois precisa, também, ser argumento.

Nesse sentido, abarcar a argumentação deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, em sua maior medida possível, como meio de tomada de decisão pública. Tem-se, aqui, o elo entre povo e parlamento determinado não apenas por decisões, de cuja expressão está em eleições e votações, mas também por argumentos. Assim, leciona Alexy (2015, p. 163) que a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva:

Gavião Filho (2011, p. 301), por sua vez, salienta que o cognitivismo constitucional diz da jurisdição constitucional como capacitada a encontrar, a partir dos precedentes, da tradição e dos princípios e valores atuais de uma sociedade, para cada caso concreto, uma solução substancialmente correta. Para tanto, é necessário compreender os direitos fundamentais como triunfos que configuram limites à atuação do legislador, dando à função jurisdicional a sua defesa em face da vontade geral expressada pelo legislador, o que levaria, no entanto, a um ativismo jurisdicional em face de decisões do legislativo que violem disposições de direitos fundamentais.

O risco, porém, do cognitivismo extremado é o de culminar numa sobreconstitucionalização em que ao legislador cumpre tão somente executar a Constituição, não lhe resultando espaço para tomar decisões políticas oportunas. A sobreconstitucionalização, arremata, faz a Constituição perder seu caráter de ordenação-quadro para se tornar uma ordenação fundamental.

Nesse sentido:

Uma Constituição, como ordenação-quadro, traça ao legislador um quadro que: i) proíbe algo; ii) ordena algo e; iii) libera algo. O proibido é o impossível juridico-constitucionalmente, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível. O que está liberado ou é possível “reside no quadro”; “o proibido ou impossível, forma, juntamente com o ordenado ou necessário, o quadro”. Uma Constituição é uma ordenação fundamental no sentido quantitativo quando ela não libera nada de tal modo que tem uma ordem ou uma proibição para tudo. Essa concepção da Constituição como ordenação fundamental em sentido quantitativo é incompatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. As razões são óbvias. Contudo, uma Constituição como uma ordenação fundamental em sentido qualitativo é compatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. Isso porque uma Constituição como ordem fundamental qualitativa decide apenas sobre “aquelas questões que são fundamentais da comunidade”, deixando aberta a via para decisões sobre outras questões. Uma tal Constituição é uma Constituição como ordem fundamental e como ordenação-quadro. O

equilíbrio entre a ordenação fundamental e a ordenação-quadro e, assim, a constitucionalização adequada, é alcançado pela dogmática dos espaços. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 302).

Assim, entende-se os espaços como lugares (espaços) de conformação ou de atuação do legislador que a Constituição deixou livre. Esses espaços podem ser estruturais e espaços epistêmicos ou cognitivos, tendo como limite quando inicia aquilo que está determinado como proibido ou obrigatório pela Constituição.

Conforme Klatt e Schmidt (2015, p. 17), os fundamentos que justificam a existência de espaços são muitos. A força de determinação do texto da norma mostra-se muitas vezes limitada, assim como os limites da eficácia da interpretação do “arsenal metódico na subsunção”. Além disso, fala-se das inseguranças na valoração da ponderação de princípios em sentido contrário, vale dizer, a abertura da argumentação jurídica. Para os autores, existem dois tipos de espaços no direito, a saber, os estruturais e os epistêmicos. Aqueles existem no âmbito no qual a Constituição não ordena nem proíbe. Compreendem, portanto, o que é liberado. Já os espaços epistêmicos existem quando inseguro o conhecimento daquilo que Constituição ordena, proíbe ou libera.

O espaço estrutural é definido na teoria dos princípios pela ausência de mandamentos e proibições definidos. Vale dizer, quando a Constituição não ordena e nem proíbe, ela libera. Assim, conforme ensina Gavião Filho (2011, p. 302), o que a Constituição libera em definitivo está no espaço estrutural, sobre o qual não há controle judicial, pois ali termina a normatividade material definitiva da Constituição. Nesse sentido, os espaços estruturais são três: (1) espaço de determinação de finalidade, (2) espaço de escolha médio e (3) espaço de ponderação.

Com efeito, o espaço de determinação da finalidade para o legislador ocorre quando o direito fundamental contém uma

autorização de intervenção, mas não ordena, sendo o legislador livre não apenas para selecionar a finalidade como também escolher a medida da realização, tendo como único limite as medidas que, de nenhum modo, contribuem para a realização do fim. Já o espaço de escolha médio guarda relação corresponde ao espaço de escolha dos meios, surgindo no momento em que os direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, mas, também, ordenam ações positivas, mormente de proteção. Quanto ao espaço de ponderação, por fim, tem-se ele como indicativo, junto com o espaço epistêmico, da medida necessária e proporcional em sentido restrito, considerando-se, sempre, a intensidade de intervenção em outro direito fundamental.

Sobre o limite, a propósito, ensina Gavião Filho ser o de que estão proibidas, entre medidas igualmente idôneas, tão somente as mais gravosas. Afora isso, “o legislador é livre e nada lhe é determinado positivamente.” Portanto, o espaço da ponderação é “parte essencial da dogmática-quadro, correspondendo ao papel da proporcionalidade todo na dogmática-quadro.” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 302).

Contudo, para Klatt e Schmidt, a teoria de Robert Alexy reconstrói espaços epistêmicos como resultado de uma ponderação de princípios constitucionais formais e materiais, no que consiste, na visão deles, no problema principal do reconhecimento de espaços epistêmicos, que ao dador das leis é permitido apoiar intervenções em direitos fundamentais baseado em premissas inseguras, incluindo a possibilidade de que se tome por base premissas falsas. Daí porque importante considerar os desdobramentos, vale dizer, os desenvolvimentos da teoria dos princípios formuladas por Matthias Klatt e Johannes Schdmit, em especial, na obra que, em português, intitula-se *Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*.

3 A FUNÇÃO DOS ESPAÇOS EPISTÊMICOS E O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DE ALEXY POR MATTHIAS KLATT E JOHANNES SCHMIDT

Considerando o espaço como margem de manobra dentro da moldura normativa, ou seja, quando não se é obrigado nem proibido o que, por óbvio, torna-se facultado, tem-se que sua extensão vai depender do entorno. Vale dizer, é relativa. Matthias Klatt, em suas obras, acaba por reproduzir as classificações utilizadas por Alexy tocante à discricionariedade em suas modalidades estrutural e epistêmica.

Merece destaque, contudo, e por razões óbvias, as suas lições quanto à epistêmica. No tocante, Klatt (2015, p. 77) promove exame acurado da lei epistêmica de ponderação formulada na teoria dos princípios e sobre a maneira que Alexy a aplica. Uma das primeiras críticas de Klatt é que Alexy adota o que aquele chama de “escala de revisão”, ou seja, o problema das escalas. No entanto, volta sua atenção ao problema da classificação da lei epistêmica da ponderação. Quanto à aplicabilidade da segunda lei da ponderação, Klatt e Schdmit (2015, p. 83) afirmam:

[...] a segunda lei da podnerção descreve o tratamento da primeira situação de insegurança. Coloca-se a questão, se a segunda lei da ponderação também é aplicável a premissas normativas. Isso, até agora, não foi expressamente nem afirmado nem negado. Na formulação, até agora conhecida, da segunda lei da ponderação trata-se da “certeza das premissas apoiadoras da intervenção”. Essa formulação compreende a insegurança tanto empírica como normativa. Alexy mesmo designa a segunda lei da ponderação como lei da ponderação epistêmica e não, por exemplo, como lei da ponderação epistêmico-empírica. Borowski e Pulido parecem recomendar a aplicabilidade da segunda lei da ponderação a premissas normativas. Todavia, segundo Alexy, a variável S representa na fórmula peso somente o grau das inseguranças empíricas.

Vê-se, portanto, que as objeções dos autores dizem respeito à falta de precisão na formulação da lei de ponderação epistêmica. Para eles, a aplicabilidade da segunda lei da ponderação a premissas normativas deve pressupor que tais premissas possam ser apreciadas com base em sua certeza epistêmica. Alexy, por seu turno, formula, como visto, que quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deverá ser a certeza das premissas que apoiam a intervenção. Aqui, cabe analisar que cada colisão entre princípios que se submete à ponderação acaba por indicar uma relação precedência condicional, pois sujeita às especificidades do caso concreto, para todas as premissas do caso que se coloca em análise. A condição de precedência, portanto, é pressuposto do suporte fático.

Noutro sentido, o resultado da ponderação é uma regra que determina uma consequência jurídica em razão da prevalência de um dos princípios. Uma vez identificadas tais premissas, o resultado é a relação de precedência. Isso considerado, é possível perceber, segundo Klatt e Schmidt, a possibilidade de incerteza quanto à ocorrência das condições de precedência, vale dizer, das premissas que culminam na aplicação de uma regra consagrada pela precedência de um princípio.

Assim:

A aplicabilidade da segunda lei da ponderação a premissas normativas pressupõe, portanto, que essas premissas podem ser apreciadas com base em sua certeza epistêmica. Isso não é - de outra forma como em premissas empíricas - de modo nenhum não-problemático. Pois a questão da acessibilidade epistêmica de declarações normativas conduz imediatamente a um dos problemas mais profundos da teoria do conhecimento, ou seja, ao litígio da capacidade de verdade de declarações normativas. (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 83).

Para ilustrar seu raciocínio, Klatt refere o exemplo que trata da legislação alemã que permitiu o abate de aeronave presumidamente utilizada para executar crime contra a vida, se não houver qualquer outra possibilidade evitar que atinja o objetivo. O Tribunal Constitucional Federal Alemão julgou a norma inconstitucional, pois incompatível com o direito à vida e a dignidade humana do pretense piloto da aeronave. Aqui, conforme Klatt, não resta dúvida quanto ao grau de interferência da medida no direito à vida e à dignidade, nem mesmo sendo questionado o grau de interferência no direito à vida das outras pessoas. O problema cognitivo, contudo, do caso específico, diz da existência das condições que justificam a relação de precedência que a norma impõe. Vale dizer, põe-se em dúvida a efetiva ocorrência, em cada caso concreto, do perigo de cometimento de crime contra a vida das pessoas e da impossibilidade de evitá-lo por outros meios que não o abatimento da aeronave (KLATT; SCHDMIT, 2015, p. 83-84).

Logo, não se pode identificar com segurança o *quantum* da lesão que certa decisão infringiria a um princípio ou, ainda, o grau de satisfação relacionado ao princípio colidente. Para Klatt, portanto, a fórmula epistêmica do peso não fornece resposta a isso. Assim, propõe a ponderação da classificação cuja correspondente lei de classificação assim descreve: “quanto mais confiável for uma classificação mais intensa do grau de interferência em um princípio, mais confiável deve ser uma classificação menos intensa de grau de interferência nele.” Vale dizer, se a utilização da ponderação ou da fórmula peso pode acarretar situação de impasse, pois não haveria, no caso específico, precedência concreta de nenhum dos princípios, a lei de classificação também pode não atribuir prevalência a qualquer valor que se cogite amparar a intensidade da interferência. Trata-se, para Klatt, da discricionariedade para

classificar, ou seja, a hipótese do espaço epistêmico (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 85).

Nesse sentido, se para a teoria dos princípios o espaço epistêmico é resultado da ponderação entre princípios materiais e formais, para Klatt e Schmidt os princípios formais só poderiam ser ponderados entre si, desde que, aliás, tal ponderação não gere consequências para a determinação de discricionariedade. O que faz, portanto, é esclarecer competências e, conseqüentemente, indicar níveis de controle, inclusive de revisão judicial.

Nas palavras dos autores:

Um papel decisivo desempenha em ambas as situações a segunda lei da ponderação. Ela é aplicável tanto a premissas empíricas como normativas, independente disto, se se trata da função dos direitos fundamentais jurídico-defensiva clássica ou de garantias de direitos fundamentais positivas. Pela segunda lei da ponderação é aclarada a conexão entre intensidade de intervenção e certeza epistêmica. Para alcançar resultados corretos podem, na determinação do traço de insegurança, ser consideradas, porém, somente tais premissas que dizem respeito explicitamente à classificação da intensidade de intervenção do princípio correspondente. Isso foi aqui fundamentado com a dependência de perspectivas da segunda lei da ponderação. (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 150).

Assim, a segunda lei da ponderação é precisada por Klatt e Schmidt no seguinte sentido: “quanto mais gravemente pesa a intervenção em um princípio P_i , tanto mais seguras têm de ser aquelas premissas que apoiam a classificação da intensidade da intervenção I_i .” (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 151).

Com tais reflexões, torna-se possível compreender a conexão dos espaços e ponderações. Aqui, prosseguem, o espaço de ponderação estrutural emerge quando o resultado da fórmula peso culmina em empate. Em caso de insegurança normativa ou empírica na classificação dos valores da fórmula peso podem resultar, também

em caso de empate, espaços epistêmicos-empíricos ou normativos. A esses três tipos os autores atribuem a semelhança de se deixarem deduzir completamente e somente dos princípios materiais e, logo, podem ser fundamentados independentemente de competência e princípios formais (KLATT; SCHDMIT, 2015, p. 151).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se, finalmente, que a teoria dos princípios acerta em formular uma lei de ponderação epistêmica e nela incluir variáveis relativas a questões epistêmicas na fórmula peso. Em especial, vê-se o modelo refinado proposto por Alexy é irretocável. Por outro lado, há de se considerar a objeção no sentido de que a ponderação submetida à lei da conexão e, depois, em metanível, não se trata de verdadeira ponderação. Pertinente, portanto, a análise de Klatt no sentido de que Alexy contrapõe a um princípio material um valor de confiabilidade sobre as premissas, ou seja, uma incerteza, mas não outro princípio.

No entanto, conforme lembra Gavião Filho (2011, p. 304), o mandamento da otimização dos direitos fundamentais conforme as possibilidades fáticas não pode ser identificado com uma otimização máxima ou ao ponto máximo de otimização, mormente porque o princípio parcial da idoneidade serve, exatamente, para excluir uma medida não idônea. Assim, “se o princípio parcial da idoneidade não determina tudo, deixando espaço livre para outras medidas idôneas, então ele se mostra compatível com a Constituição como ordenação-quadro.”

O espaço epistêmico empírico permite, portanto, uma intervenção nos direitos fundamentais apoiada em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis. Os espaços epistêmicos correspondem às possíveis e eventuais divergências entre o que é, de fato, ordenado, proibido e liberado e aquilo que se pode verificar como ordenado, proibido e liberado.

Logo, a lei da ponderação epistêmica não guarda relação com a importância material das razões que vão justificar a intervenção, e sim com o que a teoria dos princípios entende como sua qualidade epistêmica. Assim, conforme Gavião Filho (2011, p. 307), “as razões para a intervenção são razões que combinam elementos materiais e epistêmicos.”

Portanto, a presente pesquisa discutiu os desenvolvimentos da teoria dos princípios de Robert Alexy, demonstrando a persistência da teoria como a melhor das teorias da racionalidade prática, pois suporta a correção. É preciso considerar, pois, a ponderação como única forma de determinar uma norma de direito fundamental como regra que configure posições fundamentais jurídicas definitivas, e não só *prima facie*. A estrutura e as razões da ponderação alcançam sua racionalidade. Assim, os direitos fundamentais não são enfraquecidos e a objeção da sua ilegitimidade é respondida. De igual forma, consideram-se válidos os desdobramentos da teoria dos princípios, mormente as descritas por Matthias Klatt e Johannes Schdmit, pois coerentes e detentoras do que raramente é visto nos discursos críticos à teoria dos princípios: a honestidade intelectual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais In: HECK, Luis Afonso. **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 9-26.

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luis Afonso. **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 147-176.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no Direito Público**: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

CAPÍTULO III

O PAPEL POLÍTICO E CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Rogério Gesta Leal ¹
Vinícius Secco Zoponi²

Resumo: A construção de uma teoria dos direitos fundamentais própria à realidade brasileira não pode ignorar o papel político e constitucional do Ministério Público. Essa instituição, ao longo de seu processo histórico de formação, foi progressivamente instrumentalizada para a promoção e proteção dos direitos fundamentais, atingindo-se seu ápice com a Constituição de 1988. Por conta disso, a base teórica dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, para ser projetada no sistema jurídico brasileiro com acuidade, deve comportar algumas acomodações em vista do papel desempenhado pelo Ministério Público, especialmente porque no direito germânico não se encontra instituição semelhante. Um primeiro passo para

¹ Professor titular na Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros; Membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça; Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira; Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades Brasileiras e membro da Comissão de Altos Estudos do Centro de Referência Memórias Reveladas; Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: estado-direito administrativo-sociedade, hermenêutica - direito - estado democrático de direito, direito de construir - urbanismo - direito, direito urbanístico - urbanismo - função social da e constituição – cidadania.

² Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Tem experiência de três anos como advogado, com atuação em especial em Direito Civil e Direito Público, e como Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina desde 2013, ocupando atualmente o cargo de Promotor de Justiça da Comarca de Itá, SC; Professor na Escola do Ministério Público da Associação Catarinense do Ministério Público.

tanto pode ser dado em vista da categoria dos direitos a organização e procedimentos, encontrada dentro dos direitos a ações estatais positivas, em particular os direitos a procedimento em sentido estrito e direitos à formação da vontade estatal. Cada uma dessas vertentes teóricas encontra eco nas funções institucionais do Ministério Público e confirma nessa instituição sua relação intrínseca com a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ministério Público; direitos fundamentais; Robert Alexy.

Abstract: The construction of a theory of fundamental rights proper to the Brazilian reality can not ignore the political and constitutional role of the Brazilian Prosecution Service. Throughout its historical formation process, this institution was progressively instrumentalised for the promotion and protection of fundamental rights, reaching its apex with the Constitution of 1988. With that in mind, so one can achieve a proper projection of Alexy's theory in the Brazilian legal system, this theoretical basis of fundamental rights should embrace some contributions regarding the role played by the Brazilian Prosecution Service, especially because in German law there is no similar institution. As a first step towards this goal, one should analysis the category of rights to organization and procedures, found within the rights to positive state actions, specially its types procedural rights in stricto sensu and rights to formation of state will.

Keywords: Brazilian Prosecution Service; fundamental rights; Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, como dado estrutural de todo sistema jurídico constitucional e dimensão constitutiva da cultura de uma sociedade, são objeto de diversas construções teóricas, as quais buscam, sob critérios variados, ordenar a compreensão jurídico-científica dessa relevante categoria jurídica, política e cultural. Nesse

campo do saber, nos últimos trinta anos, o arranjo teórico proposto por Robert Alexy, por sua profundidade e acuidade, tem se destacado como um referencial recorrente tanto na academia, quanto na práxis jurisdicional brasileira.

É inegável, contudo, que, a despeito abrangência da análise realizada pelo autor em sua obra *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais), traduzida no Brasil em 2008 por Virgílio Afonso da Silva, o estudo e aplicação da teoria alexyana têm se concentrado na máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2017, p. 116-120), ferramental primoroso, ainda que passível de críticas, para a solução de casos concretos em que se detecta a colisão de normas jurídicas de estrutura principiológica. Entretanto, há mais em Alexy do que seu estudo analítico quanto à estrutura das normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais e, no presente artigo, buscar-se-á, de modo relacional, a compreensão de um recorte de sua Teoria dos Direitos Fundamentais voltado aos direitos à organização e procedimentos, particularmente em conexão com o papel constitucional do Ministério Público Brasileiro.

Esse é o problema de pesquisa, um tanto quanto peculiar, há de se frisar, já que o tema ministerial não integra formalmente a leitura teórica alexyana, pela singela razão de que, na Alemanha, não há Instituição congênere ao Ministério Público desenhado pela Constituição de 1988 no Brasil. Tal peculiaridade, contudo, não pode refutar, de pronto, o interesse científico do tema, já que o papel do Ministério Público na promoção e proteção dos direitos fundamentais deve integrar qualquer abordagem em busca de uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição brasileira”, ainda que em derivação à teoria construída por Robert Alexy.

Fixado a direção do presente artigo, o caminho metodológico empregado é o dedutivo, amparado, de um lado, nos predicados institucionais do Ministério Público Brasileiro, em uma roupagem lógico-científica, e, de outro lado, no texto teórico direto de Robert Alexy,

ainda que com breves adequações e extrapolações, justamente para se atingir o paralelo argumentativo relacionado à posição sistemática da Instituição Ministerial em matéria de direitos fundamentais.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Ministério Público no Brasil, desde o período colonial, com a previsão da figura do “Promotor de Justiça da Casa de Suplicação” já nas Ordenações Manuelinas de 1511 (MELLO JUNIOR, 2013, p. 92), passou por um longo processo de depuração político-institucional, que culminou com a modelagem que lhe foi conferida pela Constituição da República de 1988, inovadora e sem precedentes na ordem internacional.³ Tal processo foi nitidamente orientado pela progressiva instrumentalização da Instituição ao asseguramento e concretização dos direitos fundamentais, havendo, ainda nos dias de hoje, movimentos de ampliação e refinamento das práticas ministeriais em vista deste mesmo objetivo maior.

Evidentemente, na contemporaneidade, todo e qualquer braço do Estado, tal como o é o Ministério Público, terá sempre relação com os direitos fundamentais, já que o ente estatal tem por finalidade única a proteção e promoção da dignidade humana, da qual emana a jusfundamentalidade dos direitos que lhe dão significado. Contudo, no caso específico do Ministério Público, o que se verifica é a progressiva forja de uma Instituição independente, desgarrada

³ Venho, por fim, ao instituto seguramente mais interessante e original da Constituição brasileira: o Ministério Público. Trata-se de uma figura dotada de uma extensa e complexa série de atribuições que, com exceção do nome, possui escassas semelhanças com o nosso Ministério Público. Não é apenas, simplesmente, como nos ordenamos europeus, o órgão da acusação pública. [...] Trata-se, em suma, de uma instituição de garantia: uma instituição de garantia, precisamente, dos direitos sociais e do estado social de direito. Em um duplice senso: como instituição de garantia de acesso à justiça; e como instituição de garantia dos direitos e dos interesses coletivos ou meta-individuais.” (FERRAJOLI, 2009, p. 15).

da clássica tripartição dos Poderes, cuja função precípua pode ser resumida na promoção e proteção dos direitos fundamentais em face da atividade dos três poderes e também de particulares. Nas linhas que se seguem, ainda que se verifique traços de uma história institucional, o que importa são os marcos funcionais que foram sendo inseridos como balizas à atuação do Ministério Público Brasileiro, todos à serviço dos direitos fundamentais.

Em seu berço histórico, jungia o Ministério Público essencialmente as funções de procurador da coroa⁴ e de condutor da persecução penal em juízo.⁵ Porém, a partir do Código Civil de 1916 e com o aprofundamento do Código de Processo Civil de 1939,⁶ por influência do direito italiano, firma-se no espectro de atuação da Instituição Ministerial funções de natureza cível, de cunho judicial e na posição de fiscal da correta aplicação da lei, concentrada apenas em processos revestidos de relevante interesse público, v.g., feitos relativos a casamento e ao exercício do poder familiar. Desde a origem, essa função cível do Ministério Público, na posição de *custos legis*, tinha por fundamento político-institucional a indisponibilidade ou a alta relevância jurídico-social das questões de fundo discutidas em um processo judicial, associando-se a intervenção ministerial à casos atinentes a direitos de sobrelevada importância às partes ou à

⁴ Com a Constituição de 1988, são lançados os contornos definitivos da Advocacia Pública no Estado Brasileiro, rompendo-se, de uma vez por todas, a associação indevida com as funções do Ministério Público.

⁵ O presente artigo não buscará examinar, em nenhuma medida, as funções ministeriais no plano criminal. Contudo, *en passant*, o papel do Ministério Público como elemento estrutural de um sistema acusatório é um dos pilares de sustentação de um modelo de persecução penal condizente com o respeito dos direitos fundamentais, em que a condução da acusação estatal é realizada por uma Instituição imparcial e independente (Constituição da República, art. 129, inc. I e VIII) e a atividade policial é submetida ao controle externo ministerial (Constituição da República, art. 129, inc. VII).

⁶ Para um estudo aprofundado do papel do Ministério Público como Instituição de intervenção no processo civil brasileiro, ainda que sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973, vide Machado (1989).

sociedade, já dentro da matriz de significação jurídica em que hoje se encontram os direitos fundamentais.

Entre as décadas de 1960 e 1970, aportam no Brasil os influxos teóricos da fase instrumentalista do processo civil italiano,⁷ pautada essencialmente pelo marco teórico das ondas renovatórias de acesso à justiça, enunciadas por Cappelletti e Garth (2002) em obra clássica de nome correlato, com destaque, em razão do recorte do problema desta pesquisa, à segunda onda, voltada à superação da barreira da representação em juízo dos direitos metaindividuais - “direitos à procura de um autor”.

A segunda onda renovatória de acesso à justiça parte essencialmente da constatação empírica da existência de um conjunto de direitos ou interesses que não era adequadamente contemplado pela tradição processual civil clássica, adstrita à noção de processo como relação triádica entre juiz e duas partes processuais. Tais novos direitos ou interesses são caracterizados justamente por uma titularidade coletiva ou grupal, com a diluição das possibilidades apriorísticas de determinação singular de seu sujeito ativo, a reclamar, por conseguinte, uma tutela jurisdicional também plural, adequando-se o modelo de processo até então aplicado para lhe conferir um ferramental hábil e eficiente para a proteção desses novos direitos.

⁷ A fase instrumentalista do processo civil é uma decorrência do giro hermenêutico, da maior amplitude, realizado por Norberto Bobbio (2004). Segundo este autor, superada a era das declarações de direito (tutela jurídica estática), ao longo dos séculos XVIII e XIX, dever-se-ia avançar para a era da efetivação do direito (tutela jurídica dinâmica); por essa perspectiva, tão importante quanto a positivação de um direito, é a concepção de meios eficientes para garantir sua fruição (2004). Logo, ato contínuo, a discussão trasladada para o processo civil, na busca de se refinar o acesso à Justiça, para debelar óbices à fruição concreta de direitos. As ondas renovatórias, cunhadas por Cappelletti e Garth, resultam das conclusões de um projeto de pesquisa empírica - ‘Projeto Florença’, em que foram examinados o sistema de justiça de 25 países ao redor do mundo (o Brasil não foi incluído), para se identificar as principais dificuldades para a concretização dos direitos.

Tal movimento teórico, não obstante próprio à realidade do Direito Processo Civil, mostrou-se relevante no processo histórico de construção do Ministério Público Brasileiro, pois a Instituição resultou contemplada como o ente legitimado universal à propositura de ações coletivas para a defesa em juízo dos direitos metaindividuais, como se vê com a edição da Lei n. 7.347/1985,⁸ que trouxe a previsão da ação civil pública para tutela de típicos direitos dessa natureza, exemplificados no rol de seu art. 1º. Vale frisar, outrossim, que essa nova perspectiva de atuação já vinha sendo construída pela práxis ministerial desde anos antes, pelo manuseio adaptado de outras previsões legislativas, como, v.g., o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, tendo sido consolidada com a promulgação da Constituição de 1988, como se vê da previsão do art. 127, *caput*, e a art. 129, inc. II e III.

Essa novel função, revelada em bases constitucionais pela ordem de 1988, alterou significativamente o papel finalístico do Ministério Público na conjuntura político-institucional brasileira, lançando a Instituição a um caminho sem volta. Para se projetar em juízo adequadamente como legitimado universal em ações coletivas voltadas à defesa de direitos metaindividuais, a Instituição precisou se aproximar da sociedade, fonte primeira e última dessa nova objetividade jurídica, abrindo-se aos novos ares democráticos de 1988, inclusive em suas estruturas internas. Como resultado dessa aproximação, o móvel, até então processualístico, foi enriquecido e ganhou substância, trazendo às portas do Ministério Público legítimas demandas sociais, marcadas pela aspiração à concretização dos diversos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição de 1988 e por um sem-número de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Esses direitos, a despeito de titularizados por indivíduos singulares,

⁸ Para uma rememoração histórica das discussões teóricas concernentes à (in)adequação de se conferir ao Ministério Público o papel de ente legitimado universal para as ações coletivas no direito brasileiro, vide Mazzilli (2012, p. 125-131).

comportavam um melhor tratamento no plano metaindividual e, em razão disso, apresentaram um terreno fértil para a atuação coletiva judicial do Ministério Público.

Após um período de experimentação das potencialidades da ação civil pública⁹, ou seja, da conclamação da tutela judicial dos direitos metaindividuais, o papel coletivo do Ministério Público teve uma outra de suas dimensões reveladas: a atuação extrajudicial da Instituição por intermédio de mecanismos de aplicação negociada do direito para solução de conflitos relativos aos direitos fundamentais.

A despeito da experiência parcialmente exitosa na judicialização de conflitos metaindividuais associados aos direitos fundamentais, como se vê, v.g., nos processos voltados ao controle judicial de políticas públicas, identificou-se uma relativa inadequação da ambiência jurisdicional para o processo dialógico e a discussão aprofundada que muitos dos casos concretos requerem, especialmente por conta da rigidez procedimental e da tutela fragmentada que marca, por natureza, o exercício da atividade jurisdicional, ao se discutir tão somente o caso concreto, sem espaço argumentativo para considerações e reflexões de maior amplitude.

Em razão disso, detectada essa lacuna de desempenho do sistema de justiça, formou-se, mais uma vez por impulso espontâneo de um processo histórico-institucional, uma cultura de resolutividade¹⁰ das questões apresentadas ao Ministério Público por

⁹ À previsão da Lei n. 7.347/1985 somou-se o regramento da Lei n. 8.072/1990, o Código de Defesa do Consumidor, os quais, ao lado de outros diplomas esparsos, compõem o sistema de tutela coletiva do direito brasileiro.

¹⁰ “Dentro do perfil institucional consagrado na Constituição de 1988, pode-se trabalhar dois modelos de Ministério Público: *Ministério Público demandista* e *Ministério Público resolutivo*. No primeiro modelo - Ministério Público demandista - o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual. [...] No campo da defesa dos interesses coletivos e difusos, essa visão processual restringe os procedimentos administrativos e inquéritos civis a instrumentos de coleta de provas necessárias ao embasamento das ações civis públicas. O Ministério Público transfere para o Poder Judiciário, via ação

caminhos paralelos ao Poder Judiciário, porém sempre guiados pela promoção e proteção dos direitos fundamentais, de matiz individual e social. Contudo, para se viabilizar a consecução da Justiça e a promoção e proteção dos direitos fundamentais para além (ou ao lado) da atividade jurisdicional, foi necessária a concepção e estruturação de procedimentos próprios ao Ministério Público, com absoluto destaque ao inquérito civil, no bojo do qual pode se dar a realização de audiências públicas,¹¹ a pactuação de termos de ajustamento de conduta¹² e a formulação de recomendações¹³ pelo Órgão de Execução.¹⁴

civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário. O resultado disso é desastroso, pois o Judiciário, em regra, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes. Esse *Ministério Público demandista* é o que hoje prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania no mundo globalizado. Ao invés de um *Ministério Público demandista*, faz-se necessário um *Ministério Público resolutivo*, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional. [...] Na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O Ministério Público deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais. Para tal, deve *politizar* e *desjuridicalizar* sua atuação, ou seja, o Ministério Público deve: - transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; - atuar integradamente em rede, aos mais diversos níveis - local, regional, estatal, comunitário e global -, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; [...] - buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação).¹⁴ (GOULART, 2013, p. 119-122).

¹¹ Lei n. 8.625/1993, art. 27, par. ún., IV.

¹² Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º, incluído pela Lei n. 8.078/1990.

¹³ Lei n. 8.625/1993, art. 27, par. ún., IV.

¹⁴ Para um estudo aprofundado de cada um desses instrumentos e de suas potencialidades funcionais para o Ministério Público, vide Mazzilli (2012, 2015), Gavronski (2010), Rodrigues (2011) e Ziesemer e Zoponi (2017), dentre outros autores de Direito Institucional.

Pelo problema de pesquisa que orienta este artigo, não é pertinente avançar para esmiuçar os conceitos, objetos e potencialidades funcionais de cada um desses instrumentos. Porém, pela pertinência da análise, cabe discorrer, ainda que brevemente, sobre alguns atributos do inquérito civil, procedimento extrajudicial típico e exclusivo do Ministério Público no Brasil.¹⁵ Em sua origem, o inquérito civil foi concebido como um instrumento extrajudicial de coleta de informações, obtidas a partir do poder de requisição¹⁶ da Instituição Ministerial, visando essencialmente a apuração dos contornos de um ilícito na esfera de um direito metaindividual. Uma vez constatada a ocorrência ilícita, o único caminho possível ao Ministério Público era o ajuizamento de uma ação civil pública, a qual teria como documento instrutório primordial toda a massa de informações coletadas no inquérito civil.

Porém, como antecipado, o ferramental resolutivo do Ministério Público foi ampliado ao longo dos anos, com a inclusão da possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta¹⁷ e de expedição de recomendação, por meio do que, cada qual a seu modo, o ilícito identificado pode ser debelado independentemente da atividade jurisdicional. Progressivamente, portanto, foi quebrada a relação estrita de instrumentalidade do inquérito civil com a propositura da ação civil pública, ao se abrir ao Ministério Público a possibilidade de consecução da Justiça para além do Poder Judiciário, com a efetiva promoção e proteção dos direitos

¹⁵ Constituição da República, art. 129, inc. III e Lei n. 7.347/1985, art. 8º, § 1º.

¹⁶ Constituição da República, art. 129, inc. IV e Lei n. 7.347/1985, art. 8º, § 1º.

¹⁷ Mazzilli (2015, p. 304) assim define o TAC: “Tal como está previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, o compromisso de ajustamento é um termo de obrigação de fazer ou não fazer, tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, mediante o qual o causador do dano a interesses metaindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.”

fundamentais, em especial aqueles sob a roupagem metaindividual, a partir desse típico procedimento ministerial.

Veja que, tal como o processo judicial está a serviço da atividade jurisdicional, em tempos atuais, o inquérito civil está associado ao desempenho das funções precípuas do Ministério Público em matéria de direitos fundamentais, dando base ao exercício da tutela ministerial para os casos submetidos a sua atuação resolutive. Hoje, a instrumentalidade associada ao inquérito civil não é mais aquela apenas direcionada a mera provocação do Poder Judiciário por intermédio da instrução de uma ação civil pública. A rigor, tempos atuais, o inquérito civil é propriamente um instrumento de consecução da Justiça e promoção e proteção dos direitos fundamentais de per si, ao amparar e concretizar as atividades próprias do Ministério Público, a partir do manuseio adequado das ferramentas acima mencionadas.

Evidentemente, a atuação do Ministério Público, na forma e no conteúdo, não se confunde com a atividade jurisdicional, muito menos a torna desnecessária. A jurisdição, como informa a doutrina tradicional de processo civil (CARNEIRO, 2012, p. 35), é uma atividade substitutiva às partes, pois o Estado-juiz, diante de um conflito de interesses, aplica impositivamente o direito por meio de uma decisão com aptidão de formar a coisa julgada formal e material. Por sua vez, na atuação resolutive do Ministério Público, em especial na ambiência própria às discussões de um termo de ajustamento de conduta, a solução é construída em bases consensuais entre o Órgão de Execução Ministerial e o interessado, a partir da aplicação negociada do direito ao caso concreto, mecanismo esse hábil à resolução dos conflitos de modo tão legítimo quanto o é a atividade jurisdicional.

Essencialmente, por meio de um termo de ajustamento de conduta, o interessado - Estado ou particular - subscreverá o compromisso com um plano de ação para a solução da questão levantada pelo Ministério Público, pactuando com a Instituição Ministerial como, quando e de que forma se desincumbirá do dever

constitucional de promover ou proteger o direito fundamental atrelado ao problema apontado e que se encontra em estado de lesão ou de ameaça de lesão (ZIESEMER; ZOPONI, 2017, p. 94).

Como é próprio ao termo de ajustamento de conduta, em seu processo de negociação, não pode o Órgão de Execução Ministerial abrir mão da tutela adequada do direito metaindividual violado, porque se trata de interesse marcado pela cláusula da indisponibilidade e com predicados de jusfundamentalidade. Contudo, deve a Instituição Ministerial abrir-se a um franco diálogo com o interessado, em geral o administrador público, na busca de se construir uma solução concretamente exequível pela gestão do subscritor, à luz da realidade local nos planos técnico, econômico-financeiro e até mesmo cultural. Por conseguinte, ainda que seja atribuição do Ministério Público trazer para a mesa de negociações uma minuta do ajustamento a ser celebrado, cobrindo-se os principais pontos para a tutela satisfatória do direito fundamental em jogo, deve haver um espaço comunicacional real para a manifestação do administrador e para ponderação dos aspectos e preocupações por ele lançadas, acolhendo-se suas sugestões e contribuições, à luz de justificações fático-jurídicas plausíveis e em vista da finalidade maior que orienta a negociação (ZIESEMER; ZOPONI, 2017, p. 94-95).

Não é demais insistir que o que torna o termo de ajustamento de conduta viável é justamente a confluência de manifestações de vontade dos envolvidos: de um lado o Ministério Público, por seu Órgão de Execução, em representação da sociedade; de outro lado, o poder público ou ente privado, por seus administradores; ao meio e como elo de ligação, o interesse recíproco de atingir solução que amplifique a promoção ou proteção de um direito fundamental. Vale repisar esse aspecto, pois todo acordo fruto de autocomposição, e o termo de ajustamento de conduta, ainda que *sui generis* (RODRIGUES, 2011, p. 122-139), amolda-se a essa categoria, somente será uma alternativa viável à judicialização (leia-se, à heterocomposição)

se, e somente se, as partes em plenitude anuírem aos seus termos. Para uma anuência plena, porém, a condição chave é justamente a possibilidade de seu conteúdo ser o produto da interlocução e do consenso dos interessados, construindo-se uma aplicação negociada do direito à espécie, e não uma mera imposição unilateral de uma das partes, no caso da Instituição Ministerial. Pouco ou nada adianta um termo de ajustamento de conduta cuja subscrição foi forçada, muitas vezes por recursos retóricos, pelo Órgão de Execução, pois, nessas circunstâncias, dificilmente será cumprido com o compromisso necessário pelo administrador subscritor, tudo em prejuízo ao direito fundamental cuja situação jurídica está tensionada (ZIESEMER; ZOPONI, 2017, p. 95).

Como se vê, o relevante papel institucional do Ministério Público enquanto braço estatal de promoção e proteção dos direitos fundamentais, em especial tendo como pano de fundo conflitos de natureza metaindividual, é o produto de uma evolução político-cultural do Estado e sociedade brasileiros ainda em andamento. Além disso, é também correto afirmar que muitas das etapas constitutivas dessa evolução foram - e ainda são - impulsionadas pelas dificuldades e desafios encontrados na atuação cotidiana da Instituição Ministerial. Essa postura eminentemente pragmática do Ministério Público, contudo, tem deixado brechas teóricas relevantes e, em alguma medida, preocupantes na compreensão sistemática das funções dessa Instituição e de suas interações com outros braços do Estado e da sociedade civil, haja vista a dimensão que a atuação ministerial atingiu na realidade brasileira contemporânea.

Por conta disso, como anunciado no introito deste artigo, a presente pesquisa busca uma aproximação teórica desse viés de atuação do Ministério Público com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, em um esforço argumentativo para oferecer algumas contribuições às lacunas existentes.

3 DIREITOS A ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy (2017, p. 31) concebe um sistema teórico de embasamento à categoria jurídica dos direitos fundamentais. Cuida-se, segundo o autor, de uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”, expressão essa que reúne três predicados relevantes para compreensão do objeto de pesquisa de Alexy nessa relevante obra.

A uma, é uma teoria que se volta a “determinados direitos fundamentais positivos vigentes” (ALEXY, 2017, p. 32), a saber os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã atualmente em vigor, formalmente designada como Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, promulgada em 8 de maio de 1949. A duas, “é uma teoria dogmática” (ALEXY, 2017, p. 32), ou seja, é uma teoria que busca conhecer e perscrutar o sistema de direito positivo e também a práxis jurídica, em particular a práxis jurisprudencial. A três, é uma teoria “geral”, que se dedica aos problemas concernentes a todos os direitos fundamentais e não a direitos determinados.

Esses predicados, em especial os dois primeiros, podem sugerir a (in)viabilidade de se estudar a fundo a produção teórica de Alexy por outras comunidades jurídicas que não a alemã, já que o objeto de estudo declarado do autor é o direito positivo vigente na Alemanha. Contudo, a profusão do pensamento alexyano na academia e práxis jurídica brasileira, tal como em outros países, sinaliza uma conclusão diversa. Isso se dá porque, muito embora o objetivo declarado do autor, revelado pelos três predicados acima apontados, sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* atingiu grau de abstração teórica e de logicidade sistêmica que permite trasladar suas conclusões para direitos positivos estrangeiros, conquanto tenham eles uma base estrutural comum ao direito alemão, em especial uma Constituição escrita, na qual se encontram a previsão de direitos fundamentais,

particularmente por meio de normas de estrutura principiológica, e a possibilidade do controle jurisdicional de atos estatais, inclusive sob o critério da constitucionalidade.

Essa constatação é manifesta, *verba gratia*, na conhecida formulação da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2017, p. 116-120), atingida pelo autor no estudo das normas de direitos fundamentais, a qual é empregada diuturnamente na resolução de situações em que se têm a colisão de princípios de direitos fundamentais, independentemente da nacionalidade do sistema jurídico em que tal embate se apresenta. Nos aspectos estruturais de sua Teoria, Alexy oferece respostas a problemas ontológicos do direito enquanto mecanismo de regulação social, o que transborda as fronteiras de um determinado direito positivo.

A obra alexyana, contudo e por óbvio, não se resume à elegante formulação do princípio da proporcionalidade. Ao lado do estudo da tipologia das normas de direitos fundamentais - regras e princípios, examinou o autor com o mesmo rigor as posições jurídicas fundamentais (ALEXY, 2017, p. 184-185), as quais decorrem das normas de direitos fundamentais. Essas posições definem, de modo relacional, os titulares e os destinatários de um determinado direito, além esclarecer as ações (ou do conteúdo) cuja realização dá significado a tal direito. Com essa abordagem analítica, erigiu Alexy (2017, p. 193) um “sistema de posições jurídicas fundamentais”, marcado por uma tríplice divisão a partir da estrutura característica de cada uma das posições, a saber: direitos a algo, liberdades e competência.

Para o recorte do objeto de pesquisa desse artigo, importa a posição jurídica relativa à categoria denominada por Alexy por “direitos a algo”, cuja estrutura básica é a seguinte “a tem em face

de *b*, um direito a *G*”, em que ‘*a*’ é o portador ou o titular do direito, ‘*b*’ é o destinatário do direito e ‘*G*’ é o objeto do direito.¹⁸

Ao examinar o objeto dos direitos a algo, Alexy (2017, p. 193-196) identifica duas possíveis ações do destinatário, tomando-as como critério para uma subdivisão da categoria dos direitos a algo: de um lado, uma ação negativa (abstenção), correspondendo aos denominados “direitos de defesa”; de outro lado, uma ação positiva (um fazer), associado aos rotulados “direitos a prestações”, os quais, quando têm o Estado como destinatário, são rotulados na obra de referência como “direitos a prestação em sentido amplo” ou “direitos a ação estatal positiva” (ALEXY, 2017, p. 433).

Um último recorte no arranjo dos direitos fundamentais desenhado por Alexy deve ser feito já dentro da categoria direitos a prestação em sentido amplo. Afirma o autor:

Aqui, e como já mencionado, o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. [...] A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestações estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentos e alcança até prestações em dinheiro e outros bens. (ALEXY, 2017, p. 442).

Vê-se, por conseguinte, que, segundo Alexy, o direito a prestações inclui as prestações fáticas, mas também prestações normativas, por meio das quais são erigidas proteções normativo-penais e são criadas normas organizacionais e de procedimento. Em

¹⁸ “Desse esquema decorrem coisas diversas, dependendo do que se coloque no lugar de *a*, *b* e *G*. São extremamente importantes, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, as diferenças entre as relações obtidas se se insere como *a* - o titular do direito - uma pessoa física ou uma pessoa jurídica de direito público; ou como *b* - o destinatário - o Estado ou um particular; ou como *G* - o objeto - uma ação positiva ou uma abstenção.” (ALEXY, 2017, p. 194).

razão disso, os direitos a prestação em sentido amplo são subdivididos em 3 (três) grupos, a saber: direitos a proteção; direitos a organização e procedimento; direitos a prestações em sentido estrito.¹⁹

Atinge-se, por fim, o nicho teórico, dentro da ampla formulação alexyana, em que se encontra o problema de pesquisa deste artigo: os direitos a organização e procedimento em face do Estado enquanto uma das dimensões de uma teoria geral dos direitos fundamentais. Amparado na análise de um *due process* dos direitos fundamentais iniciada por Häberle e Hesse, Alexy (2017, p. 472) enfrenta essa perspectiva, ainda controvertida, dos direitos fundamentais. Para o autor:

A cláusula “organização e procedimento” descreve de forma extremamente ambígua o objeto desses direitos. É necessário indagar se, com o conceito de direito a organização e procedimento, é descrito um complexo integrado de direitos, ou se esse conceito combina dois complexos independentes de direitos, a saber, direitos a organização e direitos a procedimento, os quais poderiam também ser tratados de forma separada.

Diante dessa primeira dificuldade teórica, Alexy (2017, p. 472-473) reconhece que a expressão em comento - direitos a organização e procedimento - tem sido utilizada de modo amplo, desprovida da tecnicidade, dentro de um espectro de significado que leva à aglutinação de coisas bastante diferentes. Entretanto, reconhece o autor que o elemento de comunhão a tudo o que é abrangido por esse conceito é a “ideia de procedimento”, *in verbis*:

¹⁹ Em comum, cada subespécie de direitos a prestações têm a mesma estrutura morfológica: “Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (s) *a* que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação* a *a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito.” (ALEXY, 2017, p. 445).

Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso, e deve ser, por isso, classificado negativamente. Esse conceito amplo de procedimento engloba tudo o que está incluído na fórmula “realização e assegurarão dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”. (ALEXY, 2017, p. 473).

Veja que, pela explanação de Alexy, tal elemento aglutinador muito se aproxima da noção, já mencionada, de *due process*, pois o que se tem é um caminho procedimental projetado para a consecução de um resultado esperado ou, no mínimo, um *iter* que leve a um resultado possível dentro de uma moldura previamente delineada.

Evidentemente, o resultado que deve orientar tais direitos a organização e procedimento, em uma teoria como a analisada, é justamente a promoção e a proteção dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017, p. 473). Em outras palavras, a jusfundamentalidade de um direito, além de caracterizar o conteúdo em si desse direito, impregna todo o procedimento que está a serviço de sua realização.

Estabelecido esse ponto de partida conceitual, a dualidade entre substância e procedimento de um direito fundamental é examinada pelo autor sob a ótica dos direitos subjetivos, leia-se, indaga Alexy se para o titular de um direito fundamental há também o direito subjetivo a criação, pelo legislador, de procedimentos e organizações correspondentes a esse direito fundamental (problema da existência). Nesse ponto em específico, os argumentos lançados na obra estão umbilicalmente associados à práxis jurisprudencial alemã, o que é uma abordagem esperada, pois, como dito, a teoria alexyana é uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã.” Entretanto, em um exercício de abstração e generalização a partir de suas conclusões, o autor reconhece a fundamentalidade de direitos a

procedimentos ligados ao acesso à Justiça, o que importa ao problema de pesquisa deste artigo, e também, o direito à proteção jurídica leva a um direito fundamental à proteção por meio de procedimentos a todos os direitos fundamentais (ALEXY, 2017, p. 474-477).

Em um último segmento de análise do recorte teórico relativo aos direitos a organização e procedimento, ao lado de outros não mencionados nessa pesquisa, diz respeito à tipologia dessa categoria de direito, em vista da “variedade de formas e de conteúdos” (ALEXY, 2017, p. 483). São identificados quatro tipos, a saber: competências de direito privado; procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); organização em sentido estrito; e formação da vontade estatal. Especificamente dois deles comportam uma aproximação argumentativa com as funções do Ministério Público conexas com a promoção e proteção dos direitos fundamentais, o que será buscado no tópico seguinte.

3.1 APROXIMAÇÕES ARGUMENTATIVAS DOS DIREITOS A ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO À POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como discorrido no tópico inaugural deste desenvolvimento, o Ministério Público Brasileiro, em tempos atuais, é o produto de um longo processo de depuração político-institucional, todo ele marcado, ainda que de forma assistemática, pela progressiva instrumentalização da Instituição à promoção e proteção dos direitos fundamentais, especialmente em vista de conflitos de natureza metaindividual e que envolvem o Estado em sentido amplo. Um dos marcos normativos desse movimento está na concepção e funcionalidade do inquérito civil e todo seu ferramental próprio, com destaque para o termo de ajustamento de conduta, instrumento que permite a aplicação negociada do direito e a solução extrajudicial de conflitos de relevo

para a sociedade, muitas vezes em tempo e modo mais adequados do que a via judicial.

Por sua vez, como apontado no tópico intermediário deste desenvolvimento, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy é uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã.” No direito germânico, entretanto, o Ministério Público desempenha funções estritamente penais, não havendo nenhuma atribuição em matéria cível (SZNICK, 1994, p. 124) e muito menos qualquer função projetada em vista dos direitos metaindividuais.²⁰ Logo, é compreensível que a posição político-institucional do Ministério Público e suas funções não se apresentaram como um objeto de interesse na construção da teoria alexyana. Contudo, em um sistema como o brasileiro, dada a conexão ontológica existente entre Ministério Público e os direitos fundamentais, não há como dedicar-se a qualquer pretensão teórica, de bases gerais, sem se voltar à compreensão analítica da Instituição Ministerial e de sua expressa missão constitucional e sua acomodação em uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição brasileira.

Em razão disso, há um descampado teórico quanto à posição do Ministério Público em uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição brasileira” que tenha por substrato o pensamento de Robert Alexy. O problema de pesquisa deste artigo está neste descampado. Essa afirmação descortina algumas reflexões relevantes e conexas. A primeira refere-se à dificuldade inerente a qualquer expediente de internalização de teorias estrangeiras, por mais qualificadas que sejam as formulações, o que somente se agrava

²⁰ Até mesmo a figura do ombudsman, muitas vezes trazida como instituição paralela ao Ministério Público em países estrangeiros, tem sido implementada na Alemanha de modo fragmentado e sem uma correlação com a amplitude das funções ministeriais no Brasil. Exemplo disso é a recente implementação da figura do ombudsman bancário para atuar como mecanismo de resolução de conflitos dessa natureza entre instituições e consumidores, em alternativa ao Poder Judiciário.

se a teoria que se busca abraçar declaradamente é construída em vista de um direito positivo vigente em outro Estado, como se tem na teoria alexyana. A segunda dificuldade, reflexo da primeira, está nos esperados ruídos teóricos que serão produzidos por qualquer labor nessa seara, em especial, como é o caso, se o objeto de análise não encontra paralelo no referencial do direito posto estrangeiro sobre o qual a teoria foi erguida. A terceira e última dificuldade, resíduo da segunda, está no indeclinável desafio teórico que tais brechas teóricas oferecem à comunidade acadêmica brasileira, a qual não pode, de um lado, reduzir o pensamento de Alexy apenas à máxima da proporcionalidade, nem deve, de outro lado, acomodar-se com a mera e literal internalização do pensamento deste autor, sem examinar aspectos diferenciados e relevantes do sistema jurídico brasileiro no que toca à construção de uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição brasileira.”

Uma tentativa de aproximação possível entre a teoria de Robert Alexy e o papel constitucional do Ministério Público Brasileiro na promoção e proteção dos direitos fundamentais pode ser pavimentada tendo por base a categoria dos direitos a organização e procedimento, dentro do organograma teórico já antecipado no tópico anterior, em particular os direitos a procedimento em sentido estrito e os direitos à formação da vontade estatal.

Os direitos a procedimentos em sentido estrito são, para Alexy, “direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva”,²¹

²¹ Alexy (2017, p. 488). Ao que se segue o seguinte excerto: “É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. A essa proteção de direitos materiais deve ser vinculada a fórmula do Tribunal Constitucional Federal, que descreve a tarefa do direito procedimental da seguinte forma: “O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conformes à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção, sejam justas.” Tudo isso indica que, “no âmbito do procedimento, dois aspectos devem ser relacionados entre si: um procedimental e um material.”

desdobrando-se em uma dimensão puramente procedimental (forma) e em outra associada ao conteúdo em si do direito fundamental, ao qual o procedimento serve. Na formulação alexyana, a observância do procedimento aumenta a probabilidade de um resultado adequado à proteção dos direitos fundamentais; porém, tão só a observância estrita do procedimento não é garantia para esse resultado, sendo cabível e necessário também um controle do resultado em vista da dimensão material do direito fundamental em questão (ALEXY, 2017, p. 489).

Projetada essa categoria à estrutura funcional do Ministério Público, não há como ignorar a vinculação do proceder ministerial à promoção e proteção dos direitos fundamentais em geral. Em outras palavras, as funções ministeriais, em particular aquelas desempenhadas diante de direitos metaindividuais, foram concebidas e estruturadas justamente para amparar a promoção e proteção dos direitos fundamentais. Os procedimentos ministeriais têm por razão de ser constitucional o asseguramento dos direitos fundamentais, funcionando, de modo geral e abstrato, como um direito a procedimento em sentido estrito que se molda, diante do caso concreto, à garantia do direito fundamental em jogo em um conflito metaindividual. Com isso, quer-se dizer que, mais do que um expediente em si, como o termo de ajustamento de conduta atingido por meio de um inquérito civil, o próprio proceder da Instituição Ministerial está associado à busca de resultados instrumentalizados estritamente à consecução dos direitos fundamentais, compondo sua essência constitucional no sistema brasileiro.

Por sua vez, os direitos à formação da vontade estatal, última categoria interna dos direitos a organização e procedimento, referem-se, para Alexy, a “direitos em face do Estado a que este, por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal” (ALEXY, 2017, p. 498), tendo como exemplo primordial a criação de procedimentos que viabilizem a competência para votar.

Na ambiência funcional do Ministério Público, não se pode ignorar que a defesa do regime democrático foi expressamente catalogada como uma das objetividades jurídicas sob a tutela ministerial (art. 127, *caput*). Por conta disso, todo exercício funcional dessa Instituição, deve, a um só tempo, abrir-se aos influxos democráticos (ZIESEMER; ZOPONI, 2017, p. 25-34) e voltar-se à progressiva concretização e ampliação de espaços democráticos, aprofundando-se os meios de participação do cidadão na formação da vontade estatal, conferindo-se legitimidade à consecução dos direitos fundamentais realizada pelo Ministério Público. Esse aspecto constitutivo da estrutura do Ministério Público revela que a própria existência constituição dessa Instituição já é uma concretização do direito à formação da vontade estatal, na exata medida em que a participação democrática na formação da atuação ministerial fortalece o regime democrático e impulsiona a tutela ministerial dos direitos fundamentais.

A penetração democrática no Ministério Público pode se dar através de caminhos diversos, como, v.g., a realização de audiências públicas, seja no bojo de procedimentos específicos, com objeto determinado, seja em caráter periódico e em busca de identificar demandas sociais relevantes. Além disso, é possível contemplar a participação democrática na construção dos planos gerais de atuação do Ministério Público, renovados periodicamente, nos quais são fixadas as prioridades institucionais de atuação da Instituição. Assim sendo, ainda que a categoria dos direitos à formação da vontade estatal tenha como destinatário o Estado-legislador, a manutenção e ampliação das funções do Ministério Público, inclusive com o incremento legislativo de suas ferramentas de atuação, são também uma concretização necessária aos direitos à formação da vontade estatal.

Como se vê, aspectos constitutivos e estruturais da própria Instituição Ministerial estão imbricados com procedimentos de promoção e proteção dos direitos fundamentais, em especial sob a

roupagem metaindividual, trazendo para o interior do Ministério Público a jusfundamentalidade de todos os direitos fundamentais que estão sob sua tutela. Nessa medida, a relação de estrita instrumentalidade das funções ministeriais com os direitos fundamentais, revelada, em breves linhas, pelos direitos a organização e procedimento, faz com que o Ministério Público componha o próprio conteúdo de múltiplos direitos fundamentais, ao se identificar o papel decisivo da Instituição como mecanismo para uma “proteção jurídica efetiva” (ALEXY, 2017, p. 488).

A intensidade e profusão desse vínculo entre a Instituição Ministerial e os direitos fundamentais permite vislumbrar, ainda que em carecimento de maior fundamentação, um desdobro de direito fundamental autônomo, consistente no acesso à atuação de promoção e proteção dos direitos fundamentais pelo Ministério Público.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo, o problema de pesquisa lançado teve por foco a posição do Ministério Público em matéria de direitos fundamentais no sistema jurídico-constitucional brasileiro, tendo por substrato teórico o pensamento estruturado por Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, com as necessárias acomodações argumentativas, já vista a inexistência de instituição congênere do direito germânico. Essa relação entre o problema de pesquisa e seu referencial teórico permite uma constatação maior, a saber: o necessário cuidado no processo de internalização de qualquer teoria, sob pena de se descuidar de peculiaridades locais que se justapõem às estruturas elementares da teoria incorporada.

No caso em tela, o processo histórico-institucional do Ministério Público Brasileiro, com especial destaque ao marco normativo da Constituição de 1988, demonstrou a progressiva instrumentalidade dessa Instituição aos direitos fundamentais, em particular pela amplitude da tutela ministerial no campo dos direitos

metaindividuais e por intermédio de ferramentas extrajudiciais de aplicação negociada do direito. Não há como sonegar, em uma abordagem teórica que se pretenda própria à realidade jurídica brasileira, o papel do Ministério Público e sua conexão fundante com a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Para tanto, enquanto categoria teórica alexyana, um possível campo de investigação científica para o desenvolvimento do problema está nos denominados direitos a organização e procedimento, em especial as subespécies direitos a procedimento em sentido estrito e direitos à formação da vontade estatal. Em vista do primeiro, reconhece-se no Ministério Público a confluência de procedimentos próprios direcionais ao asseguramento dos direitos fundamentais, de modo que o próprio exercício funcional ministerial está orientado à consecução desse objetivo. Já em relação ao segundo, identifica-se no Ministério Público uma instância de defesa e fortalecimento do regime democrático, seja pela participação popular nos assuntos ministeriais, seja por conta da própria atuação finalística da instituição, em concretização à participação popular na formação da vontade do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Funções de governo e funções de garantia**. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. Tradução Alexandre Aranalde Salim. Florianópolis, 2009.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. Evolução Constitucional do Ministério Público Brasileiro. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas. **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. p. 83-110.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da Teoria da Argumentação Jurídica: a Contribuição de Robert Alexy para os Direitos Sociais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). **A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SZNICK, Valdir. O Ministério Público no Direito Germânico. **Justitia**, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 124-129, jul./set. 1984.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Processo coletivo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. **Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAPÍTULO IV

A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Fausto Santos de Morais¹
José Paulo Schneider dos Santos²

Resumo: A partir de uma perspectiva teórica, a pesquisa recairá sobre os efeitos da intervenção do direito na realização da noção de sustentabilidade. Assim, o presente estudo coloca-se a responder se a proporcionalidade alexiana se caracterizaria ou não como instrumental de efetivação do chamado princípio da sustentabilidade. A hipótese assumida é a de que a proporcionalidade serviria como critério de legitimação e realização jurídica da sustentabilidade.

Palavras-chave: sustentabilidade; princípios jurídicos; proporcionalidade.

Abstract: From a theoretical perspective, the research will relapse on the law intervention effects in the realization of the sustainability notion. Thus, the present study is based on whether the Alexiana proportionality is characterized or not as a effectiveness instrumental of called sustainability principle. The assumed hypothesis is that the proportionality would serve as a criterion of legitimacy and sustainability legal realization.

Keywords: sustainability; legal principles; proportionality.

¹ Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos; Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Passo Fundo; Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura; Professor na Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional pela IMED de Passo Fundo; Exerce a advocacia na área tributária, previdenciária e cível.

² Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade IDC; mestrando em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional de Passo Fundo; Bolsista PROSUP/CAPES; Editor-Assistente da Revista Brasileira de Direito; Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma perspectiva teórica, a pesquisa recairá sobre os efeitos da intervenção do direito na realização da noção de sustentabilidade. Ou seja, o que se propõe é problematizar questões teóricas relativas ao processo jurisdicional de efetivação da sustentabilidade.

Portanto, o presente estudo - na tentativa de superar a abstratividade, a instabilidade e a ilegitimidade em torno da realização jurídica da sustentabilidade - coloca-se a responder se a proporcionalidade alexiana se caracterizaria ou não como instrumental de efetivação do chamado princípio da sustentabilidade.

A intenção geral que ora se coloca é: (i) *apresentar* a natureza principiológica da sustentabilidade; (ii) *investigar*, a partir de uma leitura conjunta, duas correntes doutrinárias (Bosselmann e Alexy) como possíveis candidatas para a resolução do problema pesquisado, ou seja, intentar-se-á.

Os objetivos específicos, por sua vez, consistem em: (a) *revisar*, em bibliografia específica (Bosselmann), o conceito, a natureza e a aplicação da noção de sustentabilidade, em especial, a estrutura principiológica e a relação dessa categoria com o direito; (b) *repensar o modus* de efetivação da sustentabilidade, propondo a adoção de critérios jurídicos capazes de legitimar o exercício da sustentabilidade; e (c) *sugerir* que a construção de um método jurídico de realização pela proporcionalidade depende da adesão a uma teoria hermenêutica e argumentativa da decisão judicial, que, é claro, privilegia a realização jurídica da sustentabilidade.

É possível conjecturar, à vista do problema formulado, que a teoria da sustentabilidade carece de método próprio capaz de, por si, fazer cumprir as suas premissas. Essa insuficiência, acredita-se, demanda o socorro a aportes teóricos originariamente estranhos a esse paradigma, do que decorre a característica multidisciplinar da referida teoria.

De tal sorte, assume-se a hipótese de que a proporcionalidade alexiana serve como ferramental de legitimação e realização jurídica da sustentabilidade.

A maneira como o trabalho foi pensado e estruturado reclama uma metodologia que possibilite a desconstrução, identificação, qualificação e descrição dos aspectos que permeiam o objeto pesquisado - a sustentabilidade e os seus mecanismos de efetivação -, bem como amplie as possibilidades de interpretação e entendimento dos dados e informações advindas da revisão procedida, a qual tem natureza jurídico-filosófica.

Adotou-se, pois, o método fenomenológico-hermenêutico, cujos aportes contribuem para a sistematização da doutrina e conceitos estudados, bem como o exercício argumentativo a respeito da hipótese defendida.

A justificativa do presente trabalho vem interiorizada na proposta de reflexão teórica acerca dos pressupostos e diálogos entre as teorias do direito e da sustentabilidade, como pano de fundo para as discussões relativas às condições jurídicas de legitimidade, tutela e concretude de uma noção sustentável.

Adverte-se, para fins de justificação da estrutura teórica utilizada, que este trabalho não possui a intenção de reduzir o conceito de sustentabilidade às características abaixo individualizadas. Todavia, reconhece-se que esse tema tem natureza multissecular e sofre interferência de diversas disciplinas, tais como, história, ecologia, biologia, filosofia, antropologia, sociologia, economia, direito, dentre outras.

Entende-se, entretanto, que o recorte aqui formulado, muito embora possa significar eventual salto temporal e disciplinar, está em consonância com os objetivos propostos, privilegiando a análise, em bibliografias específicas, da convergência entre as teorias do direito e da sustentabilidade, bem como eventual influência daquela teoria no âmbito de produção e aplicação desta última.

Acredita-se, por todo o exposto, que o presente trabalho cumpre com sua expectativa: a de tornar evidente que refletir a respeito do vínculo entre direito e sustentabilidade é pressuposto para a real compreensão das problemáticas atinentes à aplicabilidade e concretude desta categoria, haja vista a insuficiência dos critérios outros de efetivação e controle da racionalidade do exercício da sustentabilidade.

2 SUSTENTABILIDADE, O QUE É ISSO?

Uma pesquisa que se coloca a estudar o alcance e realização da sustentabilidade necessita, em primeiro lugar, superar a abstração terminológica que cerca seu conceito, de modo a oferecer - ou, ao menos, aproximar-se de - uma definição conceitual quanto ao termo sustentabilidade. Nesse contexto, a presente seção caracteriza-se como preliminar ao desenvolvimento do problema e hipótese pesquisados.

Em outros termos, o que se pretende é oferecer ao leitor contextualizações que antecedem e possibilitam o enfrentamento do mérito do estudo: (i) a simbiose entre as teorias do direito e da sustentabilidade,³

³ A despeito da advertência contida na introdução, faz-se oportuno destacar, uma vez mais, que não se pretende negar as diversas variações conceituais havidas na teorização a respeito da sustentabilidade. Tampouco se defende que o tema aqui abordado não sofra interferência de outras correntes temáticas, o que, por óbvio, acontece. Sabe-se das imprecisões que o desconhecido e o não informado podem gerar no intérprete. Contudo, não se pode olvidar que, por outro lado, a informação em demasia, ao invés de contribuir, prejudica a real compreensão daquilo que se quer transmitir. Assim, estudar a teoria da sustentabilidade demanda alguns cuidados. Afinal, sua vasta dinamicidade é convidativa, podendo levar a alguns caminhos que, embora de suma relevância, destoam do propósito colocado. Não há dúvida de que o paradigma da sustentabilidade é multissecular e multidisciplinar, de modo que não é possível intentar uma teorização singular a esse respeito. Todavia, considerando os limites impostos pelos objetivos estabelecidos, o presente trabalho se propõe, a título de recorte teórico, a focar especialmente na simbiose entre direito e sustentabilidade, procurando responder se essa relação contribui ou não para a resolução da problemática relativa à efetivação dessa categoria. Por isso, sem desmerecer ou negar as preocupações econômicas e ecológicas, por exemplo, eventual supressão desta ou daquela característica, das diversas existentes nas teorias estudadas, não tem outro sentido senão o de organização temática, a

bem como (ii) possível contribuição da proporcionalidade alexiana para a realização jurídica de noções sustentáveis.

3 ASPECTOS TEÓRICOS-CONCEITUAIS

O propósito desta subseção é o de deixar nítidas as características teórico-estruturais da sustentabilidade, cujo entendimento pressupõe uma interpretação, em termos de disciplina, não taxativa de seus conteúdos e significantes; do contrário, perderia a razão de ser.

Inicialmente, e sob uma perspectiva abstrata, a sustentabilidade pode ser caracterizada como “a pura necessidade” (BOSELNANN, 2015, p. 25), ou seja, refere-se a questões como “[...] o ar que respiramos, a água que bebemos, os solos que fornecem o nosso alimento [...]” (BOSELNANN, 2015, p. 25). A sustentabilidade está concatenada à questão da subsistência, isto é, “[...] das condições de vida que dela depende [...]” (BOSELNANN, 2015, p. 25).

Contudo, segundo Bosselman (2015), à semelhança do que ocorre com a noção de justiça, a definição de sustentabilidade é algo profundo, com maior complexidade do que o conceito acima evidenciado. Para ele, não é possível “afirmar categoricamente o que é justiça”, isto é, “não existe uma definição uniformemente aceita.” (BOSELNANN, 2015, p. 25). O mesmo se aplica à sustentabilidade, cuja caracterização reclama anterior estudo acerca das premissas axiológicas e principiológicas subjacentes.

Significa que o âmbito discursivo da sustentabilidade é essencialmente ético (BOSELNANN, 2015, p. 25). Acontece que, tal como ocorre com o conceito de justiça, a sustentabilidade e suas nuances,

fim de evitar informações desconectadas e que tornem nebulosa a compreensão das intenções expostas. Ressalvadas as questões pertinentes ao recorte teórico procedido, buscar-se-á, na sequência, a partir de uma contextualização histórica e conceitual, responder à seguinte questão: afinal, o que é sustentabilidade?

por vezes, são percebidas de forma vaga e limitada. Pode-se pensar a respeito de uma sociedade sustentável, “[...] mas provavelmente não como atingi-la [...]” (BOSELNANN, 2015, p. 25-26).

A partir daí, é lícito concluir que, antes de tudo, a sustentabilidade deve ser entendida no plano valorativo, de modo que “a visão de uma ‘sociedade justa e sustentável’ não é um sonho distante, mas condição de qualquer sociedade civilizada.” (BOSELNANN, 2015, p. 27).

Faz-se imperioso, portanto, investigar de que forma “[...] a preocupação com a sustentabilidade ecológica está relacionada ao desenvolvimento [...]” (BOSELNANN, 2015, p. 28), em especial quanto “à preocupação com o desenvolvimento próspero de pessoas do presente (equidade intragerações) e do futuro (justiça Intergeracional).” (BOSELNANN, 2015, p. 28).

Destaca-se, nesse sentido, que “[...] o debate sobre a sustentabilidade desde o Relatório Brundtland de 1987 tem, em grande medida, ignorado a importância da definição dessas relações.” (BOSELNANN, 2015, p. 28). Parafrazeando Bosselmann (2015, p. 28), a noção de desenvolvimento sustentável é bastante clara, trata-se de um estímulo ao “[...] desenvolvimento baseado na sustentabilidade ecológica a fim de atender às necessidades das pessoas que vivem hoje e no futuro.”

De tal sorte, o desenvolvimento sustentável se apresenta como instrumental da sociedade em geral, cuja execução ocorre por intermédio do direito, sendo certa, portanto, sua “qualidade jurídica” (BOSELNANN, 2015, p. 28).

Como se vê, a definição de sustentabilidade, dentre outros fatores, está enraizada historicamente na existencialidade humana. Bosselmann, nesse particular, vale-se das lições do Príncipe de Gales para comprovar que os ideais sustentáveis têm íntima relação com a essência do homem. Quer dizer, cada ser humano tem internalizado em si uma vocação inerente à adoção de condutas sustentáveis com a

natureza. Não se trata, porém, de habilidades reais e/ou automáticas. Fala-se, em verdade, de um desejo possível, que adormece em muitas almas; noutras, jamais desabrocha. Acontece que o Homem também carrega consigo ideais inatos ao acúmulo de riquezas e bens materiais. Isto é, a existência humana, de um lado, é a raiz de práticas sustentáveis. De outro, caracteriza-se por ser o nascedouro dos desejos consumistas e de crescimento material (BOSELNANN, 2015, p. 29).

Não se pode deixar de referir o viés sustentável empregado na Europa. Nesse contexto, a sustentabilidade é percebida diante dos hábitos e condutas comuns ao medievo, em que subsistência advinha da produção e não da matéria. Quer dizer, na Europa, sempre que os recursos naturais advindos das florestas alcançam níveis preocupantes, “[...] os governos procuram a sustentabilidade como estratégia de resgate.” (BOSELNANN, 2015, p. 41).

Embora seja possível buscar traços de condutas sustentáveis em diferentes momentos da história, foi na vigência do iluminismo que surgiu o termo sustentabilidade. Na verdade, essa criação se deu em resposta à crise ecológica, de intensos desmatamentos, que se vivia à época. Como marco teórico desse momento, há o britânico John Evelyn, criador da chamada ética da sustentabilidade, cujo autor teorizou que a vida da posteridade está diretamente ligada com as condutas do homem de hoje (BOSELNANN, 2015, p. 34-35).

Entretanto, a autoria específica e legítima do termo é, por alguns, atribuída a Hans Von Carlowitz, engenheiro e cientista florestal alemão, que, antes de seu falecimento, publicou um livro intitulado *Economia Florestal ou Guia de Cultivo da Árvore em Conformidade com a Natureza*, cuja investigação versou sobre os mecanismos de cultivo e manutenção de madeira que viabilizassem a utilização continuada, duradoura e sustentável (BOSELNANN, 2015, p. 36).

Percebe-se que a definição de sustentabilidade é algo extremamente complexo, que demanda profunda e multidisciplinar

reflexão. Todavia, de acordo com os objetivos postos pelo presente estudo, não se pode perder de vista a influência da globalização no debate da sustentabilidade.

Acontece que a própria globalização, ao trazer a sociedade produtiva, voltada a uma busca insaciável pelo lucro e pelo consumo, comprometeu destacadamente a segurança ambiental, jurídica e econômica da vida em sociedade, o que demonstra que nem sempre se pode aliar a ideia de desenvolvimento com a sustentabilidade – ponto esse que motivou a tese do decrescimento, de Latouche (2012). Em resumo, não se pode pensar o decrescimento como um retrocesso, mas sim um freio, no bom sentido, das mazelas oriundas do capitalismo e da globalização.

Extraí-se desse argumento que é preciso diminuir todas as formas de exploração, seja com humanos e não humanos. Pensando-se analogicamente, a Terra é como um motor: se acelerarmos desmedidamente, a máquina logo chegará ao seu limite, ou seja, a persistência na aceleração causa danos significativos para a sua engenharia e seu normal funcionamento. O mesmo acontece com os bens comuns (MATTEI, 2013; DOBSON, 2006).

O problema é que o véu do consumismo e do desenvolvimento não deixa que a sociedade olhe para a natureza como algo finito (limitado), porque o desenvolvimento contemporâneo é marcado pela transferência de bens comuns (políticas públicas) a interesses não comuns (privados), representados, em geral, pelas grandes empresas e corporações. Veja-se que é a cooperação social entre os indivíduos que confere valor aos bens comuns, o que gera a riqueza a ser apropriada por alguns. A acumulação de riqueza é um processo que necessita da mercantilização (moeda, propriedade privada sobre a terra e o trabalho assalariado), que faz de bens não reproduzíveis (terra, tempo de vida...) meros objetos de comércio (de lucratividade, portanto) (MATTEI, 2013; DOBSON, 2006).

Urge, portanto, alterar estruturalmente o modelo de sociedade posto, já que, como se observa, já não é concebível que a globalização seja pautada na interdependência das relações, o que enseja desastrosos reflexos, tal como a ampliação de desigualdades e o aumento dos riscos de se viver (BECK, 2010).

Sob o enfoque da necessária mudança e notando a natureza ecológica do conceito de sustentabilidade, Bosselmann (2015, p. 42-43) denuncia, “não percebê-la [a essência ecológica da sustentabilidade] significa que interesses sociais, econômicos e ambientais não têm para onde ir. Ou existe desenvolvimento sustentável ecológico ou não existe desenvolvimento sustentável algum.” E o que é pior:

A percepção dos fatores ambiental, econômico e social como sendo igualmente importantes para o desenvolvimento sustentável, é, indiscutivelmente, o maior equívoco do desenvolvimento sustentável e o maior obstáculo para se alcançar a justiça socioeconômica (BOSELMMANN, 2015, p. 42-43) [...] Da mesma forma, se o desenvolvimento sustentável for utilizado apenas para a integração e para o balanceamento de interesses conflitantes, nada seria alcançado. Sem um referencial, ficamos apenas supondo *como* os interesses ambientais, sociais e econômicos devem ser equilibrados (BOSELMMANN, 2015, p. 44-45) [...] Para simplificar, podemos fazer uma distinção entre a abordagem ecologista e a abordagem ambiental do desenvolvimento sustentável. A abordagem ecologista é crítica do crescimento e favorece a sustentabilidade ecológica ('sustentabilidade forte'). A abordagem ambiental pressupõe a validade do crescimento e coloca em paridade de importância a sustentabilidade ambiental, a justiça social e a prosperidade econômica ('sustentabilidade fraca'). (BOSELMMANN, 2015, p. 47).

Há que se ressaltar, por outro lado, que uma política de integração é “possível apenas por meio do direito, administração e governança.” (BOSELMMANN, 2015, p. 48). A questão novamente atinge questão controversa e de alta complexidade.

Concluída a contextualização do termo e origem da sustentabilidade, o estudo agora perpassará a questão da sustentabilidade enquanto princípio. Abordar-se-á, depois, a proporcionalidade como instrumental de realização jurídica das noções sustentáveis.

4 A SUSTENTABILIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO

Partindo-se das premissas adotadas por Bosselmann (2015, p. 65), há que se reconhecer o direito como aquele que “tem a função de servir.” Não significa que o ordenamento jurídico seja o remédio para todas as mazelas da sociedade. Ao revés, “[...] um sistema jurídico não pode por si só iniciar e monitorar a mudança social; no entanto, pode formular alguns parâmetros para a direção e a extensão da mudança social.” (BOSELLEMAN, 2015, p. 65).

Estando esses parâmetros de acordo com as demandas e sentimento da sociedade em geral, afirma-se que eles apresentam eficácia. Entretanto, em caso de não envolverem as realidades sociais por completo, sustenta-se que sua manifestação terá pouca ou nenhuma relevância. Por esse motivo, faz-se imperioso “definir os parâmetros de forma clara e realista.” (BOSELLEMAN, 2015, p. 65).

Nesse particular, das definições de critérios jurídicos, ganham evidência debates em torno dos princípios, cuja literatura, adverte-se, é vasta e multiconceitual.

Em verdade, o debate acerca do direito como um complexo de normas jurídicas oriundas de um sistema de valores e princípios constitucionais foi impulsionado pelo cenário da Alemanha do segundo pós-guerra. Assentou-se, naquele momento, que a aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, dependeria do contrapeso de bens, ou seja, percebeu-se que o modelo de silogismo clássico da justiça não atendia a natureza dinâmica do sistema jurídico (QUEIROZ, 2010, p. 57-62).

A despeito da imensidão doutrina relativa à matéria em análise, basta, para os objetivos propostos, focalizar no conceito de princípio como algo que “é comumente compreendido como tendo efeito legal, se estiver contido em uma lei. Não importa como a lei foi criada, se pelos legisladores, pelos tribunais ou por outras fontes, por exemplo, na “*commomlaw*” (BOSELNANN, 2015, p. 67). Bosselmann (2015, p. 67), a esse respeito, conclui que:

[...] os princípios como o da sustentabilidade, ou qualquer outro que ganhe validade como princípio ambiental, assim é definido logo que reconhecido como suficientemente relevante. Pode influenciar as políticas e as leis independentemente da sua natureza jurídica. No entanto, a fim de ser reconhecido dentro da lei, a ele deve ser conferido efeito legal. Isso pode acontecer de muitas maneiras, por exemplo, por intermédio de um único ato ou de forma incremental por meio de instituições jurídicas, como o comportamento dos Estados ou por meio da demonstração de um consenso internacional. O princípio da sustentabilidade pressupõe a sua validade por meio do seu longo período de utilização e de conscientização pública. Ser ou não um princípio jurídico depende do sistema de classificação utilizado na legislação nacional e do direito internacional ambiental.

Com efeito, a natureza axiológica da sustentabilidade não permite de pronto uma categorização jurídica a seu respeito, o que depende da positivação interna e global de questões que alcancem uma consciência pública integrativa. Analisando eventual aproximação ou não entre direito e sustentabilidade, a partir de Dworkin,⁴ Bosselmann (2015, p. 71) adverte que:

⁴ A fim de contribuir com destaques de Bosselmann, explica-se que Dworkin percebe os “princípios jurídicos como tipos particulares de padrão” (DWORKIN, 2002, p. 46). A propósito, para o referido autor, os argumentos que sustentam decisões a respeito de obrigações e direitos jurídicos particulares são caracterizados ou permeados pelos princípios, que se mostram ainda mais nos casos de difícil resolução (DWORKIN, 2002, p. 46). Em outros termos, nos casos problemáticos, o tribunal lança mão de princípios para resolver o caso e acaba criando uma regra particular. A título de exemplo, Dworkin refere que, no caso *Riggs contra Palmer*, um Tribunal americano

Um exame mais aprofundado da distinção de Dworkin entre princípios e regras é que, dada a necessidade de escolher entre diferentes princípios para tomar uma decisão, pode ser necessário considerar os seus pesos ou importâncias. Isto poderia sugerir uma hierarquia entre princípios e, também, que um princípio pode ser mais importante que uma regra. Segundo Dworkin, a diferença entre princípio e regra é que uma regra (normalmente) leva a uma consequência particular. [...] O conceito de desenvolvimento sustentável, portanto, não seria diminuído em importância se não é classificado como norma jurídica. [...] O autor (Dworkin) entende a 'política' como 'esse tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade'. Um 'princípio' é visto como 'um padrão que deve ser observado, não porque vai assegurar um avanço ou economia, ou situação social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade'. Estas definições deixam claro porque as políticas não possuem o mesmo potencial jurídico dos princípios. O fator diferenciador é que um princípio é derivado de uma preocupação mais fundamental, como justiça, equidade ou algum outro princípio moral que a lei é, em última, fundamentada. Isso explica de forma convincente a importância da separação entre princípios jurídicos e não jurídicos. Enquanto políticas (ideais, objetivos, etc.), não importam o quão desejáveis, os princípios não jurídicos não se baseiam na moralidade legalmente reconhecida, bem como, não são candidatos a tornarem-se princípios jurídicos. No entanto, se forem fundados nessa perspectiva, podem atingir o nível de um princípio jurídico [...] Segundo Ronald Dworkin, 'políticas' são separadas de 'princípios', também, por seus destinatários diferentes. 'Os argumentos dos princípios são destinados a estabelecer um direito individual; já os argumentos das políticas são destinados a estabelecer um objetivo coletivo. [...] Essa separação não reflete, no entanto, a realidade jurídica. Há muitos 'princípios' voltados para interesses públicos e não apenas direitos individuais. Os princípios ambientais são um ótimo

se valeu de princípios para justificar uma nova interpretação da lei (DWORKIN, 2002, p. 46). Significa isso que Dworkin percebeu que os princípios desempenham papel relevante para a definição conceitual de obrigações jurídicas, o que inaugura, em sua obra, a discussão a respeito do exercício de descrição pessoal dos julgadores (DWORKIN, 2002, p. 59).

exemplo. Em casos como o ambiente ou a saúde pública, os interesses individuais não podem ser separados dos interesses públicos. O conteúdo real é, portanto, não o que separa os princípios das políticas, mas puramente o potencial legal, isto é, sua proximidade com os atuais princípios jurídicos fundamentais ou normas legais.

Por seu turno, o desenvolvimento sustentável se caracterizaria por ser um metaprincípio, com influência em demais comandos legais e principiológicos, cuja preocupação recai no âmago das colisões entre normas primárias. Nesse caso, o direito sustentável seria o termo empregado a um conjunto de normas com influência nos limites de determinadas normas primárias. Essa teoria, entretanto, não é unânime, encontrando resistência por parte daqueles que entendem não existirem elementos que atestem que a definição de desenvolvimento sustentável tenha sido abarcada pelo direito internacional consuetudinário (BOSELNANN, 2015, p. 74-75).

Sem desconsiderar toda a discussão terminológica e conceitual acerca dos princípios, o que deve ficar claro, de acordo com os propósitos postos, é que “[...] o princípio da sustentabilidade em si é mais bem definido como o dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra.” Segundo Bosselmann (2015, p. 74-76), a sustentabilidade possui qualidade normativa, oriunda “de uma moral fundamental (o respeito à integridade ecológica), [que] exige uma ação (‘proteger e restaurar’) e, portanto, pode causar efeito legal.”

Não é supérfluo realçar que a sustentabilidade não pode ser negligenciada enquanto princípio, nem tampouco o desenvolvimento sustentável nos diversos modos pelos quais vem sendo empregado porque “os principais documentos e as autoridades judiciais do direito internacional reconheceram implicitamente sua existência em sua interpretação do desenvolvimento sustentável.” (BOSELNANN, 2015, p. 81).

Embora apresente natureza jurídico-principiológica, não se vislumbra uma constatação automática de que o desenvolvimento sustentável esteja integralizado no e pelo direito internacional consuetudinário. Agora, ainda que não exista essa conexão automática, “[...] não há razão alguma para desmentir categoricamente a possibilidade de o desenvolvimento sustentável ganhar estatuto jurídico internacional.” (BOSELNANN, 2015, p. 82). Ademais:

O princípio da sustentabilidade visa proteger os sistemas ecológicos e sua integridade. Seus temas são os processos ecológicos. No entanto, os processos sociais determinam em que medida e como os sistemas ecológicos devem ser mantidos. Esta forma de sustentabilidade se torna uma questão social (BOSELNANN, 2015, p. 107). [...] As diferentes abordagens à justiça ecológica têm como objetivo integrar o mundo não humano na tomada de decisões ambientais. Principalmente, a integração pode ser perseguida através do discurso ético ou através do discurso da justiça. Não importaria se os dois discursos igualmente conduzissem a uma melhor tomada de decisão. Mas o fazem? De acordo com Rawls, a justiça é baseada em um discurso consensual e, portanto, facilitada pelas instituições (leis e governo). A ética, por outro lado, reflete ideais abrangentes, que não podem, por si só, ser comunicados através de instituições. A ética pode informar a justiça, mas não pode orientar a tomada de decisões de forma que as instituições de justiça fazem (BOSELNANN, 2015, p. 120). [...] Então o que está em jogo quando se considera justiça ‘ecológica’ em vez de ‘ambiental’? A complexidade do ‘ambiente’ é mais bem capturada pelo termo integridade ecológica. Este reflete a visão de que existem processos naturais necessários para manter os sistemas da Terra de apoio à vida dos quais os seres humanos e toda a vida dependem. Em outras palavras, não é o ambiente, mas as interações entre as várias formas de vida - incluindo os seres humanos - que devem nos preocupar (BOSELNANN, 2015, p. 124). [...] Enquanto não houver uma visão geralmente aceita de que o ‘ambiente’ inclui a comunalidade dos seres humanos e o mundo natural, é melhor fazer a distinção entre as abordagens de justiça ambiental (antropocêntrica, liberal) e ecológica (ecocêntrica) (BOSELNANN, 2015, p. 125). A preocupação com o mundo natural não humano está no centro da ética ambiental. A questão aqui é que a ideia da justiça poderia acomodar melhor essas preocupações. Como

vimos, a partir do ponto de vista liberal antropocêntrico, o mundo não humano está fora da *communisjustitia*. De um ponto de vista ecocêntrico a *communisjustitia* ‘inclui o mundo humano e o não humano’. Pode ser visto como um passo importante que hoje há uma discussão vívida de ‘justiça para o mundo não humano’ e ‘justiça entre espécies’. A inclusão de um conceito elaborado de questões entre espécies é certamente crucial para uma teoria sobre a justiça ecológica como distinta da mera justiça social (BOSELNANN, 2015, p. 131). [...] a justiça entre espécies deve ser uma referência para qualquer forma de justiça ecológica. À medida que implica o reconhecimento do valor intrínseco do mundo natural não humano, a justiça entre espécies pode ser muito eficaz na forma da lei (BOSELNANN, 2015, p. 133). Sem direitos sociais *para todos*, um número amplo e muito provavelmente crescente de pessoas acharia seus direitos políticos inúteis e desmerecedores de atenção. Se eles são necessários para colocar os direitos *sociais* no lugar, estes são indispensáveis para manter os direitos *políticos* em operação. Os dois direitos precisam um do outro para sobreviver; essa sobrevivência só pode ser uma conquista comum de ambos. [...] esses direitos (sociais) certificam, simultaneamente, a veracidade e a factibilidade da confiança mútua e da confiança na rede institucional partilhada que endossa e valida a solidariedade coletiva. (BOSELNANN, 2015, p. 146).

Como se viu e se verá ao longo das próximas seções, a sustentabilidade, além das premissas ecológicas e econômicas, envolve questões de princípios. Isto é, essa categoria é permeada por questões valorativas e principiológicas. Fala-se, em verdade, de um discurso ético da sustentabilidade.

Diante dessas características, não é difícil perceber que a sustentabilidade transita caminhos convergentes com percorridos pelo direito, pois a tutela e o emprego de questões de princípio, ao fim e ao cabo, implicam discussões jurídicas.

Não se pode, por óbvio, pretender que o direito seja a cura de todos os males que contribuem para a não realização da sustentabilidade. Contudo, parece lícita e empiricamente comprovável a simbiose entre essas teorias.

Não se recusa, ademais, a pertinência teórica que abrange a discussão a respeito da positivação expressa da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável. Todavia, dentro dos limites impostos pelo trabalho, basta a constatação de que essas categorias possuem natureza principiológica e são concebidas também em estruturas normativas.

Nesse caso, por envolverem questões de princípios, a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, não raro, desafiam o direito, em especial a teoria da decisão judicial, de modo que é preciso (re)pensar os mecanismo que proporcionem a realização jurídica dessas questões.

Portanto, questionar-se-á, na sequência, se a proporcionalidade funciona como instrumental para a efetivação jurídica da sustentabilidade.

4.1 A PROPORCIONALIDADE SE CARACTERIZA COMO UM INSTRUMENTAL PARA A REALIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE?

A partir da revisão bibliográfica acima realizada, tornou-se evidente que a sustentabilidade demanda, por parte dos cidadãos, condutas ecológicas e integrativas. Em outras palavras, o agir sustentável deve ser pautado não pelo benefício pessoal e sim em virtude de uma “questão de princípio” (DWORKIN, 2000). No caso, uma *“questão de princípio” de cidadania ecológico-sustentável*.

Com efeito, falar em sustentabilidade é falar em relação custo e benefício (com todo o cuidado para não recair em conceitos capitalistas, é claro). É evitar o evitável. Eis o ponto em que se evidência o diálogo entre as teorias de Bosselman e Alexy, porque, conforme será visto, a proporcionalidade propriamente dita pressupõe um juízo de adequação e necessidade, isto é, objetiva, tal como o princípio da sustentabilidade de Bosselman, evitar prejuízos evitáveis.

Por esse motivo, a defesa da hipótese assumida - a proporcionalidade como critério de legitimação e realização jurídica

da sustentabilidade - reclama anterior resgate dos pressupostos básicos da doutrina lecionada por Robert Alexy, na obra *Teoria dos direitos fundamentais*.

Dessa maneira, apresentar-se-ão, nas seções que seguem, os aportes teóricos defendidos por Alexy. Feito isso, dar-se-á continuidade ao enfrentamento da hipótese e do problema de pesquisa formulados.

4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DO DEBATE ALEXIANO SOBRE REGRAS, PRINCÍPIOS E DIREITO FUNDAMENTAIS COMO PRESUPOSTO DA HIPÓTESE DEFENDIDA

Pensando precisamente quanto às condições estruturais, semânticas e principiológicas das normas de direitos fundamentais, Alexy procurou refundar o procedimento do Tribunal Constitucional alemão ao atribuir ao dispositivo textual da Constituição alemã outros comandos. E, além disso, verificou se esses comandos, de fundamentalidade substancial, gozariam da condição de normas de direitos fundamentais.

Assim, parafraseando Streck (2014, p. 29), poder-se-ia dizer que Alexy, tal como Kelsen, notou que a materialização judicial de direitos é uma fatalidade. Aliás, as normas jurídicas, sobretudo as de direitos fundamentais, exigem isso do órgão encarregado de aplicar o direito.⁵ O grande problema consistiria ainda na falta de uma teoria do direito capaz de controlar a discricionariedade no ato de materialização de direitos pelo judiciário. Melhor dizendo, Alexy

⁵ Portanto, um dos trabalhos do Tribunal Constitucional Federal alemão seria a criação de regras semânticas quanto ao emprego de várias expressões previstas no texto constitucional, objetivando reduzir a indeterminação apresentada por ela. Ao fazer isso, o Tribunal Constitucional alemão estaria, inegavelmente, determinando o que é uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 70).

concluiu que a criação de direito é legítima, desde que fundamentada racionalmente,⁶ assunto esse que, todavia, escapa os limites postos.

Os ensinamentos de Alexy levam à conclusão de que existiriam normas que não derivariam diretamente do texto constitucional, mas poderiam ser atribuídas a ele, o que decorreria do ato de aplicação do direito pelos juízes e, especialmente, pelo Tribunal Constitucional. A elas, deu o nome de normas de direito fundamentais atribuídas,⁷ cuja incidência acaba por permitir a remissão de um número infinito de direitos fundamentais.

A questão, que adiante se colocará em evidência, é a de saber: como se atribui uma norma ao texto constitucional, bem como se isso teria aplicabilidade em relação à sustentabilidade. Antes de tudo, porém, importa refletir quanto à diferença estrutural das normas de direitos fundamentais entre regras e princípios.⁸

⁶ Entende Alexy que as disposições dos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã, por si só, permitiriam uma luta política interminável para estabelecer as suas possibilidades de interpretação. Para resolver essa tarefa, o Tribunal Constitucional alemão aparece como órgão, político-jurídico, que apresenta determinações sobre o texto constitucional, reduzindo a sua incerteza e oferecendo significado concreto aos direitos fundamentais. Porém, mesmo com a atuação comprometida do Tribunal Constitucional, a jurisprudência construída sobre as disposições de direitos fundamentais também é aberta. Isto é, seria possível verificar a impossibilidade de eliminar uma condição de abertura proporcionada pelas normas (tanto os dispositivos constitucionais quanto a jurisprudência), o que mostra, indiscutivelmente, que os direitos fundamentais e as normas derivadas ou atribuídas a eles sempre farão com que o sistema jurídico apresente uma abertura a proposições morais (ALEXY, 2011, p. 27).

⁷ Para a dogmática da época, a indicação de outras normas que não aquelas escritas na Constituição remetia à problemática referente ao alcance dos direitos fundamentais. Alexy também admite a indicação de outras normas decorrentes da Constituição, e que, todavia, não poderiam ser consideradas formalmente expressas por ela. Seriam, na verdade, consideradas normas de direito fundamental atribuídas (ALEXY, 2011, p. 69). Para se chegar a tal conclusão, o autor indica que as disposições enunciadas na Constituição apresentam indeterminações semânticas e/ou estruturais (ALEXY, 2011, p. 70). A ideia central de que parte é a de que os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã regulam de forma aberta as questões que sustentam as relações do Estado e da sociedade (ALEXY, 2011, p. 26).

⁸ Diga-se de passagem, Alexy, para falar em normas de direito fundamental atribuídas, precisou, antes, teorizar sobre a estrutura das normas de

5 A DISTINÇÃO ENTRE NORMA-REGRA E NORMA-PRINCÍPIO

A norma constitucional é, segundo Alexy, composta de regras e princípios, sendo que ambos consistem em “razões para juízos concretos de dever-ser.” (ALEXY, 2011, p. 87). Entretanto, regras e princípios não são termos sinônimos, sendo necessário diferenciá-los.⁹ Adverte-se, desde já, que a diferenciação *qualitativa* proposta pelo jurista alemão é, acima de tudo, “uma distinção entre duas espécies de normas.” (ALEXY, 2011, p. 87). Significa isso que “toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 2011, p. 91).

Explicando: (i) *regras*¹⁰ são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.” (ALEXY, 2011, p. 87). Isto é, caracterizam comandos normativos definitivos, que, como tais, contêm qualidade determinativa daquilo que é fática e juridicamente possível.¹¹ Dito de outro modo, se não falharem em face das impossibilidades fáticas e juridicamente existentes, bem como não admitirem exceções, as regras expressam comandos de natureza definitiva e exigem algo, *a priori*, determinado e aplicável deduzido mediante um esquema subsuntivo (ALEXY, 2014a, p. 5, 2011, p. 90); (ii) *princípios*,¹² por

direitos fundamentais. Somente assim, ele poderia justificar a máxima da proporcionalidade como um critério de legitimação da argumentação jurídica no ato da atribuição de normas de direitos fundamentais não escritas no corpo da Constituição alemã.

⁹ Acontece que o judiciário passou a ser o canal por onde escoariam os litígios e as demandas da sociedade contemporânea. Com isso, o conceito de direito atual, sabe-se, gira em torno da diferenciação norma-regra e norma-princípio, em que se destacam as teses do jurista alemão Robert Alexy (STRECK, 2014, p. 45).

¹⁰ Em outras palavras, uma regra válida, que não admite cláusulas de exceção, é considerada uma razão definitiva. Esse caráter definitivo das regras acaba exigindo que seja realizado exatamente aquilo que a regra ordenar. Observa-se ainda que uma regra (R) pode servir de razão para outra regra (R).

¹¹ Alexy (2011, p. 90) ensina que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”

¹² É importante ressaltar que nem sempre o resultado será aquilo que o princípio exige para o caso concreto. Outra característica própria dos princípios é o seu caráter de razão *prima facie*, ou seja, quando isoladamente analisados, os princípios

sua vez, exigem que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Quando um princípio, enquanto mandamento de otimização, é considerado apartado dos demais princípios, possui característica de comando *prima facie* (ALEXY, 2014a, p. 5). Significa que os princípios devem ser analisados numa ótica valorativa (de peso), no sentido de que sua satisfação pode ocorrer em diferentes graus (ALEXY, 2011, p. 90). Tomando-se a sustentabilidade enquanto princípio, resta saber de que forma ocorreria essa satisfação, o que será abordado adiante.

À vista dessa condição, a realização dos princípios jurídicos não se daria de maneira idêntica à das regras. Enquanto as regras “contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2011, p. 91), os princípios jurídicos podem “ser satisfeitos em graus variados” (ALEXY, 2011, p. 90), sendo que “a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2011, p. 90-91).

5.1 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE REGRAS

O resultado da ocorrência de duas ou mais regras sobre a mesma situação fática, em que ambas “conduzam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si” (ALEXY, 2011, p. 92), é a instauração de um problema de contradição sistemática. Ou seja, um conflito aparente de normas-regra.¹³

estabelecem apenas direitos *prima facie* e, portanto, sem o caráter, *a priori*, definitivo das regras. Porém, isso não quer dizer que princípios não sirvam como razões para decisões concretas.

¹³ Para questões assim, normalmente se adotava o clássico método dos *critérios de solução de antinomias*. Tal assunto foi abordado por Norberto Bobbio, o qual investigou a condição lógica do ordenamento jurídico e as relações entre diferentes ordens normativas expressas pelas regras. Tema esse que pode ser consultado em (BOBBIO, 1999, 2006).

Acontece que não é possível haver, na ordem jurídica, duas normas-regra que empreguem tratamento diferenciado, contraditório entre si, ao mesmo acontecimento, salvo, é claro, se a elas for possível inserir uma cláusula de exceção.¹⁴

Assim, na colidência de regras, ou se inclui uma cláusula de exceção, ou, na impossibilidade, procede-se à invalidação de uma delas. Não obstante, a regra invalidada deve ser obrigatoriamente expurgada do sistema jurídico, uma vez que se torna impraticável a aceitação pela ordem jurídica de dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si (ALEXY, 2011, p. 92).

Em última análise, o ponto decisivo nesse conflito é a validade, isto é, aquilo que deve entrar e o que deve ficar de fora do ordenamento jurídico, diferentemente dos princípios em que, como se verá, o importante é o peso ou o grau de precedência.¹⁵

5.2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS

A colisão de princípios - que é ilustrada por Alexy no esquema lógico-matemático: $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$ - é uma questão valorativa de peso. Dito de outro modo: dado princípio (P_1), em razão de seu peso, e em determinada circunstância (C), pode preceder a outro princípio (P_2). Ou melhor, fala-se de uma precedência *prima facie*, a qual,

¹⁴ Alexy ilustra essa situação mencionando um caso hipotético: há duas regras contraditórias entre si. A primeira, a regra (R_1), estabelece que ninguém se retire da sala de aula antes de soar o sinal permissivo. A segunda, a regra (R_2), determina a retirada obrigatória da sala de aula tão logo toque o sinal de incêndio. Logo, se o sinal para saída não tiver sido acionado e, nesse tempo, soar o sinal de incêndio, os regramentos em análise entram em contradição. Assim, “esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio.” (ALEXY, 2011, p. 92-93).

¹⁵ Aliás, ao analisar a teoria alexiana, percebe-se que a inserção de uma exceção à regra é algo que dependeria da resolução de um conflito principiológico. Isto é, por princípios, chega-se à hipótese de exceção à regra, evitando o problema da exclusão normativa (ALEXY, 2011, p. 92).

a depender do caso concreto, pode ser superada, sem que isso signifique, no entanto, a invalidação do princípio precedido.¹⁶

Não se pode olvidar, destarte, que no conflito principiológico, ao contrário do que ocorre com as regras, não se fala em precedência geral de um princípio sobre o outro. Na realidade, a precedência aqui irá variar de acordo com o peso que se atribui a cada princípio, procedimento esse que, por sua vez, dependerá das circunstâncias fáticas do caso concreto (ALEXY, 2011, p. 100-101).

Como se notou, ao contrário das regras, um princípio não é derogado. Ele é superado *in casu* porque a colisão acontece apenas entre princípios válidos, que correspondam às possibilidades fáticas e jurídicas. No caso de uma colisão principiológica, um dos princípios deverá necessariamente ceder ao outro, o que, reiterar-se, pode sofrer variação de acordo com as circunstâncias do caso concreto, bem como implicará uma consequência jurídica. Transcrevendo essa afirmação em fórmula: $(P_1 \ P \ P_2) \ C \sqsupset R$.¹⁷

5.3 O ESQUEMA DO SOPESAMENTO

Acima se pôs em evidência que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, com precedência *prima facie*, podem colidir entre si.¹⁸ Agora, para resolver eventuais colisões, faz-se

¹⁶ Em síntese, essa condição de precedência não é algo estático se se considerar que, em outras circunstâncias (C), o precedido poderá ser valorado e preceder ao primeiro (ALEXY, 2011, p. 93-94). Faz-se necessário, ainda, chamar a atenção para o fato de que as condições que determinam a precedência de um princípio sobre o outro conduzem e sustentam faticamente uma regra, isto é, a consequência jurídica da colisão principiológica (ALEXY, 2011, p. 93-94, 99).

¹⁷ Leia-se: P_1 = princípio em colidência; P_2 = princípio em colidência; P = precedência; C = circunstâncias da precedência e suporte fático da consequência jurídica do esquema de ponderação; R = consequência jurídica resultante do procedimento de precedência (ALEXY, 2011, p. 93-94, 99).

¹⁸ A propósito, é característica própria dos princípios a tendência para uma melhor e máxima satisfação de seus mandamentos, o que, pela dinamicidade das demandas sociais, e pela irradiação dos direitos fundamentais entre particulares, aumenta

necessário praticar o esquema do sopesamento,¹⁹ que nada mais é do que a verificação de qual o princípio, em determinada circunstância, possui o maior peso e, por essa razão, naquele caso concreto, deverá preceder o de valor inferior (ALEXY, 2011, p. 94-103).

Esse *modus*, o de determinar o nível de realização (grau de precedência) de dado princípio frente às exigências de outro, recebe o nome de *ponderação*. É através dela que se resolve a tensão entre princípios colidentes e se busca dar efetividade e aplicação do mandamento de otimização precedente (ALEXY, 2014a, p. 4-5).

Por derradeiro, os princípios não são comandados (de dever-ser) definitivos e, sim, mandamentos de otimização *prima facie*. Isso quer dizer que eles representam razões que podem ser afastadas por outras causas antagônicas. A propósito, não se pode deixar de mencionar que Alexy distingue o caráter *prima facie* das regras e dos princípios.²⁰

a chance de que dois princípios, com mandamentos opostos, entrem em rota de colisão. Dito de outro modo, ambos tendem a melhor satisfação e, por isso, quando notados separadamente, criam entre si uma tensão (ALEXY, 2011, p. 94-103).

¹⁹ Extrai-se das teorias alexianas duas leis de sopesamento. Para a primeira, “quanto maior o grau de não cumprimento da aplicação constitucional ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2014-A, p. 05-06). Para a segunda, “quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.” (ALEXY, 2014a, p. 12-13). Logo, em um primeiro momento, o que se discute é o grau de satisfação e de intervenção do princípio. Nota-se, num segundo momento, a exigência de certeza a respeito das premissas compreendidas no esquema de sopesamento (MORAIS, 2016, p. 63-64).

²⁰ O conteúdo *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa de um princípio perante o outro (ALEXY, 2011, p. 104-106). Ao passo que as regras, se não forem faticamente impossíveis, devem ser aplicadas, posto que o seu caráter *prima facie*, que vem fundamentado nas decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto, bem como decorrem de praxis reiterada, é mais contundente do que a natureza *prima facie* dos princípios (ALEXY, 2011, p. 104-106). Quanto mais peso se atribua aos princípios formais (decisões tomadas pelas autoridades legitimadas), mais forte será o caráter *prima facie* das regras (ALEXY, 2011, p. 107). Se a regra, sendo válida, for razão de determinado juízo concreto, diz-se ser ela uma razão definitiva, que constitui um direito, também, definitivo (ALEXY, 2011, p. 108). Os princípios, por sua vez, se isoladamente considerados, conduzem, tão-somente, ao estabelecimento de direitos *prima facie*, e não a um dever-ser definitivo. Todavia, após o processo de verificação de precedência de dado princípio sobre outro, pode-se chegar a um direito definitivo (para o caso concreto). Nesse

5.4 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Alexy propõe um procedimento, metodológico-argumentativo, a respeito do ato de sopesar. Segundo o autor, a análise da satisfação e da interferência de princípios – o que, reitera-se, exige a certeza das premissas envolvidas –, compõe a máxima da proporcionalidade. Para o autor, “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.” (ALEXY, 2011, p. 116).

Sobre a temática, algumas considerações se mostram pertinentes. Em primeiro lugar, é necessário que a máxima da proporcionalidade seja compreendida como “um sistema que coordena a aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais, mais precisamente, de princípios jurídicos [...]” (MOARAI, 2016, p. 63-64).

Abrem-se parênteses para explicar que é justamente a característica supramencionada que autoriza o emprego da proporcionalidade como instrumento para a realização da sustentabilidade, eis que essa última possui, segundo Bosselmann, natureza principiológica e estrutura normativa.

Voltando-se para o conceito de proporcionalidade, faz-se imprescindível reconhecer a sua estrutura tripartida. Na verdade, a proporcionalidade é subdividida em três máximas parciais (ou

caso, o princípio precedente não é outra coisa senão fundamento de uma regra, visto que princípios, por si, não representam razões definitivas. Com a definição da precedência tem-se a definição de um razão definitiva, a qual é fundamentada por um princípio (ALEXY, 2011, p. 108). Alexy não nega existirem princípios inválidos. Do contrário, sustenta que apenas os princípios válidos é que são passíveis de serem aplicados no teorema da colisão (ALEXY, 2011, p. 112). Por exemplo, a determinação do conteúdo da regra de dignidade humana é dada pela relação de precedência do princípio da dignidade da pessoa humana em relação a outros princípios (ALEXY, 2011, p. 113).

submáximas):²¹ (a) *adequação*; (b) *necessidade*;²² (c) *proporcionalidade em sentido estrito*.²³

Vale dizer, ainda, que a adequação e a necessidade se traduzem nas possibilidades fáticas dos comandos de otimização. Nas palavras de Alexy (2014a, p. 5-6), “[...] consiste em evitar custos evitáveis”, que, quando inevitáveis, isto é, em casos de colisão principiológica, provocam necessariamente a terceira máxima parcial, a proporcionalidade em sentido estrito, da qual é objeto a ponderação.²⁴ Chama-se novamente a atenção para a aproximação (simbiose) das premissas dessa categoria jurídica com os pressupostos da sustentabilidade.

²¹ Essas três máximas, assim como os princípios, remontam à significante de otimização, razão pela qual se afirma que a natureza dos princípios está diretamente ligada com a natureza da proporcionalidade (ALEXY, 2014a, p. 5-6).

²² Decorre da qualidade principiológica das normas de direitos fundamentais e se resume como uma exigência de que o objetivo não possa ser alcançado através de outra medida menos prejudicial ao sujeito (ALEXY, 2011, p. 118). Ou seja, necessidade é o mesmo que revelar que dado princípio denota a única medida para a realização e alcance de um direito, o qual deve ser adequado, também, às possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 121).

²³ A proporcionalidade, em sentido estrito, refere-se às possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização (ALEXY, 2014a, p. 5-6). Dito de outra maneira, “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2011, p. 117). Por isso se diz que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível da natureza principiológica dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 117-118). Pode-se concluir, assim, que os direitos fundamentais “são” princípios, ao passo que a regra de direito fundamental aparece como produto da relação de precedência principiológica resultante do teorema de sopesamento (ALEXY, 2011, p. 121).

²⁴ Destarte, a adequação e a necessidade referem-se às possibilidades fáticas, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização (ALEXY, 2014a, p. 5-6). Aliás, a proporcionalidade em sentido estrito tem valor de regra e recebe o nome de “lei da ponderação” (ALEXY, 2014a, p. 5-6). Não se pode olvidar, contudo, que “a lei de sopesamento [seja] diferente da lei de colisão. A segunda diz respeito à forma lógica de ordenação da precedência entre os princípios jurídicos envolvidos. Quer dizer, determina a formulação da seguinte estrutura lógica: (P₁, P₂) C.” (MORAIS, 2016, p. 63-64). Significa isso que, “na verdade, não é forçoso entender que a formulação da regra de precedência entre os princípios jurídicos envolvidos em dado caso concreto implicaria a construção do suporte fático para aplicação da regra.” (MORAIS, 2016, p. 63-64).

Em última análise, “[...] primeiro, ver-se-á se o ato é adequado. Depois, se é necessário. Após o preenchimento desses dois requisitos, far-se-á a ponderação entre os princípios jurídicos envolvidos.” (MORAIS, 2016, p. 63-64). Logo, a aplicação do sopesamento não é possível sem antes se enfrentar as duas submáximas iniciais, de modo que, se o caso em análise falhar na verificação da adequação ou da necessidade, resta prejudicada a ponderação de eventual colidência principiológica (ALEXY, 2011, p. 119).

Vale salientar que Alexy idealizou o seu procedimento lógico-argumentativo de ponderação de princípios (a proporcionalidade) apoiado nas demandas enfrentadas pelo Tribunal Federal Constitucional alemão (MORAIS, 2016, p. 67-69). Nesse contexto, com o intuito de deixar evidente e esclarecer a aplicação dessas condições lógico-argumentativas, cita-se, a título de exemplo, dois casos, dentre outros tantos, entregues ao Tribunal Constitucional Federal alemão, que representam com certa propriedade o que até aqui se evidenciou.

O primeiro é o caso *Lebach*, no qual se discutia a possibilidade de reexibição midiática de um antigo assassinato de quatro soldados alemães ocorrido nas proximidades da cidade de Lebach. Havia, na problemática, interesses contrapostos. De um lado, a liberdade de informar. De outro, a proteção à personalidade. O que se constatou foi a impossibilidade de uma precedência geral dos princípios envolvidos, o que exigiu a análise das circunstâncias do caso concreto e levou o Tribunal Constitucional Federal alemão a consignar que o direito à proteção da personalidade precederia a liberdade de informar. Assim, no caso concreto, essa precedência serviu de suporte fático para uma razão definitiva.²⁵

²⁵ No referido caso, a empresa ZDF, emissora de televisão, pretendia divulgar um documentário, denominado “o assassinato de soldados em Lebach”. No entanto, um dos condenados pelo referido crime, que, à época da possível exibição do

O segundo é o caso *Cannabis*, no qual se questionava se o fato de a legislação criminalizar “a fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados da *cannabis* seria compatível com a liberdade de ação pessoal.” (MORAIS, 2016, p. 68). Embora passível de objeção doutrinária, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu como adequada e necessária a proibição legal da maconha.²⁶

documentário, estaria em vias de retomar seu *status libertatis*, opôs-se ao intento da emissora. Para tanto, o condenado pugnou, cautelarmente, ao Tribunal Estadual a proibição da exibição pretendida por entender que esta afrontaria os seus direitos fundamentais previstos nos artigos 1º, §2º e 2º, § 1º, ambos da Constituição Alemã. Tendo sido negada a cautelar, apresentou recurso junto ao Tribunal Superior Estadual, o qual, todavia, não deu provimento às razões do postulante (ALEXY, 2011, p. 99-102). Inconformado, o condenado apresentou reclamação constitucional. Assim, ficou a cargo do Tribunal Constitucional Federal alemão decidir sobre o impasse principiológico verificado. Tinha-se, de um lado, o pedido de cumprimento do direito de proteção à personalidade (P_1) e, de outro, a pretensão pela satisfação da liberdade de informar via radiodifusão (P_2) (MORAIS, 2016, p. 67-68). Ou seja, “[se] isoladamente considerados, P_1 levaria à proibição, e P_2 à permissão da exibição do programa.” (ALEXY, 2011, p. 100). O Tribunal Constitucional Federal, então, proferiu decisão proibindo a exibição do documentário, tendo percorrido o seguinte caminho: considerando a circunstância a respeito da atualidade da informação sobre crimes graves (C_1), a liberdade de informar (P_2) precederia em face da proteção à personalidade (P_1), ou seja, ($P_2 \succ P_1$) C_1 ; já analisando a circunstância da exibição dizer respeito à informação repetida sobre crime grave e, portanto, estar despida de atual interesse (C_2), a proteção à personalidade (P_1) preponderaria sobre a liberdade de informar (P_2), isto é, ($P_1 \succ P_2$) C_2 (ALEXY, 2011, p. 100-101). Desse modo, em vista das condições C_2 , o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu os pedidos do reclamante, que, por sua vez, viu proibida a divulgação de informações a respeito do crime que outrora havia praticado. Com efeito, “considerando a fórmula de peso, seria possível dizer que a exibição do documentário implicaria uma plausível (senão provável) severa violação ao direito de proteção à personalidade, o que não se justificaria pela plausível leve ou média satisfação ao direito de liberdade de informação.” (MORAIS, 2016, p. 67-68). Nas palavras de Alexy (2011, p. 102), “a regra $C_2 \square R$, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte, com a seguinte estrutura: (6) T_1 [notícia repetida] e T_2 [notícia carente de interesse atual pela informação] e T_3 [notícia a respeito de um crime grave] e T_4 [notícia que põe em xeque a ressocialização do reclamante] $\square R$ [proibição da exibição da notícia sob a ótica dos direitos fundamentais].”

²⁶ A problemática, segundo Morais, residiria na seguinte indagação: “a liberação da cannabis não seria um meio menos gravoso do que a proibição em relação à liberdade, podendo afastar o uso da droga e seu comércio ilegal?” (MORAIS, 2016, p. 68). Acontece que “essa decisão poderia ser justificada também através da lei de sopesamento epistêmica [, isto é,] o tribunal teria decidido pela validade da

5.5 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDA

Faz-se imprescindível, antes de se adentrar no conceito do que seja uma norma de direito fundamental atribuída, contextualizar as propostas do teórico alemão, Robert Alexy, até aqui evidenciadas.

O referido autor sustenta uma aproximação entre as teorias dos princípios e dos direitos fundamentais.²⁷ Na realidade, a teoria

criminalização, pois a incerteza sobre a liberação do uso da cannabis seria uma razão forte o bastante para justificar a intervenção nos direitos de liberdade envolvidos” (MORAIS, 2016, p. 68). A esse respeito, Alexy aduz que essa dúvida empírica pode ser resultante de um problema como uma das submáximas da proporcionalidade. Para ele, na verdade, a interferência e a proibição da maconha dependeriam, antes de tudo, do estabelecimento da verdade ou não das suposições empíricas do perigo e dano que poderiam ser causados pela maconha, o que dependeria do exame, no caso concreto, da necessidade, adequação e extensão do perigo (proporcionalidade em sentido estrito) (ALEXY, 2014a, p. 25-26). A questão é que a falta de conhecimento científico necessário a uma solução jurídico-argumentativa dificulta, num primeiro momento, a resolução da questão via ponderação. Para Alexy (2014a, p. 25-26), parece certo exagero permitir interferências que se fundam, tão-somente, na discricionariedade empírica do legislador. Estar-se-ia, nesse caso, diante de premissas possivelmente falsas com justificativa para uma interferência em direitos fundamentais. Porém, em casos de incerteza empírica, uma precedência absoluta dos direitos fundamentais sobre o princípio formal do legislador democraticamente legitimado, levaria a um enrijecimento legislativo e significaria um ato desproporcional. Portanto, para que ocorra a limitação de um direito fundamental, faz-se necessário que essa interferência esteja fundada em premissas cuja verdade esteja assegurada. Ou seja, deve-se levar em consideração não apenas o peso, mas também a certeza das premissas que justificam eventual intervenção (ALEXY, 2014a, p. 25-26). Desse modo, uma suposição empírica, como a do caso da proibição da maconha, com valor epistêmico confiável ou certo, implica a precedência do princípio de direito fundamental sobre o princípio formal do legislador. Agora, se o valor for apenas plausível ou não evidentemente falso, o princípio precedente será o princípio formal, que exige a certeza epistêmica em casos de interferência. Frisa-se que a precedência do princípio formal, em razão de suposições plausíveis (ou não evidentemente falsas), evita a exclusão dessas suposições do esquema de ponderação (ALEXY, 2014a, p. 28).

²⁷ Toda norma de direito fundamental é válida quando não existirem exigências que se contraponham ao interesse protegido (ALEXY, 2011, p. 122). Alexy sustenta que somente com razões contundentes é que se torna possível restringir determinada norma de direito fundamental e, com isso, superar, até certo ponto, a vinculação constitucional (ALEXY, 2011, p. 123). Mesmo que, aprioristicamente falando, representem “ou regras (normalmente incompletas) ou princípios”, as normas de direitos fundamentais assumem natureza dúplice “[...] quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios.” (ALEXY, 2011, p. 141).

dos princípios numa leitura conjunta com os aportes da teoria material dos direitos fundamentais, como adiante se elucidará, é fundamental para formulação de critérios que permitam o controle da racionalidade da decisão judicial.

Diante desse cenário, Alexy se viu obrigado a compreender a estrutura da norma e os seus reflexos, o que o levou a enfrentar o problema da ponderação de princípios. Ao perceber que os princípios tendem à máxima satisfação e que, quando analisados separadamente, podem entrar em conflito, Alexy refundou o método de verificação de precedência principiológica e o fez por meio da sua máxima da proporcionalidade, pela qual intenta um procedimento capaz de possibilitar a formulação de uma norma de direito fundamental atribuída.

Cumprir referir que, além da abertura semântica, as normas de direitos fundamentais presentes na Constituição alemã, devido à sua estrutura de regras e princípios, teriam uma estrutura também aberta, uma abertura do tipo axiológica. A distinção entre regras seria uma forma de organizar a fundamentação dos direitos fundamentais para lidar com a margem valorativa verificada. O Tribunal Constitucional Federal alemão, nesse enredo, ao praticar o esquema de sopesamento, respeitando, evidentemente, as demais submáximas da proporcionalidade, e desde que sua fundamentação estivesse respaldada nos direitos fundamentais, poderia atribuir normas de direito fundamental e, portanto, “fechar” essa margem.²⁸

Ou seja, “um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios.” (ALEXY, 2011, p. 141). A propósito, uma disposição de direito fundamental pode ser (ou é) *prima facie* blindada a toda e qualquer restrição. Todavia, diante de princípios com exigências contrapostas prevalentes, essa impossibilidade de restrição resta alterada, a depender, é claro, das circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2011, p. 142).

²⁸ Alexy (2011, p. 66) reconhece ao princípio jurídico a qualidade de norma advinda da estrutura dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, fala-se, quando o texto normativo se mostra “claro”, em norma de direito fundamental. Logo, diz-se regra jurídica aquela disposição constitucional que prescinde de maior esforço interpretativo. Porém, nem sempre toda a disposição contida na Constituição alemã

Nessa linha de pensamento, a norma de direito fundamental atribuída dependeria do suporte fático oriundo da precedência condicionada de princípios.²⁹ Na verdade, Alexy sugere que a precedência verificada, resultante do esquema de sopesamento, se correta e aceita pelas exigências dos direitos fundamentais, possui valor de norma de direito fundamental atribuída, que possui estrutura de regra e, desse modo, pode ser subsumida ao caso concreto, como se norma positivada fosse (ALEXY, 2011, p. 102).

Nesse viés, o sopesamento poderia criar uma rede de regras de direito fundamentais atribuídas que ajudariam nas demandas de difícil solução jurídica (ALEXY, 2011, p. 175). Com efeito, a norma atribuída seria apreciada como norma de direito fundamental sempre

possui valor de “enunciado normativo de direito fundamental.” (ALEXY, 2011, p. 71). Isto é, algumas proposições dependem, para serem consideradas normas, da análise dos problemas concretos e das questões empíricas a serem analisadas. Aquilo que Alexy denomina como normas atribuídas ao texto constitucional. Quer dizer, comandos normativos produzidos mediante um refinamento do texto constitucional (ALEXY, 2011, p. 72). Significa isso que a determinação da abertura semântica e estrutural da significante de uma norma não está restrita unicamente ao texto constitucional, mas adviria, sobretudo, da atuação do Tribunal Constitucional alemão. Na verdade, Alexy entende ser válido o exercício do Tribunal Constitucional alemão na determinação de normas de direito fundamental atribuídas, desde que os argumentos jurídicos elencados retem sustentados pelos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 73). Para tanto, para que se determine a fundamentação necessária das normas de direitos fundamentais, necessária se faz a distinção entre norma-regra e norma-princípio, o que implica, como se verá, a teoria normativa material dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 85). Não é à toa, pois, a afirmação de Alexy no sentido de que a abertura semântica das disposições constitucionais reclama do intérprete o reconhecimento das peculiaridades das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 90).

²⁹ Como se viu, no caso de conflitos entre princípios, quanto maior o grau de satisfação ou de afetação de um princípio tanto maior haverá de ser a importância de satisfação do outro (ALEXY, 2011, p. 167). Essa é a lógica do esquema de ponderação (sopesamento). Em verdade, o sopesamento “diz respeito a uma regra que prescreve como se deve sopesar”, cujo resultado é um enunciado de precedência condicionada, que não conduz para o tudo-ou-nada, mas, sim, para uma tarefa de otimização. Por assim dizer, o modelo do sopesamento em seu todo é um critério que associa a lei de colisão à teoria de argumentação jurídica racional. Portanto, nos casos de colisão de direitos fundamentais, é necessário definir uma relação condicionada de preferência (ALEXY, 2011, p. 169-174).

que fosse validada mediante “uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”³⁰

Derradeiramente, a realização dos princípios, enquanto mandamentos de otimização, dar-se-ia por meio de “[...] esquemas de sopesamento, transformando a sua condição de comando máximo, ideal, em comandos condicionais, reais, na produção de uma regra de precedência ou lei de colisão.”³¹

Adverte-se que, em momento oportuno, como seqüência do presente estudo, questionar-se-á se o esquema de ponderação, ou melhor, se a máxima da proporcionalidade, como *modus* de atribuição das normas de direitos fundamentais e da própria sustentabilidade, serve ao controle da subjetividade e da arbitrariedade dos juízes e/ou tribunais.³²

³⁰ Isto é, a validade da norma seria conferida pela conjugação de três fatores: (a) o texto das disposições de direitos fundamentais; (b) os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão; (c) os argumentos práticos gerais utilizados na fundamentação. Destarte, para se conhecer uma norma de direito fundamental, mais especificamente as normas atribuídas, seria necessário reconhecer os fundamentos a favor de tal reconhecimento (ALEXY, 2011, p. 74).

³¹ Em suma, “essa regra de precedência condicionada forneceria à aplicação do direito o suporte fático necessário para sua incidência como norma de direito fundamental atribuída.” (MORAIS, 2016, p. 61).

³² Embora não componha o objetivo principal do trabalho, bem como haja a necessidade de um estudo específico sobre o tema, faz-se inviável não citar algumas divergências havidas acerca da proposta alexiana para o controle da argumentação jurídica adequada aos direitos fundamentais e ao sistema jurídico. Entende a crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck que, para alcançar as soluções das demandas complexas, decorrentes da generalidade das normas ou, até mesmo, das colisões normativas, Alexy apostaria todas suas fichas no juiz-ponderador e no tribunal-ponderador. Acontece que a proposta alexiana, se mal importada para a realidade jurídica brasileira, ao invés de legitimar o exercício judicial dos direitos fundamentais, ampliaria o *status* de ilegitimidade e de insegurança jurídica, isto é, conduziria a teoria da decisão judicial a um impasse hermenêutico: primeiro se decide e depois se argumenta. Streck ressalva que Alexy, notando que o direito e suas razões não se mostram suficientes para alcançar todas as demandas da sociedade, elege o juiz e os tribunais como competentes para preencher a estrutura aberta do sistema jurídico, o que dependeria, sobretudo, de elementos morais e concepções de justiça do órgão aplicador. Significa isso que, no entendimento de Streck, Alexy, para resolver os *hard cases*, investe em elementos não jurídicos. Isto é, no final de tudo, as razões morais novamente prevaleceriam às jurídicas (STRECK, 2014,

p. 48-51). O problema, para Streck, circunda no fato de que, no final das contas, as teorias “procedurais-argumentativas” remontam ao problema da decisão e da escolha (discricionariedade judicial). Aliás, tal problemática “aparece na *questão do fundamento*, isto é, a discricionariedade fica clara no momento em que o *subjectum* é afirmado por Alexy como indispensável - e não o mundo-da-vida ou o ser-no-mundo como acontece na tradição fenomenológica”. Em complemento, Streck, indaga: “quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão?” Quer dizer, “*quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito [...] que não consegue se livrar das amarras solipsitas, na medida em que toda a reflexão está assentada em um modelo matemático de pensamento.*” (STRECK, 2014, p. 48-49). Dito de outra maneira, essas teorias, em especial a de Alexy, parecem desconsiderar que “antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.” Logo, a compreensão não só antecede a argumentação, mas também é a sua “condição de possibilidade” (STRECK, 2011, p. 47). Nesse viés, é oportuna a seguinte indagação: “quantos tribunais e juízes no Brasil esclarecem a validade de suas ‘normas de direito fundamental atribuídas?’” (STRECK, 2014, p. 61). A resposta implicaria a constatação de que “a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude representa ao direito.” (STRECK, 2014, p. 62). Enfim, para Streck (2014, p. 63), o esquema de ponderação alexiano e também aquele verificado na realidade brasileira, “tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação.” Melhor dizendo, a abdicação dos aportes da fenomenologia hermenêutica permite que se instaure uma zona de penumbra nos efeitos práticos das lições de Alexy. Afinal, o que é a *pretensão de correção* alexiana? Morais sustenta que a *pretensão de correção* pode ser entendida “como um elemento moral qualificativo do Direito, incidente tanto em todas as decisões judiciais individuais quanto numa concepção da ordem jurídica como um todo.” A controvérsia situa-se justamente no fato de que Alexy, em nome da *pretensão de correção*, outorga à moral dos juízes a competência para a correção do caso concreto. Isso, porém, tende a diminuir o direito, fazendo-o dependente de institutos meramente argumentativos, como, por exemplo, a retórica. Com efeito, “o problema é que quando Alexy foca a pretensão de correção na participação do intérprete na resolução do caso concreto, na tomada de decisão, desfoca a condição ontológica necessária ao ato de aplicação do Direito”. Aliás, essa condição a que se denomina de ontológica pode ser lida “pelo nome de *enraizamento ontológico-existencial*”. Parafraseando Morais, indaga-se: a proporcionalidade implicaria a *pretensão de correção* e mais nada? Para o autor, seria esse o ponto em que residiria a discricionariedade judicial. Ou seja, enquanto “a fundamentação (jurídico-institucional) da pretensão de correção” não for a preocupação de Robert Alexy, sua proposta permanecerá insuficiente e ocupará, tão-somente, “o nível analítico-semântico da linguagem”, dando margem a juízos arbitrários, inconstitucionais e antidemocráticos. Por tudo isso, sustenta-se que “a pretensão de correção lida pelas lentes da crítica hermenêutica do direito deve ser compreendida na condição de proposta que as decisões judiciais reproduzam um elevado grau de autonomia do Direito”, de onde adviria uma proposta de combate à discricionariedade judicial com melhor adequação aos reclames constitucionais contemporâneos. Melhor dizendo, a teoria fenomenológico-hermenêutica seria a condição de possibilidade para uma

Em primeiro lugar, porém, até por uma questão de princípio, oportunizar-se-á o contraditório às teses de Alexy. Antes de qualquer objeção, o estudo precisa necessariamente desenvolver a proposta alexiana de fundamentação da argumentação jurídica e da decisão judicial. Somente assim é que se tem autorizada eventual crítica.

6 CONCLUSÃO

Considerando os propósitos externados desde o início, acredita-se que o trabalho cumpriu com aquilo que dele se espera. Isto é, as etapas, propostas e finalidades expostas foram atendidas, o que corroborou as seguintes conclusões:

Observou-se que a busca conceitual a respeito do termo sustentabilidade não é, de fato, tarefa simples. Entretanto, a revisão bibliográfica desenvolvida forneceu os subsídios mínimos para a constatação de sua multidisciplinariedade, bem como da sua natureza principiológica, cuja realização implica uma aproximação entre as premissas sustentáveis e os pressupostos e instrumentos jurídicos.

A hipótese teórica assumida no presente trabalho restou parcialmente confirmada. Demonstrou-se, num primeiro momento, a simbiose entre a noção principiológica de sustentabilidade e a máxima da proporcionalidade, já que ambas se caracterizam, dentre outros

teoria da argumentação jurídica capaz de controlar a racionalidade das decisões judiciais. Em que pese não se pretenda pôr termo à discussão, até por uma questão de recorte teórico e de coerência com os objetivos pretendidos, faz-se apropriado mencionar que o trabalho não pretende negar a existência de teorias contrárias à crítica aqui adotada. Em última análise, respondendo à indagação procedida no título da seção, acredita-se que decidir e depois fundamentar até pode ser uma pretensão (teórico-prática) de legitimidade para a ordem jurídica (MORAIS, 2013, p. 239-240). Porém, especialmente no contexto brasileiro, ela estaria fadada ao fracasso. Isso porque o seu desenvolvimento se vale de métodos lógico-argumentativos que, ignorando a importância do resgate interpretativo da facticidade mundana (*condição de ser no mundo*), estatuem um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, no qual o juiz passa a ser a solução para todas as mazelas do direito, protagonizando, ao seu contento, a determinação dos sentidos jurídicos (STRECK, 2014, p. 63).

fatores, como categorias que proporcionam evitar os custos evitáveis. Comprovou-se, portanto, que os aportes teóricos de Bosselmann e Alexy podem dialogar entre si.

Constatou-se, na sequência, que proporcionalidade se caracterizaria como instrumental de efetivação jurídica da sustentabilidade (enquanto princípio jurídico). Especula-se, todavia, que essa realização judicial dependeria de um controle fenomenológico e hermenêutico da interpretação e da argumentação jurídica no processo de implementação da proporcionalidade, cuja temática extrapola os limites impostos no presente trabalho, merecendo aprofundado e específico estudo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Tradução e organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz TuffiSaliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução e organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

BOSELDMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOBSON, Andrew. **Citizenship and environment**. New York: Oxford University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. Tradução Antonio Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes: un manifiesto**. Tradução Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. 19 p. Tese (Doutorado em Direito)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Coordenação Leni Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAPÍTULO V

UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA RACIONALIDADE DA FÓRMULA PESO EM ALEXY E PULIDO

Anizio Pires Gavião Filho¹
Pietro Cardia Lorenzoni²

Resumo: O presente estudo faz uma análise crítica das propostas de Carlos Bernal Pulido para a Teoria dos Princípios. A metodologia de pesquisa utilizada foi de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Considerando a frequente utilização da teoria citada na doutrina e jurisprudência tanto para a solução de colisões entre princípios jurídicos e para a relativização de direitos fundamentais e as consequências práticas desta aplicação prática da teoria na jurisdição constitucional brasileira, objetiva-se contribuir com as críticas e propostas de aperfeiçoamento de Bernal Pulido, que objetiva um maior controle dos possíveis subjetivismos que ocorrem na aplicação do princípio da proporcionalidade, para um aperfeiçoamento da obra alexyana. Para tanto, apresentam-se críticas sobre a racionalidade da ponderação, depois, expõe-se aspectos fundamentais da ponderação defendida por Alexy e, no final, demonstram-se as propostas de complementação da Teoria dos Princípios. Desse modo, observa-se que as propostas de complementação se referem especificamente ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito e à fórmula peso, buscando uma aproximação do ideal de objetividade das decisões judiciais. Por fim, conclui-se que as propostas são relevantes para

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

o desenvolvimento da Teoria dos Princípios, mas precisam ser aperfeiçoadas - principalmente no que concerne a sua utilização na fórmula peso, visto que, da forma proposta pelo autor, elas causariam um desequilíbrio no resultado da fórmula.

Palavras-chave: teoria dos princípios; ponderação; racionalidade; decisões judiciais; fórmula peso.

Abstract: The present study makes a critical analysis of the proposals of Carlos Bernal Pulido for the Theory of Principles. The kind of research used in this work was bibliographical and jurisprudential review. Considering the frequent use of the Theory in the doctrine and jurisprudence for the solution of collisions between legal principles and for the relativization of fundamental rights, also the practical consequences of the application in the Brazilian constitutional jurisdiction, it aims to contribute with the proposals of Bernal Pulido, that aims a greater control of the possible subjectivities that occur in the application of the principle of proportionality. In order to do so, criticisms are presented on the rationality of the balancing, and then the fundamental aspects of Alexy's work are exposed, and finally the proposals for complementing the Theory of Principles are demonstrated. Thus, it is observed that the proposals for complementation refer specifically to the principle of proportionality in the strict sense and to the weight formula, seeking an approximation of the ideal of objectivity of judicial decisions. Finally, it is concluded that the proposals are relevant to the development of the Theory of Principles, but need to be improved.

Keywords: principle's theory; balancing; rationality; judicial decisions; weight formula.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão questões relativas à ponderação proposta por Robert Alexy na sua Teoria dos Princípios. Três serão os focos desta pesquisa: o primeiro será as críticas sobre a ponderação, o segundo será o modelo de ponderação com ênfase na fórmula peso proposta pelo Alexy e o terceiro foco será uma análise das propostas de complementação ao modelo da fórmula peso.

Cumprido frisar que a segunda parte é basicamente expositiva da Teoria dos Princípios de Alexy. Assim, aqueles que já estão familiarizados com a estrutura da ponderação e a fórmula peso podem passar diretamente para a leitura da terceira parte, o ponto 4, que reúne as sugestões de contribuição para a fórmula peso.

A complementação partirá de Carlos Bernal Pulido, juiz da Corte Constitucional da Colômbia, que busca refinar parte da estrutura da ponderação de modo que possíveis subjetivismos fiquem ainda mais evidentes. Basicamente, as complementações à fórmula dirão respeito ao acréscimo e especificação dela. Destarte, pelo menos segundo o autor, aumentando-se as possibilidades de controle da racionalidade e objetividade das decisões.

Como considerações finais do trabalho, analisar-se-á criticamente as complementações propostas pelo autor e sua visão sobre a Teoria dos Princípios. Assim, busca-se um aperfeiçoamento das teorias de Alexy.

2 CRÍTICAS

A crítica de Habermas, de maneira simplificada, é que os princípios da forma defendida por Alexy configuram valores vazios, que necessitam de preenchimento de acordo com a ordem transitiva de valores. Uma vez que o conteúdo dos princípios é variável, pois é

determinado conforme o íntimo do julgador, faltam critérios racionais para ponderá-los, o que torna as decisões são arbitrárias (HABERMAS, 1997, p. 314-321).

Ainda consoante Habermas, este afirma que não existem critérios racionais para ponderar de tal sorte que a ponderação é irrefletida ou arbitrária, seguindo, apenas, ordens de precedência e padrões do costume (HABERMAS, 1997, p. 320-321). Na medida em que a jurisdição constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base para a prática de suas decisões, abre espaço para que elas sejam irracionais.

O problema, consoante Habermas, é que os valores valem caso a caso, conforme a ordem transitiva de valores e os conceitos próprios do julgador, servindo de mero instrumento retórico (HABERMAS, 1997, p. 315). Assim, para Habermas, a ponderação faz desaparecer a exigência de justificação das decisões judiciais, tornando-as arbitrárias (BERNAL, 2006, p. 1).

Esta crítica de que a ponderação é irracional e leva a um contexto de decisionismo e arbitrariedade é seguida por diversos outros autores (FERRAJOLI, 2011; FORSTHOFF, 1968; e outros). Trata-se de uma crítica que pode e deve ser superada.

Nesta senda, Gavião Filho (2010, p. 288) considera como os mais importantes argumentos da crítica sobre a irracionalidade e a subjetividade da ponderação: 1) falta de um ponto de referência jurídico para apoiar sua aplicação; 2) falta de clareza conceitual;³ 3) prevalência do modelo da justiça do caso concreto; 4) incomensurabilidade.⁴

³ Aqui, trata-se da ausência de univocidade das expressões idoneidade, necessidade, proporcional e razoável. No contexto brasileiro, a ausência de um significado comum para as expressões é notável tanto na jurisprudência como na doutrina, nas quais as expressões trazem significados distintos a depender do autor ou julgador. Neste mesmo sentido, a crítica de Silva (2002, p. 23-50).

⁴

Ferrajoli (2011, p. 44-51) faz duras críticas à ponderação também no mesmo sentido, afirmando que ela é responsável pela 1) prevalência do modelo da justiça do caso concreto e pela 2) perda da força normativa da Constituição, e que 3) não há forma de mensurar efetivamente princípios fundamentais. De outro giro, Pulido (2006, p. 2) elege as seguintes críticas como as mais efetivas a favor da irracionalidade da ponderação: 1) a falta de precisão; 2) a incomensurabilidade; e 3) a falta de previsibilidade da ponderação.

Essas objeções, que apontam para a irracionalidade e a subjetividade da ponderação, parecem acertar definitivamente o alvo quando são analisadas as decisões dos tribunais brasileiros, inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E frisa-se que inclusive trabalhos acadêmicos incidem nas críticas trazidas pelos autores, conforme nota Silva (2002, p. 29).

Em geral, essas decisões se caracterizam pela referência ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação, não indo mais além de uma superficial explicitação conceitual dos princípios parciais da idoneidade, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Quando esse é o caso, efetivamente, a subjetividade não passível de controle intersubjetivamente racional está próxima de conduzir a decisão judicial para dentro do decisionismo (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 291).

Se o princípio da proporcionalidade configura um instrumento retórico como defendem Habermas (1997) e Ferrajoli (2011), que tem como resultado a insegurança constitucional como argumenta Forsthoff (1968), então seu papel não é decisivo. É proporcional à medida que o juiz julga proporcional, conforme a sua avaliação das circunstâncias do caso concreto, realizada a partir de sua visão de mundo e concepções ideológicas, usurpando, inclusive, funções legislativas de maneira discricionária.

No caso brasileiro, tais críticas são muito palpáveis, visto que ocorrem com frequência preocupante nos nossos tribunais superiores.

Por isso que casos concretos praticamente iguais são julgados de modo diferente por juízes diferentes (e, às vezes, pelo mesmo juiz), o que demonstra a flagrante insegurança jurídica que vivemos no Brasil.

Streck (2012, p. 71-74) concorda com críticas feitas por Ferrajoli (2011, p. 44-51) à ponderação de princípios. Contudo, defende Streck (2012, p. 73) que a causa dessa irracionalidade das decisões judiciais no contexto brasileiro é que os doutrinadores brasileiros e boa parte da jurisprudência pátria compreenderam a ponderação de forma incompleta e aplicam-na erroneamente, sem as regras básicas definidas por Alexy.

Um exemplo⁵ desta má-aplicação da teoria ocorreu com o Caso da Pesagem dos Botijões de Gás (STF, ADI 855-2/DF). O Estado do Paraná aprovou a Lei Estadual 10.428/93, que obrigava os revendedores de gás a pesar os botijões na frente do consumidor antes de vendê-los. A referida norma atende ao princípio da defesa do consumidor, previsto na Constituição.

A lei, contudo, foi reputada inconstitucional pelo STF com base em dois argumentos: um de que a lei estadual teria violado formalmente a constituição ante a competência privativa da União de legislar sobre energia, o que Lima (2008, p. 5) discorda, argumentando que a lei atendeu a todas as normas formais do procedimento legislativo; e o segundo argumento foi por ser “irrazoável e não proporcional.” Conforme crítica de Lima (2008, p. 5), “que aspectos da proporcionalidade foram violados? Ninguém sabe, pois não há na decisão do STF.”

Além desse ponto, a falta de clareza conceitual é perceptível na decisão que deferiu a liminar exarada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, visto que ele usou ao longo de sua decisão razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos, demonstrando o acerto da crítica

⁵ Apenas para citar outro exemplo que não serão aqui analisados: HC nº 94.194 julgado pelo STF.

do Silva (2002, p. 31). Entende-se, assim, que a irracionalidade está vinculada à forma como é aplicada a teoria da ponderação e não à teoria.

Esta compreensão da irracionalidade da ponderação como um defeito da aplicação dos juristas e não da teoria é acompanhada por Gavião Filho (2010, p. 299). Nas palavras do professor:

o problema não está na ponderação em si mesma, mas no como ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais. Na grande maioria dos casos, as decisões judiciais se limitam ao estabelecimento da relação de prevalência condicionada as circunstâncias do caso concreto como se esse fosse o único passo necessário.

Como não se cumpre com a estrutura da proporcionalidade, os saltos lógicos são inevitáveis. Assim, muitas vezes a decisão do processo não resulta logicamente das premissas que são apresentadas para sua fundamentação.

As premissas permanecem, para sempre, ocultas. Muito dificilmente os passos intermediários são explicitados. No mesmo caminho, denuncia Silva (2002): inúmeras decisões, pretendendo afastar alguma conduta considerada pelo tribunal como abusiva, recorre ao raciocínio simplista e mecânico que consiste no seguinte: “A constituição consagra a regra da proporcionalidade. O ato questionado não respeita essa exigência. Então, tal ato é inconstitucional.”

Percebe-se, assim, que as críticas podem ser efetivamente respondidas com um adequado estudo da forma da ponderação nos moldes propostos por Alexy (2015, 2017). Cumpre observar que não se entende a estrutura da ponderação como uma forma de decisão objetiva livre de subjetividades e ideal. A ponderação, como leciona Pulido (2006, p. 2-4), não é garantia de objetividade, visto que este é um ideal difícil de ser atingido em qualquer campo normativo, visto que a existência de certo grau de imprecisão é uma característica que devemos aceitar no campo da linguagem.

Contudo, ainda no caminho de Pulido (2006, p. 4), afirma-se não é pela razão da ponderação não possuir total objetividade que ela é irracional, tampouco que o valor da objetividade como um ideal a ser alcançado na maior medida possível deve ser abandonado. Busca-se, então, precisamente a racionalidade da ponderação como forma de decidir colisões de princípios fundamentais. E perseguindo este objetivo, faz-se mister estudar a teoria de Alexy (2015, 2017). Para o presente trabalho, serão apresentados conceitos iniciais da teoria, a estrutura da ponderação e a fórmula peso para, depois, estudar algumas sugestões de complementação da fórmula peso.

3 A PONDERAÇÃO E SUA ESTRUTURA CONFORME A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Alexy (2017, p. 85-108) entende que norma se trata de um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser. Já princípios são normas de mandamentos otimizáveis de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pela ponderação que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser.

Na separação entre regras e princípios, Alexy compreende que há duas operações fundamentais na aplicação do direito, uma referente às regras e outra aos princípios. Assim, a aplicação das

regras resolve-se pela subsunção, enquanto a solução da colisão entre princípios resolve-se pela ponderação (ALEXY, 2015, p. 131).

A colisão entre princípios ocorre quando dois mandamentos de otimização se mostram juridicamente atuantes no caso concreto. Ou seja, trata-se de situação na qual princípios jurídicos direcionam para soluções distintas e conflitantes. Caso isoladamente considerados, ambos os princípios conduziriam a uma contradição, visto que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio (ALEXY, 2017, p. 96).

Nisso, Alexy (2017, p. 96) entende que a colisão de princípios é resolvida com uma solução de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, essa relação consiste na fixação de condições reais sob as quais um dos princípios em colisão precede o outro. Sob condições diversas, é possível chegar-se em soluções distintas (ALEXY, 2017, p. 93).

Conforme leciona Alexy, “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.” (ALEXY, 2017, p. 97). A relação de precedência é como se compõe a regra para o caso concreto que resulta da ponderação. Então, desta estrutura os princípios conflitantes que possuíam um caráter *prima facie* adquirem validade definitiva, funcionando como uma regra para o caso concreto.

4 CONCEITUAÇÃO DA PONDERAÇÃO

Outro pilar fundamental da teoria de Alexy e necessário para a investigação da complementação de Pulido é a ponderação e sua estrutura. Conforme leciona Alexy, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio (os diferentes autores divergem sobre a correta conceituação desta norma, eles também chamam de

princípio (ALEXY, 2015), regra (SILVA, 2002), máxima (ALEXY, 2017) ou postulado normativo (ÁVILA, 2016)) mais amplo - o princípio da proporcionalidade. Esse é composto por três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito.

Aqui, é importante ressaltar que não se deve entender o princípio da proporcionalidade com o conceito de princípio comum, em oposição às regras jurídicas, mas como uma regra de interpretação e aplicação do direito, principalmente de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Essencialmente, ela é empregada nos casos da promoção da realização de um direito fundamental que implica a restrição de outros direitos fundamentais (SILVA, 2002, p. 35).

Avançando na análise dos subprincípios, se os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, a proporcionalidade e seus subprincípios serão encarregados de sua realização (ALEXY, 2015, p. 110). Os dois primeiros subprincípios serão encarregados da otimização consoante as possibilidades fáticas; já o subprincípio da proporcionalidade restrita verificará a otimização da norma segundo as possibilidades jurídicas (ÁVILA, 1999, p. 159). A ponderação é o objeto da proporcionalidade restrita (ALEXY, 2015, p. 111). É a ponderação que permitirá, segundo suas regras, definir a otimização da norma, servindo como um método de aplicação da proporcionalidade restrita.

Uma vez rapidamente investigada a ponderação como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita e método típico da aplicação dos princípios, cumpre sucintamente demonstrar seus passos.

4.1 ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO

O ponto de partida para a ponderação proposta por Alexy é a lei da ponderação: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio P_i , tanto maior deve ser a importância

do cumprimento do outro Pj (ALEXY, 2015, p. 133). Aqui, usar-se-á as mesmas simplificações usadas por Alexy, então, Pi corresponde ao princípio que irá sofrer a intervenção, já Pj corresponde ao princípio que terá preponderância, ou seja, que será cumprido (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 299).

Nessa senda, a verificação desses graus (tanto de prejuízo quanto de importância) deve ser feita em três passos (ALEXY, 2015, p. 133). A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas. O uso dessas escalas deve ser suportado por razões, aliando a ponderação com a argumentação jurídica (GAVIÃO FILHO, 2010). A relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância pode ser posta em uma fórmula para fins de controle e generalização. Para equacionar essa relação, então, a fórmula peso.

Sobre os três passos para verificação, Gavião Filho (2010, p. 311) em sua tese de doutorado, entende que é possível formular uma segunda regra da ponderação, dividida em três sub-regras, que seriam os passos para a verificação dos graus de Alexy, quais sejam: o grau de intensidade de intervenção em um princípio Pi deve ser verificado e justificado; grau de importância de realização de um princípio Pj deve ser verificado e justificado; e o grau de intervenção de Pi deve ser justificado pelo grau de importância da realização de Pj.

As duas primeiras sub-regras regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando como deve ser realizada a ponderação. Adverte-se para o importante papel da justificação racional. O juiz deve verificar e justificar os graus dos princípios, assim como explicitar o raciocínio empregado em cada um dos passos. A terceira regra, consoante Anizio, “corresponde ao núcleo da ponderação. Ela diz qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz no passo anteriores.” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 305).

No mesmo caminho, segundo leciona Simioni, partindo dos princípios como mandamentos de otimização, “a lei da ponderação

exige que a decisão por um maior grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro precisa ser justificada.” (SIMIONI, 2014, p. 293). Assim, é necessário que se justifique o porquê se confere um maior peso ao grau de satisfação de um princípio e não de outro, o que será exigido pelos passos da ponderação.

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado como a verificação da intensidade da intervenção em P_i , o que significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata. A grandeza concreta levará em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, ou seja, das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

A distinção entre a grandeza abstrata e concreta é importante para ponderação, especialmente para a fórmula peso, que justificará a relação de precedência condicionada antes realizada. A grandeza abstrata virá da posição que o princípio ocupa dentro do ordenamento jurídico constitucional, excluída as circunstâncias do caso concreto. Gavião Filho (2010, p. 306) entende que, muitas vezes, esta grandeza é dada pela prática constitucional dos tribunais. Aqui, não se leva em consideração as colisões entre princípios, mas o valor deste princípio no ordenamento. Frisa-se, conforme enfoque de Simioni (2014, p. 298), que Alexy defende que o peso abstrato é uma questão de direito positivo, isso significa que cada constituição pode erigir determinados princípios como mais fundamentais do que outros.

Assim, exemplifica-se: o direito à vida, no ordenamento jurídico brasileiro, é mais importante que o direito à liberdade de atuação geral. Ademais, comparações com outros ordenamentos jurídicos também são possíveis, como: o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro é menos importante que o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico norte-americano. A determinação do peso de um princípio jurídico depende de sua importância material dentro do sistema jurídico.

Nessa senda, o segundo passo da estrutura da ponderação consiste na verificação e justificação da importância da realização

de Pj, determinando seu grau de importância de realização no caso concreto, além de seu peso abstrato. No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores devem ser postos em relação um com outro. Assim, conforme defende Gavião Filho (2010, p. 317), pode ser formulada a terceira regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio Pi (IPi) e o grau de importância de realização de um princípio Pj (IPj), eles devem ser postos em uma relação de prevalência (precedência condicionada) (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 316).

Importante observar que da relação de prevalência, poderá ocorrer um empate. Nesses casos, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação estrutural para a delimitação das competências (ALEXY, 2015, p. 143). Então, se ocorrer o empate, o tribunal constitucional não deverá determinar nenhuma consequência jurídica, não haverá a realização de uma regra, pois ficar-se-á no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática, ou seja, o legislador.

Quando da relação de precedência condicionada resulta a primazia de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica. Segundo Alexy, a proposição de preferência tem a forma (P1PP2)C e resulta na regra de que C (circunstâncias do caso concreto) implica R (regra jurídica para o caso), o que significa é que sob as condições C está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por P1, pois ele teve a primazia. Assim, ordena-se a regra do caso de colisão de princípios depois de estabelecida a relação de precedência (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Importante ressaltar que se trata de uma relação comparativa, como assinalou Sieckmann (2014). Comparam-se os princípios em colisão, aquele que intervém e aquele que sofre a intervenção e compara-se dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar-se qual terá precedência e determinará a consequência jurídica.

Conforme visto, a ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância. Em cada passo, os dois graus devem ser mensurados.

Tais passos, que abrangem uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância de realização, dependem de certa possibilidade de medição em graus. Alexy propõem a criação de uma escala com os graus leve, médio e grave para a atribuição dos graus (SIECKMANN, 2014, p. 253), chamada escala triádica, para possibilitar a comensurabilidade. Recorda-se que a escala triádica, por si só, não afasta a alegada incomensurabilidade da ponderação, pois, também é necessário o ponto de vista uniforme na atribuição de graus de Pi e Pj.

O ponto de vista uniforme é, conforme defende Alexy (2015, p. 141), o ponto de vista da Constituição. Obviamente, é discutível qual é o grau de prejuízo de certo princípio em determinado caso concreto, usando o ponto de vista da constituição. Contudo, o que se busca não é uma única resposta correta, ou que todos os interpretes do direito cheguem sempre ao mesmo grau para todos os casos concretos, mas a racionalidade da discussão.

Caso utilize-se o ponto de vista do interprete, a racionalidade cai por terra, pois, “se um interprete da Constituição dissesse ao outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados.” (ALEXY, 2015, p. 143). E aqui cairia por terra a ponderação, pois ela não seria racional, tampouco haveria algo a partir do qual algo poderia mostrar-se falso. Com o ponto de vista uniforme, ocorre ao contrário. E, “se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível.” (ALEXY, 2015, p. 141).

4.2 A FÓRMULA PESO

A fórmula peso consiste numa verdadeira prova real da ponderação e da argumentação feita pelo julgador que seguir as regras propostas por Alexy. Não se trata, e aqui discorda-se de Sieckmann (2014), do que determinará a consequência jurídica, mas de mais uma justificação racional para a estrutura da ponderação já empregada.

Nessa senda, examina-se o núcleo da fórmula peso, que consiste na relação de diferença entre o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio, basicamente será a fórmula matemática da relação de prevalência condicionada. Demonstra-se:

$$G_{ij} = I_i / I_j$$

O grau da intensidade da intervenção em P_i , significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata, conforme já visto. Assim: IP_iC , onde I é intervenção, P_i é o princípio que sofre a intervenção e C é as circunstâncias do caso concreto. Designação detalhada explícita da intensidade da intervenção no princípio i no caso concreto é IP_iC e sua forma concisa é I_i (= IP_iC). O mesmo vale para P_j , contudo a fórmula será: $I_j = IP_jC$.

Contudo, este é só o núcleo, para a fórmula completa, deve-se adicionar mais dois elementos tanto para o princípio que sofre a intervenção quanto o princípio que será realizado, quais sejam: o peso abstrato de cada princípio assim como a segurança de suas suposições empíricas. Na fórmula matemática, serão adicionados os seguintes elementos:

A intensidade de intervenção em P_i como uma grandeza concreta se distingue do peso abstrato de P_i - que pode ser designado como GP_i . O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios independentemente das

circunstâncias do caso concreto. Assim: G_{PiA} , onde G é a grandeza abstrata do princípio i , P_i é o princípio e A corresponde a abstratividade. Designação detalhada explícita do peso abstrato é G_{PiA} e sua forma concisa é $G_i (=G_{PiA})$. Mais uma vez, determinar-se-á o peso abstrato de P_j com o mesmo raciocínio, contudo a fórmula será $G_j =GP_jA$.

O terceiro par de variáveis da fórmula peso completa representa o grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro. Nas prognoses empíricas, nem sempre deve ser exigida certeza e tampouco incerteza deve ser admitida arbitrariamente. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e peso abstrato do direito fundamental no caso concreto.

A segurança da suposição empírica a respeito do que significa a medida respectiva para a intervenção em P_i e a realização de P_j no caso concreto, pode ser designada como S_i e S_j . A formulação completa, então, é S_i para SP_iC . Para expressar que tanto a força de defesa como a força de ataque desaparecem com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados.

Assim, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração: $G_{ij} = l_i.G_i.S_i/l_j.G_j.S_j$.

Atenta-se que se deve distinguir a regra de precedência condicionada (P_iPP_j) e a fórmula peso ($G_{ij} = l_i.G_i.S_i/l_j.G_j.S_j$). A regra de precedência ou preferência condicionada cuida de quem tem primazia sob as circunstâncias concreta e, por isso, ordena a consequência jurídica primada. A fórmula peso cuida da justificação da regra de preferência.

4.2.1 Contribuições de Carlos Bernal Pulido

Pulido (2006, p. 13) entende que, para Alexy, a fórmula peso é um procedimento para determinar o peso concreto do princípio

Pi em relação com o Princípio Pj à luz das circunstâncias do caso concreto. Nesta perspectiva, a fórmula peso é uma proposta de complementação para a ponderação, que está na base do terceiro princípio parcial da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido restrito.

Contudo, a proposta de Pulido consiste numa reorganização da função da fórmula peso. No lugar de servir como mera prova real da decisão baseada nos subprincípios da proporcionalidade, mais especificamente, baseada na ponderação, o autor defende que a fórmula peso deve servir como uma nova regra da ponderação, objetivando estabelecer a relação condicional de precedência à luz do caso concreto.

Ao invés de servir como prova real, o autor propõe que a fórmula peso sirva para decidir e não apenas para comprovar a racionalidade da decisão. Isso porque, conforme leciona Pulido (2006, p. 14), a relação de precedência não deve ser condicionada apenas pela comparação da importância da satisfação dos princípios do caso concreto, mas sim por uma operação mais abrangente, levando em conta tanto o peso abstrato dos princípios em colisão como a segurança das suposições empíricas relacionadas com a importância dos princípios. Defende o autor que as variáveis do peso abstrato dos princípios e da segurança das suposições empíricas devem ser levadas em conta para estabelecer a própria relação de precedência condicionada.

Com efeito, a relação da precedência condicionada ampliada matematicamente seria assim representada de forma detalhada:

$$\frac{IPiC \cdot WPiA \cdot RPiC}{IPjC \cdot WPjA \cdot RPjC} \leq \frac{IPjC \cdot WPjA \cdot RPjC}{IPiC \cdot WPiA \cdot RPiC}$$

E de forma concisa:

$$W_{P_i, jC} \leq W_{P_j, iC}$$

Para exemplificação e análise na presente pesquisa trabalha-se com o caso HC nº 268.459-SP do Superior Tribunal de Justiça. O caso trata de uma criança que precisa de transfusão de sangue para sobreviver, contudo, os pais são Testemunhas de Jeová e recusam a transfusão de sangue em nome da criança por motivos religiosos. Trata-se de um caso de colisão entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade religiosa.

O questionamento é o seguinte: é constitucional determinar a transfusão de sangue superando a vontade dos pais? Para tanto, entende-se que o Voto-vista do Ministro Rogerio Schietti Cruz considerou o grau de não satisfação do P_i (direito à vida) grave (4) assim como a importância da satisfação de P_j (direito à liberdade religiosa) também grave (4). Ademais, o peso abstrato do princípio da proteção à vida P_i é alto (4), já o da liberdade religiosa P_j é moderado (2). Por fim, a segurança das suposições empíricas apresentadas são seguras (1). Assim, a aplicação da ponderação seguiria a seguinte conclusão:

$$\begin{array}{r} 4 . 2 . 1 \quad 4 . 4 . 1 \\ \text{-----} < \text{-----} \\ 4 . 4 . 1 \quad 4 . 2 . 1 \\ \text{Ou seja,} \\ 1 \\ \text{--} < 2 \\ 2 \end{array}$$

Neste exemplo, a fórmula revela-se essencial para estabelecer a relação de precedência condicionada, visto que a

proteção da vida da criança está conforme a Constituição. Usa-se este caso para observar as críticas de Bernal Pulido. O autor afirma que a estrutura da fórmula peso possui diversos problemas, um deles é a forma de objetivamente determinar o valor das variáveis.

Apesar de Alexy defender o ponto de vista uniforme da Constituição, Pulido (2006, p. 18) argumenta que os pesos concreto e abstrato dos princípios em colisão serão influenciados pela visão de mundo do julgador, mesmo que este parta do ponto de vista uniforme da Ordem Jurídica Constitucional. Lembra-se da afirmação que a objetividade pura na ponderação é um ideal a ser buscado, mas que jamais se realizará por completo. A falta da objetividade completa do Direito faz parte da própria natureza dele, conforme argumenta Kelsen (2009, p. 388-389).

Nessa senda, certo grau de subjetivismo fará parte da interpretação do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 387-391) e a concepção de que a aplicação do direito e as decisões judiciais sejam dotadas de completa objetividade é uma ilusão (KELSEN, 1992, p. 84), isto mesmo que se tenha uma mesma base interpretativa. Cumpre observar, contudo, que tal afirmação não consiste numa negação da racionalidade da ponderação.

Com efeito, numa análise de um caso concreto, Bernal poderia criticar que o grau abstrato ou concreto do princípio da liberdade religiosa será determinado por certo grau de subjetivismo do juiz, visto que sua visão moral, sua ideologia política e a própria forma como ele encara a religião influenciarão tanto na sua argumentação quanto na valoração dos princípios. Contudo, isso não significa que a fórmula peso não tenha um importante papel a ser cumprido, porque ela não apenas demonstra a racionalidade da decisão, mas também por demonstrar os espaços de subjetivismos que podem ocorrer na ponderação. E, se eles são visíveis, eles são controláveis, afastando, assim, decisões discricionárias.

4.3 COMPLEMENTAÇÃO DA FÓRMULA PESO

Purido (2006, p. 19) entende que um maior detalhamento da fórmula peso permitiria maior controle dos possíveis subjetivismos do legislador. Então, ele afirma que o grau de importância da satisfação ou não dos princípios no caso concreto depende de premissas fáticas e normativas, as quais necessitam de explicitação dentro da fórmula peso para um maior controle da decisão.

Serão propostas duas premissas normativas e cinco premissas fáticas. Tais premissas incidirão na importância da satisfação do princípio no caso concreto. A primeira premissa normativa corresponde ao significado da relevância da posição dos princípios, ou seja, do conceito de sistema legal e político que se tem decorre diferentes valores para os princípios no caso concreto. Esta premissa relativa ao significado será expressa por M.⁶ Exemplifica-se: Numa sociedade liberal baseada em Rawls, direitos considerados de primeira geração numa perspectiva de proteção do indivíduo contra a atuação do Estado terão um peso maior do que direitos sociais, conforme defende Pulido (2006, p. 18). Assim, nesta concepção filosófica, poder-se-ia afirmar que o direito à liberdade seria maior que o direito à educação.

A segunda forma de premissa normativa corresponde à importância da posição legal do caso, independente do ponto de vista apenas principiológico. Por exemplo, um caso de censura do direito à liberdade de expressão realizado pelo governo contra o partido de oposição é mais grave que se esta censura fosse feita contra um jornal que publica notícias sobre a vida dos atores de televisão. Na mesma senda, uma restrição ao cesso da educação de crianças é mais grave

⁶ Expressa por M e incidirá posteriormente na fórmula peso como MPiC. M refere-se à palavra inglesa *meaning*.

que uma censura no acesso à educação de pós-graduação *strictu sensu*. Esta premissa relativa à posição normativa será expressa por LP.⁷

Quanto às premissas empíricas, elas referem-se à comensurabilidade de qual a importância dos princípios em colisão. Assim, defende Bernal Pulido (2006, p. 19) que a importância que será avaliada depende da eficiência (E), velocidade (Sp), probabilidade (P), alcance (Re) e duração (D) do caso concreto que se analisa a colisão.⁸ O mais eficiente, rápido, provável, forte e duradouro é o ato em análise é em satisfazer ou não satisfazer os princípios em colisão maior deverão ser os pesos destes princípios.

Com efeito, as variáveis de IPiC e IPjC seriam ampliadas de uma forma explícita para:

$$IPIC = (MPiC \cdot LPPiC) \cdot (EPiC \cdot SPPiC \cdot PPiC \cdot RePiC \cdot DPiC).^9$$

O outro ponto passível de detalhamento, consoante o referido autor (PULIDO, 2006, p. 20), é a segurança da suposição das premissas. O autor propõe um refinamento do RPiC em três, dividindo-o em 1) segurança das suposições das premissas empíricas (REIPiC e REIPjC), 2) segurança das suposições das premissas normativas referentes ao caso concreto (RNIPiC e RNIPjC) e 3) segurança das suposições das premissas normativas referentes ao peso abstrato dos princípios (RNWPIA e RNWPJA).

Destarte, este detalhamento possibilitaria identificar de maneira clara a segurança do argumento do julgador referente a cada variável da fórmula peso. Adverte-se que, consoante defendido por Bernal Pulido, ainda deve-se levar em conta o critério de preferência

⁷ Expressa por LP e incidirá posteriormente na fórmula peso como LPPiC. LP refere-se à *legal position*, também em inglês.

⁸ De forma simplificada, E corresponde a *efficiency*, Sp a *speed*, P a *probability*, Re a *reach* e D a *duration*.

⁹ Os parênteses têm a função de demonstrar quais premissas são empíricas e quais são normativas, não tendo qualquer papel matemático no desenvolvimento do cálculo.

da escolha normativa do legislador, que basicamente determina uma prevalência da decisão democraticamente tomada sob possíveis decisões do judiciário quando não há segurança ou certeza das suposições das premissas levantadas no debate.¹⁰

Assim, as premissas ficariam assim representadas de maneira detalhada:

$$RPiC = REIPiC \cdot RNIPiC \cdot RNWPiA$$

Então, levando em conta todas as propostas de Carlos Bernal Pulido, a fórmula peso complementada ficaria assim representada:

$$W_{Pi,jC} = \frac{(MPiC \cdot LPPiC) \cdot (EPiC \cdot SPPiC \cdot PPiC \cdot RePiC \cdot DPiC) \cdot W_{PiA} \cdot (REIPiC \cdot RNIPiC \cdot RNWPiA)}{(MPiC \cdot LPPiC) \cdot (EPiC \cdot SPPiC \cdot PPiC \cdot RePiC \cdot DPiC) \cdot W_{PiA} \cdot (REIPiC \cdot RNIPiC \cdot RNWPiA)}$$

5 CONCLUSÃO

O objetivo das propostas de Carlos Bernal Pulido é de trazer uma maior clareza dos possíveis subjetivismos do intérprete do Direito na aplicação do princípio da proporcionalidade, mais especificamente, na aplicação da ponderação determinada pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se da utilização da fórmula peso como um passo obrigatório para determinar a precedência condicionada e tal proposta se apresenta de forma muito interessante. Se os pesos abstratos e as seguranças das

¹⁰ Para um maior aprofundamento desta prevalência e do papel que o princípio formal da democracia possui no cálculo da fórmula peso, indica-se o seguinte texto: Alexy (2014, p. 511-524).

suposições empíricas servem para a justificação racional da decisão e cumprem importante papel na ponderação, não seriam eles também decisivos para a relação de precedência condicionada que será a base para concretizar a aplicação dos princípios? Entende-se que sim.

Uma vez que é pela relação de precedência condicionada que se determinará a prevalência de um princípio sobre o outro nas circunstâncias do caso concreto e tal relação é o que originará uma regra como mandamento definitivo para o caso, é racional e recomendável que uma análise mais ampla seja feita, incluindo as outras duas variáveis da fórmula peso para determinar qual regra será extraída do caso concreto.

Já quanto ao refinamento da fórmula peso, parece adequada a proposta referente ao detalhamento da segurança das suposições empíricas, visto que efetivamente diferentes argumentos serão utilizados para determinar tanto o peso abstrato quanto o peso concreto dos princípios e, com isto, abre-se a possibilidade de que argumentos mais ou menos seguros sejam utilizados para uma ou outra variável. Destarte, uma separação entre as suposições empíricas referentes a cada uma das variáveis possibilita um maior controle de quão seguras são as afirmações levantadas pelo intérprete.

De outro giro, há de se investigar se uma divisão em três novas variáveis da segurança das suposições das premissas mantendo o mesmo peso e uma multiplicação entre elas é o mais apropriado, visto que possibilita um enfraquecimento exagerado da fórmula como um todo. Apenas como exemplo: se todas as suposições fossem plausíveis pelo modelo de Bernal, a variável correspondente seria de $1/8$, baixando consideravelmente os pesos dos princípios numa relação que o nível mais alto possível do peso abstrato seria 4. Ou seja, não apenas por si só anularia o peso abstrato do princípio como ainda poderia diminuir consideravelmente o valor da importância concreta dele.

Ainda, o detalhamento entre premissas fáticas e normativas é desapropriado, visto que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito visa a otimização dentro das possibilidades jurídicas existentes. Com efeito, as premissas fáticas cumprem importante papel na aplicação do princípio da proporcionalidade, mas não devem ser levadas em conta dentro da fórmula peso, visto que esta ocorrerá depois de verificadas as possibilidades fáticas. O detalhamento das premissas fáticas pode ter importante papel dentro dos juízos de adequação e necessidade, indubitavelmente possibilitando uma maior racionalidade destes juízos. Entretanto, elas não devem cumprir um papel dentro da fórmula peso, além do já exposto, porque elas seriam as definidoras do resultado da ponderação, podendo chegar a um peso de 20/1 quando reunidas em sua totalidade. Quando comparamos com o peso abstrato, por exemplo, que poderia chegar apenas a 4 numa escala triádica simples fica claro que desconfiguraria toda a fórmula e a própria aplicação do subprincípio da proporcionalidade estrita.

Com efeito, as propostas de Carlos Bernal Pulido são pertinentes e adequadas à Teoria dos Princípios de Alexy e parecem efetivamente trazer um maior controle dos possíveis subjetivismos decorrentes do caráter de indeterminação dos princípios jurídicos e de sua aplicação. O que parece ser necessário é um aperfeiçoamento e uma melhor alocação dos conceitos e detalhamentos trazidos por Bernal Pulido, o que será feito em estudos futuros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **R. Dir. Adm.**, v. 215, p. 151-179, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o Neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. **Revista da ESMESC**, v. 19, n. 25, 2012.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

SIECKMANN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo - um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA, Cadernos de Filosofia del Derecho**, n. 34, p. 15-53, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. The rationality of balancing. **Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosophie**, v. 92, i. 2, p. 195-208, 2006.

FORSTHOFF, Ernst. **Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Introduction to the Problems of Legal Interpretation. Tradução Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992.

CAPÍTULO VI

A PONDERAÇÃO, SEUS CRÍTICOS E O EXEMPLO BRASILEIRO

Felipe de Ivanoff¹

Resumo: O texto procura apresentar a ponderação, algumas críticas pontuais que recebe e exemplificar a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Para isso, primeiramente haverá a abordagem da ponderação a partir da doutrina de Robert Alexy, momento em que se fará oportuno elencar algumas premissas básicas que dão sustento à sua teoria, tais como a jurisprudência dos valores, o suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a diferenciação entre regras e princípios por ele profetizada. Em seguida, Jurgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Juan Antonio Garcia Amado e Manuel Atienza serão utilizados para um contraponto ao que foi tratado inicialmente, com a exposição de críticas à ponderação e suas premissas. Por fim, o estudo contemplará dois exemplos da utilização do método da ponderação por parte do Supremo Tribunal Federal. O método utilizado é o fenomenológico hermenêutico e o procedimento é a investigação bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: ponderação; racionalidade; discricionariedade; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The text seeks to present the ponderation, some specific critics it receives and illustrate it`s use by the Supreme Court. To

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional; Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Editor Executivo da Revista Brasileira de Direito da Faculdade Meridional (A1); Professor na Escola de Direito da Faculdade Meridional; Advogado com experiência nas áreas de Direito Civil (contratos, obrigações, direito imobiliário, responsabilidade civil e direito de família), Direito Tributário e Direito Trabalhista.

do this, first there will be the approach of ponderation from the doctrine of Robert Alexy, at which time it will be appropriate to list some basic premises that give support to his theory, such as jurisprudence of values, ample factual support for fundamental rights and the differentiating between rules and principles he prophesied. Then Jurgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Juan Antonio Garcia Amado and Manuel Atienza will be used for a counterpoint to what was initially treated, with exposure to criticism of ponderation and its premises. Finally, the study will include two examples of the use of the ponderation method by the Supreme Court. The method used is the hermeneutic phenomenological and the procedure is the bibliographical research and jurisprudential research.

Keywords: ponderation; rationality; discretionarity; Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX verifica-se uma intensa e cada vez mais ampla atuação do Poder Judiciário nos mais diversos assuntos, sendo até possível afirmar que se trata da esfera de poder que assumiu o protagonismo na atual quadra da história.

Judicializa-se qualquer tipo de assunto, de modo que a atuação dos juízes, sempre um assunto destacado pela doutrina jurídica, recebe ainda mais atenção, tendo em vista o sempre presente risco de discricionariedades e interferência nos poderes executivo e legislativo.

Por esse motivo, a partir do momento em que se verifica a utilização cada vez mais comum de determinado método de decisão, faz-se necessária a realização de estudos para verificar de que maneira essas decisões estão ocorrendo e qual a interpretação dos juristas sobre este assunto. O método de decisão em questão é o da ponderação que já é amplamente aproveitado pelo Poder Judiciário

brasileiro, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual o adota há bastante tempo.

No entanto, assim como a ponderação possui muitos adeptos, também é motivo de fervorosas críticas, das mais variadas formas, cujo enfrentamento é pertinente para ser possível vislumbrar quais as qualidades e defeitos deste método decisório.

Feitas estas considerações iniciais, confirma-se que o presente ensaio possui como tema a ponderação, abordando-se algumas de suas críticas e exemplificando-se a maneira com que é adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Este tema justifica-se porque seguidamente se vislumbra situações em que há a utilização da ponderação no momento da decisão, o que é corroborado pelo fato de que o Novo Código de Processo Civil receberá dispositivo específico prevendo a ponderação como um método possível.

Têm-se como objetivo geral apresentar a ponderação, seus críticos e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal; e, como objetivos específicos, expor a ponderação a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy; pontuar críticas realizadas a este método por alguns teóricos; e exemplificar a forma com que o Supremo Tribunal Federal adotou a ponderação em dois julgamentos.

A partir destes objetivos, pretende-se descobrir se as críticas à ponderação são suficientes para inviabilizá-la ou se, apesar delas, é possível encarar este método como adequado para a solução de determinados problemas jurídicas.

Para tanto, valer-se-á do método fenomenológico hermenêutico e, como instrumento procedimental, investigação bibliográfica e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estando este estudo estruturado em três seções, quais sejam: 1) A ponderação, quando haverá a definição do método em questão, tendo como principal suporte teórico os ensinamentos de Robert Alexy; 2) Seus críticos, momento em que algumas das críticas sustentadas por Jurgem

Habermas, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza e Juan Antonio Garcia Amado serão apresentadas; e 3) E o exemplo brasileiro, que finalizará o estudo sendo abordados dois julgamentos do Supremo Tribunal em que a ponderação foi utilizada expressamente por alguns ministros.

2 A PONDERAÇÃO

A ponderação como método a ser utilizado pelo julgador no momento de proferir as decisões dos casos levados à apreciação pelo Poder Judiciário vem ganhando ênfase no direito brasileiro, de modo que foi, inclusive, expressamente incluída no texto do Novo Código de Processo Civil. Este, no parágrafo 2º do art. 489, deixa claro que quando houver colisão entre normas, o juiz deverá fundamentar e explicar detalhadamente “os critérios gerais da ponderação efetuada.”

Mais do que uma inovação, que pode vir a ser bem vinda ou não, este dispositivo institucionaliza a ponderação como sendo uma metodologia a ser seguida pelos julgadores que se depararem com situações paradoxais em que o atendimento de determinada norma ocasionará fatalmente a ofensa da contraposta. No entanto, esta novidade restringe-se à presença textual do método ponderativo, uma vez que na prática já vinha sendo utilizado.

Antes de se adentrar especificamente no contexto brasileiro, o que será feito de maneira mais detalhada na terceira seção deste trabalho, pertinente estudar a ponderação e seus pressupostos visando preparar o terreno para a análise de algumas de suas importantes críticas, o que também ocorrerá posteriormente.

Preliminarmente, a ponderação é encontrada de algumas formas na doutrina e na prática jurídica, entre elas citam-se três.

Pode ser vista como a maneira com que se aplicam os princípios, especialmente tendo como base a caracterização deste instituto como mandamento otimização ensinada por Robert Alexy.

Neste contexto, esse método de julgamento sopesará até que ponto cada princípio será aplicado ou restringido (BARCELLOS, 2005, p. 25).

A ponderação também é interpretada como um modo de solucionar qualquer tipo de conflito normativo, que possui ou não relação com princípios, sendo esta facilmente vislumbrada em muitas decisões judiciais, que a tratam como uma técnica geral para resolver todas as tensões normativas (BARCELLOS, 2005, p. 26).

Por fim, há quem defina a ponderação como uma etapa obrigatória de interpretação, não tendo relação necessária apenas com conflitos normativos, mas, sim, sendo algo que se confunde com todo o procedimento decisório (BARCELLOS, 2005, p. 26).

Aqui, sem desmerecer outras maneiras de utilização da ponderação, ficar-se-á com aquela preconizada por Robert Alexy, que se vale do termo sopesamento para definir o método de solução das colisões entre princípios, o que se adéqua à primeira acepção trazida acima.

Mas, para ser possível compreender de forma ampla em que consiste a ponderação alexyana, é preciso apresentar algumas premissas básicas da sua doutrina.

Robert Alexy acabou sistematizando os direitos fundamentais e a interpretação destes nos termos do que já vinha sendo realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual já estava inserido no contexto da jurisprudência dos valores.

O cenário europeu, aqui se enfatizando o alemão, do segundo pós-guerra exigiu uma reformulação do sistema jurídico, como o intuito de impedir que os regimes fascistas voltassem a ocorrer futuramente. Dessa forma, as Constituições e seus direitos fundamentais passaram a ganhar maior relevância, de modo que a jurisprudência dos valores é o método pelo qual o Poder Judiciário interpreta o ordenamento jurídico, tendo como preocupação orientar as tomadas de decisões, as quais devem se basear nos valores que formam o convívio social (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 115).

Mesmo sendo originada ainda no período da jurisprudência dos interesses, a ponderação se tornou uma importante aliada da jurisprudência dos valores para a solução dos problemas jurídicos. Especificamente sobre isto, é importante referir que:

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em diversas oportunidades, afirmou a concepção de que a Lei Fundamental se assenta em uma ordem plural de *valores* guarnecidos pelos princípios constitucionais. Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Vale dizer, as circunstâncias concretas sobre as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade. (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 122, grifo do autor).

Além deste contexto de jurisprudência dos valores, outro pressuposto importante da teoria alexyana é a forma com que interpreta os direitos fundamentais, o que é determinante para a coerência de toda a sua teoria.

A realização normativa dos direitos fundamentais possui três características destacadas: âmbito de proteção, limite e limite dos limites (SARLET, 2012, p. 360). Portanto, relevante papel no estudo dos direitos fundamentais desempenha o suporte fático e suas teorias.

Alexy (2008, p. 301) afirma, na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que o âmbito de proteção e o suporte fático dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, sem considerar as possíveis restrições. Assim, relacionam-se com o que o direito em questão define *a priori*, ou seja, preliminarmente, e não com o que efetivamente protege de modo definitivo.

Ainda nesta seara, imprescindíveis são as teorias do suporte fático amplo e restrito, pois acabarão definindo como serão solucionados os problemas envolvendo direitos fundamentais.

De acordo com a explicação de Robert Alexy, a teoria restrita pode ser encontrada na obra de Friedrich Muller, para quem o suporte fático é definido explícita ou implicitamente pela própria norma constitucional. Como exemplo, tem-se o caso do artista que resolve pintar quadros em um cruzamento viário, ato que não pertenceria ao âmbito normativo do direito de liberdade de expressão artística. Para Muller (2008, p. 313), pintar é uma ação protegida constitucionalmente; por outro lado, pintar em um cruzamento viário, não. Por isso, uma lei que proíba este ato não seria uma forma de diminuir o que é protegido pela liberdade de expressão artística. Destarte, o suporte fático restrito diz respeito apenas àquilo que é efetivamente permitido/protegido de forma definitiva pelo direito em questão.

Apartir deste exemplo, Alexy critica de imediato a concepção de Muller e aproveita para apresentar a teoria por ele defendida, qual seja, a de suporte fático amplo: o dispositivo constitucional protege as expressões artísticas de forma irrestrita, de modo que, em um primeiro momento (ou, *prima facie*) este direito impõe que, se uma ação guarda com ele qualquer relação, sua realização é permitida.

Com este pressuposto, Alexy (2008, p. 314-316) afirma que pintar em um cruzamento é, sim, uma expressão artística. Mas, ao mesmo tempo, é uma perturbação do fluxo de veículos e uma ameaça ao trânsito, sendo esta segunda característica do ato uma razão para proibi-lo. No entanto, deve-se ressaltar que aquilo que foi vetado ainda é uma manifestação de arte, o que significa que pintar no cruzamento viário faz parte do suporte fático do direito de liberdade de expressão artística.

Portanto, é possível compreender aquela que parece ser a principal diferença entre as duas teorias do suporte fático: enquanto a restrita mantém dentro do suporte fático do direito fundamental apenas os atos permitidos/protegidos, já com limites definidos, a teoria do suporte fático amplo, adotada por Robert Alexy, contempla

todos os atos, inclusive os que podem ser proibidos, ou, em outra expressão, restringidos.

Complementando o suporte fático, imprescindível se faz abordar de forma sucinta a diferenciação entre regras e princípios realizada por este autor.

Segundo Alexy (2008, 90-94), os princípios são mandamentos de otimização que podem ser atendidos em maior ou menor grau. Por outro lado, as regras são mandamentos definitivos que são satisfeitas ou não satisfeitas. Quando há colisão de princípios, deve haver o sopesamento entre eles para se aferir, no caso concreto, qual deverá ser protegido. Isto não quer dizer que o princípio derrotado será invalidado. As regras serão aplicadas pelo método da subsunção e, havendo conflito entre elas, será solucionado através da criação de uma exceção à regra ou pelos critérios de anterioridade ou especificidade.

Aqui pode-se questionar: por que é importante estudar o suporte fático dos direitos fundamentais e a diferença entre regras e princípios em paralelo à ponderação? A resposta é até simples, pois, conforme mencionado anteriormente, a teoria alexyana possui premissas básicas que se complementam, sendo que, desse modo, não há como haver a ponderação de princípios se os direitos fundamentais forem tratados com suporte fático restrito.

Realizada a apresentação sucinta destas premissas que devem sempre estar presentes no contexto aqui apresentado, prossegue-se com a ponderação.

Apesar de Alexy mais concordar do que criticar a postura do Tribunal Constitucional alemão na aplicação da jurisprudência dos valores, ele propõe um modelo de sopesamento mais fundamentado, o que ocorre a partir da sua lei do sopesamento, que pode ser ilustrada da seguinte forma: “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.” (ALEXY, 2008, p. 167).

As colisões entre princípios são resolvidas na dimensão do peso, ou seja, será atribuído a cada um deles determinado peso, abstratamente idêntico, mas concretamente diverso, para ser possível descobrir qual preponderará no caso em questão. Como nenhum princípio possui preferência absoluta, estabelece-se uma relação de precedência específica para a situação, de modo que “Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto.” Como resultado desta ponderação surgirá uma norma de direito fundamental atribuída, a qual, por sua vez, será subsumida ao caso concreto (ALEXY, 2008, p. 95, 97). Esta norma advinda do procedimento da ponderação seria um desenvolvimento judicial de uma hipótese de suporte fático do direito fundamental, que serviria para regular a relação entre os princípios jurídicos colidentes naquele caso concreto (MORAIS; TRINDADE, 2012, p. 153).

Em outras palavras

os princípios como ordens ideais a serem otimizadas requeririam a sua realização mediante esquemas de sopesamento, transformando a sua condição de comando máximo, ideal, em comandos condicionais, reais, na produção de uma regra de precedência ou lei de colisão. Essa regra de precedência condicionada forneceria à aplicação do direito o suporte fático necessário para sua incidência como norma de direito fundamental atribuída. (MORAIS; TRINDADE, 2012, p. 155).

Trata-se, então, o sopesamento de uma maneira de efetivamente enquadrar determinado valor ou princípio *prima facie* dentro do suporte fático de um direito fundamental.

O sopesamento, no entanto, não é realizado de forma isolada como único e exclusivo requisito para a solução da colisão de princípios fundamentais. Ele é uma das máximas parciais a ser enfrentadas no momento da utilização da máxima da proporcionalidade.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, um reconhecido adepto brasileiro da teoria alexyana, a proporcionalidade apresenta-se como um instrumento capaz de solucionar os problemas envolvendo princípios de direitos fundamentais, devendo haver a observância de suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse quadro, tem-se que um meio adequado será aquele apto a promover o melhor resultado pretendido, o que funciona como um teste de aptidão da medida imposta (SILVA, 2002, p. 36). Por sua vez, o exame da necessidade tem relação com o cabimento ou não da restrição a determinado direito, considerando-se necessária a limitação de um direito fundamental quando o objetivo almejado não puder ser igualmente fomentado de outro modo, menos gravoso (SILVA, 2002, p. 38). Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste no sopesamento ou ponderação entre o grau de restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental protegido. Ressalte-se que para um meio ser considerado desproporcional não é necessário que atinja o núcleo essencial de determinado direito ou que o inviabilize, bastando que os argumentos para a restrição não tenham peso suficiente (SILVA, 2002, p. 40-41).

Pertinente repetir o que já foi salientado anteriormente. O que se tentou demonstrar até o momento é que todos estes elementos - jurisprudência dos valores, suporte fático amplo, princípios como mandamentos de otimização e princípio da proporcionalidade - dão sustento para a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, que tem na ponderação, ou sopesamento, o método de julgamento dos casos concretos em que houver a colisão entre princípios de direitos fundamentais. Estes assuntos estão intimamente ligados em sua teoria.

A jurisprudência dos valores ampliou a possibilidade de tratar a carta constitucional como um sistema completo e coeso de valores aos quais podem ser atribuídos pesos no caso concreto.

Nesse contexto, a interpretação do suporte fático dos direitos fundamentais de forma ampla se mostra essencial, pois somente dessa forma será possível ponderar os princípios. Isso porque, quando os direitos fundamentais forem vistos com suporte fático restrito, não será possível vislumbrar princípios colidentes, pois não se admitirá direitos que garantam algo apenas *prima facie*. Ao contrário, quando o suporte fático é restrito, aceita-se unicamente direitos definitivos, os quais não entram em conflito com outros direitos também definitivos.

Desta admissão de direitos *prima facie*, que receberão determinado peso no caso concreto, chega-se à diferenciação alexyana de regras e princípios, sendo aquelas mandamentos definitivos aplicados da maneira tudo ou nada, e estas mandamentos de otimização que são aplicados em maior ou menor grau, conforme cada situação fática e jurídica.

Para que os princípios sejam aplicados, realizar-se-á o sopesamento entre ambos, o que ocorre a partir do atendimento das etapas previstas pela proporcionalidade. Na terceira etapa desse procedimento, a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, ocorrerá a ponderação propriamente dita entre os princípios, quando haverá o estabelecimento de uma relação de precedência de um sobre o outro em virtude das circunstâncias do caso, gerando-se uma norma de direito fundamental atribuída. Esta, por sua vez, será aplicada ao caso concreto através da subsunção.

Logo, se inserido em um cenário que atenda a estes pressupostos, além de alguns outros² que não serão aqui tratados, se estará diante do método da ponderação sistematizado Robert Alexy para a solução de problemas jurídicos envolvendo princípios.

² Sem desconsiderar outros escritos, além da Teoria dos Direitos Fundamentais, também na obra Teoria Discursiva do Direito o autor apresenta as diretrizes que justificam e abalizam os seus pressupostos.

Todavia, mesmo que este sistema que leve em consideração os pressupostos acima mencionados tenha angariado adeptos, há também uma série de detratores que criticam tanto o fato de tratar a constituição como uma ordem de valores, quanto a utilização da ponderação como método de julgamento. Isto será abordado na seção seguinte.

3 SEUS CRÍTICOS

Após o tópico inaugural no qual foi realizado um apanhado geral acerca do método da ponderação, baseado nos ensinamentos de Robert Alexy, agora serão abordadas algumas das numerosas e importantes críticas dirigidas tanto àquela forma de julgamento, quanto a este teórico e a jurisprudência dos valores, já que está intimamente relacionada à ponderação.

É verdade que não será possível abranger neste breve espaço todas as objeções feitas à ponderação e à jurisprudência de valores. Por isso, serão enfatizadas algumas apresentadas por de Jurgén Habermas, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza e Juan Antonio Garcia Amado. Aliás, por óbvio, também não haverá o exaurimento das teorias destes autores, mas, apenas, salientar-se-á críticas que realizaram à ponderação.

Jurgén Habermas na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, analisou e criticou tanto a jurisprudência de valores quanto o método da ponderação. Estas críticas foram respondidas por Robert Alexy.

Ao falar sobre a jurisprudência dos valores, amplamente adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, Habermas rechaça fortemente a equiparação de princípios a valores, já que ambos estariam em dimensões inteiramente diversas, especialmente no que concerne à sua força cogente. Enquanto os princípios pertencem ao gênero das normas jurídicas e têm um sentido deontológico - dever ser -, isto é,

efetivamente obrigam alguém a algo, os valores expressam apenas preferências e têm significado teleológico - em busca de um bem -, apenas servem como um destino desejado (HABERMAS, 1997, p. 316).

E justamente em decorrência desta discordância inicial quanto à interpretação do Tribunal Constitucional Alemão relativa à equiparação entre princípios e valores, que todo o sistema daí decorrente está equivocado para este teórico. Considerando-se que a consequência direta da jurisprudência de valores é a adoção da ponderação como método de solução das controvérsias jurídicas que envolvem princípios, esta também é rechaçada.

A ponderação mostra-se na prática como uma interferência judiciária no poder legislativo, já que, *in casu*, acaba criando uma legislação concorrente (HABERMAS, 1997, p. 320). Além disso, como são atribuídos valores aos princípios que, como mandado de otimização, serão atendidos em intensidade que não é determinada pelo texto legal, ocorrerá uma ponderação direcionada para um determinado fim, ou seja, “a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos.” (HABERMAS, 1997, p. 315).

Enfatizando esta ideia, quando o Tribunal Constitucional tem como meta a realização destes valores conferidos ao ordenamento jurídico, torna-se uma instância autoritária e, o que pode até vir a ser pior, acaba por enfraquecer o poder normativo dos direitos fundamentais. Porque, em uma colisão, qualquer razão pode se tornar um argumento válido a julgar determinado caso, “o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 321).

Disso pode-se concluir que, a partir do momento em que se aceita qualquer fundamento como sendo válido para o afastamento de um princípio colidente em busca da realização do valor profetizado pelo outro, a força cogente que se imaginava presente naquele que foi afastado foi facilmente relativizada. Isto é inegavelmente grave

em um sistema no qual não há - ou não deveria haver - hierarquia entre os princípios, mas que, para ser possível ponderar, é necessário estabelecer uma relação de precedência.

Além deste risco de discricionariedade e enfraquecimento dos direitos fundamentais em decorrência da ponderação, há sempre um risco de aparecimento de decisões irracionais, porque ao adotar uma ordem de valores e pesos, que podem vir a ser atribuídos arbitrariamente ou despreocupadamente pelo julgador, eventuais argumentos meramente instrumentais podem prevalecer sobre os argumentos normativos advindos do sistema jurídico (HABERMAS, 1997, p. 322).

Para Habermas (1997, p. 322), há um grande problema quando princípios constitucionais são colocados de forma paritária com valores vagos e por vezes até contraditórios como a “capacidade funcional do exército alemão” e a “fidelidade à federação”, exemplos dados por ele, os quais podem servir de base para uma argumentação jurídica, mas não poderiam afastar, por si só, princípios de direito. É justamente o que o Tribunal Constitucional Federal realiza, ao considerar estes valores como direitos constitucionais que o Poder Legislativo seria obrigado a seguir.

Ao invés de agir dessa maneira, o autor sustenta que as decisões devem ser tomadas levando-se em consideração a coesão do sistema jurídico:

É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas “adequadas” ou não-“adequadas”. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita. (HABERMAS, 1997, p. 323).

Logo, a decisão jurídica somente será racional e não representará risco de enfraquecer os direitos fundamentais quando

não ocorrer a equiparação entre princípios e valores. Pois isto obriga a realização do procedimento da ponderação, que não trata o ordenamento jurídico como um sistema coerente, mas, sim, meramente como algo composto por diversos bens que possuem determinado peso abstrato e devem ser apenas cumpridos em maior ou menor grau.

Segundo Alexy (2008, p. 165), a objeção da falta de racionalidade é respondida através da diferenciação dos modelos decisionista e fundamentado de sopesamento. No primeiro, a ordem de precedência dos princípios é determinada através de um processo interno e incontrolado do julgador, ou seja, é uma simples escolha não fundamentada. Por outro lado, o segundo liga a definição da relação de precedência à sua fundamentação, sendo que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.” Em outras palavras, a correção do procedimento do sopesamento estará necessariamente atrelada à fundamentação utilizada pelo julgador no momento de proferir sua decisão.

Seguindo nas críticas sofridas pela ponderação, outro teórico que deve ser ressaltado é Luigi Ferrajoli, o qual inclusive rechaça fortemente a diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy e as formas de soluções das colisões entre estes.

Ferrajoli (2012, p. 39-40) não interpreta os princípios como mandamentos de otimização *prima facie*, mas, sim, como normas que estão presentes e servem como fundamentos para todas as regras, de modo que a diferença maior entre as duas está simplesmente na maneira como são formuladas. Regras servem para proibir ou autorizar algo, princípios para serem respeitados. A divergência estaria situada, então, não na questão estrutural, mas no “estilo”. Por isso, os direitos fundamentais não podem ser vistos como mandamentos de otimização, e sim, como regras que devem ser subsumidas no caso concreto, pois

consistem em deveres absolutos, sendo inteiramente afastada a ponderação.

Este teórico também sustenta que, no momento em que os princípios não são subsumidos, mas ponderados, admitindo-se ainda para a amplitude deste procedimento a criação de direitos/princípios no caso concreto que não estão positivados, há uma ofensa à separação dos Poderes. Porque o juiz passaria a ser, neste caso, criador de lei, um legislador extraordinário, que certamente não se admite (FERRAJOLI, 2012, p. 45-46).

Disto exsurge uma objeção bastante comum à ponderação, que a define como uma porta escancarada para a discricionariedade do julgador, o qual teria à sua disposição uma ferramenta que lhe permitiria atingir qualquer resultado, conforme sua própria vontade.

Esta crítica, além daquela referente à falta de racionalidade, é compartilhada de forma irônica por Amado, o qual acredita que os juízes primeiro decidem e depois organizam seus argumentos pela ponderação, e não o contrário:

O que parece claro é que nenhum juiz vai dizer “Cheguei a esta decisão sem ponderar, mas seria outra se tivesse ponderado”, mas sim, “Ponderando cheguei a esta decisão” ou “Cheguei a esta decisão sem ponderar, mas se quiserem, agora ponderarei e verão como o resultado será o mesmo”. (AMADO, 2012, p. 100).

A ponderação seria, assim, apenas uma atividade de escolha entre princípios supostamente colidentes em determinado caso, com o intuito de atingir uma ilusória justiça, que se mostra apenas um exercício discricionário do julgador, o qual passaria a não estar mais inteiramente submisso à lei. Por este motivo, sendo o princípio escolhido sempre de acordo com cada caso, não havendo uma absoluta relação de precedência entre eles, sugere-se seja objeto da ponderação apenas os fatos, e não as normas. Estas devem

obrigatoriamente ser respeitadas e subsumidas, pois não mudam e têm sempre peso equivalente (FERRAJOLI, 2012, p. 49-50).

Nas palavras do doutrinador em questão, a alternativa é vincular de maneira mais forte o julgador à constituição:

Em suma, bem mais do que no modelo principialista e argumentativo - que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição -, o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva e não discricionária - da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. Na verdade, a legitimidade da jurisdição se funda, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez - bem mais do que pela formulação como regra - do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz. (FERRAJOLI, 2012, p. 53).

Portanto, o método correto deveria limitar e vincular estritamente o julgador à Constituição e às normas escritas, não estando autorizados a atuarem como verdadeiros legisladores no caso concreto, restando permitida apenas a ponderação dos fatos, não das normas. Porque afastar/escolher normas trata-se apenas de uma atitude discricionária que é, pelos motivos expostos, inadmitida.

Com críticas formuladas de maneira um pouco mais sutil, já que chega até a aceitar com ressalvas o que é apresentado por Alexy,

Manuel Atienza permite a conclusão de que o problema da ponderação não está, necessariamente, em si mesma, em sua caracterização teórica, mas, sim, na maneira com que é interpretada e utilizada pelos julgadores.

A tese da ponderação alexyana poderia até ser correta, apesar de sua apresentação não ser inteiramente bem-sucedida, já que a utilização metafórica da matemática na fórmula do peso acaba por apenas confundir o intérprete, em vez de definir com rigor o caminho a ser seguido na análise do caso concreto. Além disso, a atribuição de valores aos direitos/princípios pode gerar a conclusão de que a chave da argumentação nestes casos é a fórmula em si, e não a atribuição dos valores respectivos. Todavia, a ponderação somente pode ser utilizada como uma ferramenta, como um meio para auxiliar na solução do problema, não podendo ser a única alternativa possível. Este método decisório não é um “algoritmo que, se for seguido, permite solucionar um problema de ponderação, mas um recurso que pode ser de utilidade para quem tem que enfrentar esse tipo de problema.” (ATIENZA, 2010, p. 51, tradução nossa).

Caso não seja assim analisado, há um grande risco de se complicar inutilmente o procedimento de decisão, utilizando-se esta fórmula de maneira desnecessária. Isso porque há problemas jurídicos que poderiam ser solucionados facilmente através de meios argumentativos mais simples e diretos (ATIENZA, 2010, p. 52).

Dessa forma, nota-se aqui uma crítica que até contempla certa relevância e coerência na utilização da ponderação, mas que, assim como as demais, aponta os equívocos cometidos comumente pelos julgadores que acabam se valendo deste método para todo e qualquer julgamento que envolve princípios.

Inclusive, mesmo sem afastar radicalmente este método decisório, é possível concordar com o que foi exposto neste tópico. Porque, mesmo reconhecendo-se a ponderação como um instrumento para auxiliar o julgador na tomada de decisão, não há como se admitir

que se torne uma espécie de atalho utilizado pelo juiz sempre que for conveniente. Igualmente, não se pode desconsiderar a existência de outros métodos decisórios mais adequados para determinados casos.

Finalizando-se este tópico referente às críticas à ponderação, fecha-se o círculo iniciado no tópico anterior. Agora, para encerrar este ensaio, ocorrerá a abordagem de dois exemplos de julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal, quando será possível verificar se, nestes casos, os opositores efetivamente têm razão em suas teses.

4 E O EXEMPLO BRASILEIRO

Nos tópicos anteriores foi realizada uma explanação geral tanto do método da ponderação, partindo de Robert Alexy, quanto de algumas de suas principais críticas, na qual foi possível conhecer de forma geral o assunto.

Agora, no último ponto, haverá a apresentação de dois exemplos de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal nos quais se pode vislumbrar de que maneira ocorre a utilização do método da ponderação pela mais alta corte nacional. Ressalte-se que não haverá uma demonstração empírica que permitirá uma conclusão definitiva sobre o assunto, mas, sim, apenas dois apontamentos para ilustrar o que foi desenvolvido até o momento.

A ADI 4.815, conhecida como o caso das biografias não autorizadas, serviu para definir a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias. Para ser possível ponderar, verificou-se a colisão do direito fundamental de liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade/intimidade.

Neste julgamento chama bastante atenção o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso,³ o qual utilizou uma regra particular

³ A íntegra do voto do Ministro Barroso pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico <<http://s.conjur.com.br/dl/barroso-voto-pdf.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

de ponderação, sem efetivamente perpassar pelas submáximas da proporcionalidade apresentadas por Robert Alexy.

Ao abordar a colisão entre os direitos fundamentais, afirmou “Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três etapas.” Estas etapas são: analisar as normas incidentes ao caso; selecionar os fatos relevantes; testar as soluções possíveis para verificar qual delas melhor atende aos anseios constitucionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 1).

Após isto, realizou um empreendimento argumentativo dando à liberdade de expressão e à sua proteção um status quase absoluto. Afirmou que nas democracias este direito deve ser tratado como uma liberdade a ser privilegiada, o que não significa dizer que é absoluta, mas que “a sua superação transfere o ônus argumentativo para o outro lado.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 3).

Em seguida, expôs as três razões pelas quais entende que a liberdade de expressão possui esta condição de preferência. Primeiramente, porque a história deste direito no Brasil não é prolífica, havendo exemplos na última ditadura de censura na imprensa escrita, na música, no cinema, na TV e nas artes; além disso, porque este direito serve como fundamento para o exercício de outros direitos fundamentais, tais como os direitos políticos e direito de associação; por fim, a liberdade de expressão é imprescindível para o conhecimento da história e fonte de informação para as gerações futuras (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 3-5).

Prosseguindo em sua defesa a este direito, afirmou que “A liberdade de expressão não é garantia de verdade ou de justiça. Ela é uma garantia de democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar ter de conviver com a injustiça ou até mesmo com a inverdade.” (BARROSO, 2015, p. 6).

Ao final do voto, teceu considerações a respeito de alguns possíveis efeitos negativos caso a liberdade de expressão fosse restringida. Segundo o seu entendimento, exigir autorização prévia para

a produção de biografias ocasionaria um desestímulo à produção de obras biográficas, um incentivo à proliferação de biografias tendenciosas e um comprometimento da história e da memória nacionais.

Ressalte-se que, mesmo podendo haver o reconhecimento de que estes efeitos negativos à restrição da liberdade de expressão pudessem realmente acontecer, parece ser problemático admitir que argumentos tão desprovidos de comprovação empírica possam embasar uma decisão tão importante em termos de direitos fundamentais.

Ao final, verificou-se que no processo de ponderação utilizado pelo Ministro Barroso houve a prevalência de uma argumentação favorável à liberdade de expressão. Ao realizar-se o confronto entre liberdade de expressão *versus* direito à privacidade, o primeiro saiu vencedor.

O outro julgamento paradigma para este estudo é o Habeas Corpus nº 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”, o qual também teve o direito de liberdade de expressão no centro da celeuma.

Siegfried Ellwanger era editor e autor de livros com conotação antissemita. Após denúncia, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do delito de discriminação, tipificado pelo art. 20 da lei nº 7.716, que foi considerado imprescritível com base no art. 5º, XLII da Constituição Federal.

Impetrou Habeas Corpus no STJ e, após novo insucesso, no STF, defendendo a sua liberdade de expressão e sustentando que antissemitismo não poderia ser considerado racismo, razão pela qual o delito que lhe fora imputado já estaria prescrito, pois não é abarcado pela regra constitucional.

Neste julgamento pertinente destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, que negou a concessão da ordem e optou por utilizar a proporcionalidade perpassando suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para ele, a condenação foi adequada, pois fomentaria o objetivo de combater a discriminação racial; era necessária porque inexistia alternativa menos gravosa para atingir um resultado satisfatório que não fosse a

condenação criminal; e, finalmente, a condenação era proporcional em sentido estrito porque a liberdade de expressão não contempla a intolerância racial ou a apologia à violência. Se a liberdade de expressão for ilimitada, outros direitos podem ser sacrificados.

A partir da análise destes dois exemplos, especificamente dos votos salientados, é possível verificar duas maneiras de utilização da ponderação: uma que corrobora as críticas e outra que as afasta.

Para relembrar sucintamente, Habermas criticou a jurisprudência dos valores, o enfraquecimento dos direitos, a discricionariedade e a falta de racionalidade que podem advir da ponderação. Ferrajoli censurou a discricionariedade e a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Garcia Amado expôs que a ponderação é somente uma forma de justificar uma decisão que já foi tomada e Atienza é contra os julgadores virarem reféns do procedimento da ponderação.

Atinente ao voto do Ministro Luiz Roberto Barroso na ADI 4815, aparentemente as críticas analisadas no segundo tópico deste artigo mostram-se fundadas.

Isso porque no momento em que há a menção de que o julgador utilizaria um particular método de ponderação já está flagrante a discricionariedade com que atua. Além disso, é possível questionar a racionalidade de suas razões ao valer-se de argumentos meramente especulativos como a possível diminuição da produção de biografias. Por fim, ao que parece o ministro valeu-se da ponderação unicamente para poder organizar os seus argumentos de maneira mais detalhada, de modo que este método sequer mostrou-se necessário para atingir as suas conclusões, não sendo um meio para chegar ao resultado, mas, sim, unicamente um disfarce criativo para o que já estava previamente decidido.

Por outro lado, no julgamento do Caso Ellwanger, Gilmar Mendes demonstra ter realizado uma importação mais correta do princípio da proporcionalidade, isto é, conforme esquematizado por

Robert Alexy. Pois ao menos percorreu as suas três máximas parciais de maneira fundamentada, diminuindo a carga discricionária e irracional de seu julgamento.

Não se pretende afirmar que somente respeitar as submáximas da proporcionalidade é suficiente para abalizar a ponderação e torná-la correta ou aceitável. Entretanto, é inegável que para utilizar um método originado em outro ordenamento jurídico, pelo menos deve-se tomar o cuidado de não o transformar em algo completamente diverso. Além disso, no voto do Ministro Gilmar Mendes se vislumbra o enfrentamento de questões jurídicas importantes para o caso em questão, sem valer-se de argumentos meramente instrumentais para atingir determinado resultado.

Após o exame destes dois julgamentos, pode-se perceber que a ponderação é um método de julgamento cujas virtudes ou defeitos poderão ser verificadas a partir de sua utilização pelo julgador. Não há como dizer que *a priori* seja um método maléfico e discricionário. De certa forma, estes adjetivos somente aparecerão no caso concreto, não sendo necessário rechaçar veementemente a ponderação antes de sua utilização.

No entanto, conforme se verificou no exemplo da ADI 4815, há que sempre se tomar bastante cuidado, pois a ponderação pode vir a ser facilmente utilizada para dar margem à discricionariedade do juiz, tornando-se um mero instrumento para justificar seus caprichos e dar sustentação para argumentos parcos e irracionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar um panorama geral da ponderação, as críticas que recebe e a maneira com que é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Para isto, partiu-se dos ensinamentos

de Robert Alexy para caracterizar e sustentar a ponderação e, em contrapartida, de Habermas, Ferrajoli, Atienza e Garcia Amado como opositores deste método. Ao final, visando contextualizar com o direito brasileiro, enfrentou-se exemplos de julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que a ponderação é um método de julgamento utilizado no direito alemão, adepto da jurisprudência dos valores, para solucionar os casos em que há colisões entre princípios. Neste cenário, verificou-se que algumas premissas básicas: tratar os princípios como mandamentos de otimização e os direitos fundamentais com suporte fático amplo.

A partir disto, a ponderação deve ser utilizada obedecendo-se alguns critérios com o intuito de respeitar a lei do sopesamento, que prevê que o grau de satisfação do princípio beneficiado deve ser inversamente proporcional ao grau de interferência do princípio contrário. Também viu-se que, para Robert Alexy, a correção da ponderação está intimamente atrelada com a racionalidade da fundamentação utilizada no procedimento decisório.

Apresentada a ponderação e as suas premissas, chegou-se à segunda seção do estudo, na qual foram apreciadas algumas das críticas que este método de tomada de decisão recebe.

Habermas direciona as suas críticas para o enfraquecimento dos direitos fundamentais ocasionado pela equiparação de princípios a valores, o que, por sua vez, pode facilmente dar azo para argumentações irracionais e meramente instrumentais para beneficiar determinados princípios, que nem sempre possuem força normativa, em detrimento de outros.

Ferrajoli, por sua vez, rechaça a diferenciação entre regras e princípios professada por Alexy, alegando que a diferença entre aqueles é menor do que se imagina, de modo que não existe regra sem algum princípio para lhe dar sustentação. Além disso, a ponderação é uma forma de facilitar a discricionariedade do juiz. Dessa forma, se trata de um método de julgamento que deve ser afastado, sendo

que a alternativa deve ser vincular estritamente o julgador à lei e à Constituição, impedindo-o de criar direitos no caso concreto e autorizando-o a ponderar unicamente os fatos, e não as normas.

Por sua vez, Garcia Amado em singela acaba por concordar com Habermas e Ferrajoli, ao sustentar que a ponderação pode fundamentar argumentos irracionais e discricionariedade judicial.

Por fim, em crítica sutil, Atienza sustenta que o julgador não pode se ver refém do método da ponderação, utilizando-o para julgar todo e qualquer caso. Haverá momentos em que a ponderação se fará desnecessária e descabida. Além disso, o intérprete deverá tomar o cuidado de valer-se corretamente da fórmula do peso e não confundir-se com a metáfora matemática da atribuição de valores aos princípios.

Após as críticas, encerrou-se o estudo com a abordagem de dois exemplos que foram interpretados como opostos. No primeiro, o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso na ADI 4.815, apontou-se a existência de discricionariedade e argumentos irracionais. No segundo, o Caso Ellwanger, reconheceu-se uma utilização parcimoniosa da ponderação.

Ao final, mesmo que de forma sintética, foi possível demonstrar o que se pretendia, isto é, um panorama geral do método da ponderação, suas críticas doutrinárias e a maneira com que é aplicada.

Com isso, pode-se extrair como conclusão final que o problema da ponderação não se encontra na forma com que foi esquematizada por Robert Alexy, mas, sim, na atuação do julgador, pois é justamente este quem operacionalizará na prática o que está previsto hipoteticamente nos textos doutrinários. Ao mesmo tempo em que ele poderá valer-se da ponderação partindo de argumentos racionais e jurídicos no momento de solucionar as colisões entre princípios, também terá condições de agir de forma inteiramente contrária e fazer uso deste método somente para mascarar argumentos irracionais e discricionários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Juan Antonio García Amado. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 104, p. 53-127, 2012.

ATIENZA, Manuel. A vueltas com la ponderación. **Anales de la Cátedra Francisco Suarez**, Granada, Espanha, v. 44, p. 43-59, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-55.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 147-166, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815**. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 25 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas-Corpus nº. 82424-RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Método jurídico e interpretação do Direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 90-129, jul./dez. 2013.

CAPÍTULO VII

UM ESTUDO EMINENTEMENTE PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO DE FAMÍLIA A PARTIR DO PÓS-POSITIVISMO

Bianca Strücker¹
Gabriel Maçalai²

Resumo: Através do método hipotético dedutivo, e da análise de materiais bibliográficos, como livros, artigos, também jurisprudências e consulta a legislações, o presente estudo tem como objeto a análise das regras e princípios no Direito de Família, após o advento do pós-positivismo, fazendo-se um breve percurso da passagem do jusnaturalismo até o pós-positivismo, na tentativa de comprovar que somente as regras, neste âmbito do direito, não possuem a abrangência necessária para abarcar todas as relações que devem ser protegidas. Para atingir tal propósito, discorre-se inicialmente sobre a clássica distinção entre regras e princípios, sobretudo a distinção elaborada por Robert Alexy, delimitando-se alguns dos critérios para distingui-los e como resolver os casos em que ocorra conflito entre regras e princípios. Posteriormente se faz uma breve análise sobre os princípios essenciais dessas relações, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da liberdade, e princípio da afetividade.

Palavras-chave: regras; princípios; pós-positivismo; direito de família.

¹ Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; pesquisadora bolsista da CAPES; Advogada.

² Bolsista e mestrando em Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Teólogo, filósofo e Advogado; Assessor jurídico e Procurador do Município de Inhacorá, RS; Professor na FAISA Faculdades e da Faculdade América Latina.

Abstract: Through the hypothetical deductive method and the analysis of bibliographical materials, such as books, articles, also jurisprudence and consultation of legislation, the present study has as object the analysis of the rules and principles in Family Law, after the advent of post-positivism, making a brief passage from the passage from jusnaturalism to post-positivism, in an attempt to prove that only the rules, in this sphere of law, do not have the necessary scope to cover all the relations that must be protected. In order to achieve such a purpose, we first discuss the classical distinction between rules and principles, especially the distinction drawn by Robert Alexy, by delimiting some of the criteria for distinguishing them and how to resolve cases in which there is a conflict between rules and principles. Subsequently a brief analysis is made of the essential principles of these relations, namely: the principle of the dignity of the human person, the principle of equality, the principle of freedom, and the principle of affectivity.

Keywords: rules; principles; post-positivism; family right.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante a história, o direito estruturou-se sob a ideia de regras, as quais quem estivesse vinculado teria o dever de cumpri-las. Este sistema de regras, entretanto, alterou-se significativamente com a passagem do jusnaturalismo, que preconizava verdades ontológicas, para o positivismo onde se levava em consideração a “letra fria da lei”, e posteriormente para o pós-positivismo, que faz uma leitura além da letra da lei, mas sem desprezar o direito positivo, fazendo uma leitura ética e moral da lei, mas sem recorrer ao metafísico, limitando o poder dos governantes e aproximando o direito à uma ideia de princípios.

Há certo consenso no meio jurídico sobre a divisão jurídica em regras e princípios, bem como a finalidade aplicativa de cada um. As regras, preveem uma solução previamente concebida, ao contrário dos princípios, que se caracterizam pelo seu alto grau de abstração e assim possibilitam uma atuação mais ampla do magistrado responsável por aplicá-las.

No direito de família, estes ensinamentos tomam contornos essenciais devido a dinâmica que as relações familiares possuem - são infinitas as possibilidades de sua formação. Deste modo, não raras vezes o juiz se vê obrigado a inovar num julgamento ou até mesmo afastar a aplicação das regras para que se chegue a uma solução justa, em casos concretos especiais.

O estudo acerca dos princípios nos faz refletir nas hipóteses em que é possível afastar a regra existente, já que, a princípio, elas devem ser respeitadas. Deste modo, somente nos casos em que a regra possa gerar uma inconveniência ou até mesmo uma injustiça é que se pode afastar sua aplicação. Os princípios trazem os valores éticos da sociedade para o ordenamento jurídico e possibilitam a solução dos “*hard cases*”, desde que fundamentados pelo julgador.

Em análise sumária é possível perceber a importância dos princípios nos julgados do direito de família. Porém, resta saber se em todas as hipóteses em que eles são aplicados em detrimento das regras, ou mesmo nos casos em que o judiciário, através de julgados, “cria” normas para o caso concreto, realmente é aceitável o afastamento ou a não aplicação da regra, pois a inaplicabilidade da mesma não pode se tornar ordinária, pois fomentaria uma grande insegurança jurídica, além de proporcionar uma sobreposição dos poderes.

2 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O jusnaturalismo fundamenta-se na existência de um direito, imanente à natureza, universal, imutável, suprapositivo e,

principalmente, absolutamente justo (KELSEN, 2003). Inspirado nas teorias de Hugo Grócio, Thomas Hobbes e Pufendorf, o conceito central da teoria naturalista é a afirmação da existência de preceitos de justiça que independem da normatização realizada pelo Estado, estando acima do direito posto pelo Estado (caráter suprapositivo do direito natural).³

Daí decorre o reducionismo da validade do direito aos ideais de justiça e ética, passando a se considerar jurídicas apenas as normas justas, isto é, aquelas que coincidam seus comandos com o que proposto pelo direito natural. Seus principais teóricos podem ser agregados em duas correntes: aqueles que postulavam como fonte do direito natural a vontade de Deus, de cunho notadamente teológico, e aqueles que afirmavam ser a razão a fonte do direito natural. Enquanto o jusnaturalismo originário tinha profundas bases teológicas, o moderno jusnaturalismo do século XVII abandona as ideias de um direito baseado na vontade de Deus e funda-se na razão como fundamento legitimador dos direitos inerentes ao ser-humano.

É com esta pretensão que se iniciam os movimentos revolucionários liberal-burgueses que, afirmando a necessidade de o Estado respeitar e proteger os direitos naturais, articula a queda do absolutismo monárquico. Esta doutrina jusnaturalista serviu de fundamento ao aparecimento de dois princípios fundamentais ao nascimento do estado liberal: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do estado (ABBAGNANO, 2003). Importante é apontar a relevância dos ideais naturalistas nas revoluções liberais do século XVIII, principalmente na França e na América, sendo

³ Conforme aponta Bobbio (1965, p. 68), o naturalismo não pressupõe a inexistência do direito positivo, apenas postula a superioridade daquele, enquanto o positivismo pressupõe a inexistência do direito natural. Neste sentido, aponta o autor que “por jusnaturalismo entendo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por positivismo jurídico entendo aquela corrente que não admite distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito que o direito positivo”.

prova inquestionável de sua importância o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁴

Com o surgimento do Estado Liberal pós-revolução francesa, imbuído dos ideais renascentistas da crença do super-homem (NIETZSCHE, 2014), ocorre a superação do direito natural, tido, agora, como anti-científico, dada a sua abstração e relatividade. Assim, por meio da escola histórica do direito, movimento contrário à doutrina do direito natural, precursor do positivismo jurídico, abre-se o campo para o florescimento das teorias positivistas de Hans Kelsen.

O positivismo filosófico, cujas ideias reportam-se a Augusto Comte, expressa uma corrente do pensamento que romantiza o postulado científico, em que se busca por meio da metodologia das ciências da natureza (causal-explicativa) alcançar a verdade, a qual já não mais pode ser aceita com base nos pressupostos do inatismo religioso metafísico e sim por meio da precisão científica dos procedimentos lógicos formais. Kelsen, transportando o positivismo filosófico para o direito, buscou a objetividade científica do ordenamento jurídico. Com isso, retirou todo o conteúdo moral e axiológico do direito, reduzindo a justiça à validade. Para Bobbio (2001, p. 58-59):

enquanto para um jusnaturalista clássico teria, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida.

⁴ “O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, preâmbulo).

Enquanto o direito natural é baseado na dicotomia bom e mau, o direito positivo é indiferente a conceitos valorativos, pois não busca o justo e sim o útil. Para Kelsen (2003), os Juízos de valor (dicotomia bom e mau) são subjetivos e relativos a cada sociedade, ou seja, variam de acordo com o espaço e o tempo, sendo o relativismo axiológico o ponto de partida da teoria positivista do direito. As noções básicas do direito positivo preconizam que o direito é particular a determinado contexto histórico, tendo como nota a variabilidade, que só corresponde à noção de direito as normas postas pela autoridade competente, e pretensão de cientificidade do direito, ou seja, a busca de uma neutralidade científica no campo jurídico (KELSEN, 1998).

Para a teoria do positivismo jurídico o conceito de justiça deve ser distinguido do conceito de validade, sendo esta prescindível àquela. Para o direito natural as prescrições só poderiam ser consideradas válidas quando fossem justas, isto é, direito válido é direito justo. Já para o positivismo a validade do direito independente de ideais de justiça, sendo o direito válido o direito posto, podendo ocorrer a validade até mesmo do direito injusto (KELSEN, 2003). Em síntese, todo comportamento, justo ou injusto, pode ser conteúdo de uma norma jurídica, pois o que faz uma regra jurídica não é o seu conteúdo, e sim a sua criação (teoria do mandato) ou a sua execução (teoria do direito como ordem coativa) (BOBBIO, 1965).

Entretanto, a banalização do mal ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as duas grandes guerras e as experiências do fascismo, nazismo e comunismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática pautada em princípios também identificada como pós-positivismo.

Neste enfoque, o pós-positivismo surge com o escopo de reincorporar no direito positivo os preceitos éticos de justiça, constitucionalizando, explícita ou implicitamente, por meio de

princípios axiológicos, os valores que anteriormente vagavam em uma esfera notadamente abstrata. Trata-se de analisar o direito não apenas como ordem coativa baseada no dogma da autoridade, e sim a busca de sua legitimação popular. Por conseguinte, no pós-positivismo, por meio dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, entrelaça-se a ordem jurídica positiva e a ordem moral.

Consequentemente, o direito encarrega-se do estudo das normas, que podem ser entendidas como mandamentos que gravam preceitos e valores sociais, devendo ser seguidos pelos indivíduos a fim de que seja assegurada a ordem social. Para Reale (2009, p. 95), “a norma jurídica é uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.” Logo, pode-se dizer que as normas dizem respeito a um dever-ser, que pode se apresentar como regras ou como princípios. Canotilho (1993, p. 99) define as regras como “[...] normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, permitem ou proíbem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção.”

Conforme Coelho (1999), regras são normas que preceituam uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida, isto é, as regras devem ser aplicadas por completo ou não, não admitindo exceções. A nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade das exceções de uma norma e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado (COELHO, 1999, p. 31).

Desta forma, regras são normas jurídicas que regularizam determinada conduta, sendo que sua aplicação depende da subsunção exata do fato que nela está descrito. Logo, se o fato corresponde à conduta descrita na regra, esta será aplicada e sua sanção aplicada, sendo a norma considerada plenamente válida. Por outro lado, caso o fato concreto não se adeque exatamente naquilo que a norma prescreve, ela não é válida para se aplicar aquele caso. Portanto, há

uma taxatividade na aplicação das regras que salvo exceção prevista, não pode ser afastada.

No entanto, para Reale (1999, p. 304-305) os princípios podem ser definidos como:

[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobre, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Conforme Sundfeld (1995, p. 18) princípios são tidos como “[...] ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.” Sendo assim, pode-se compreender, conforme preconiza Robert Alexy (2015, p. 83), que princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos do dever ser, mesmo quando são razões de um tipo diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Existem muitas maneiras e critérios possíveis para diferenciar regras e princípios, porém, apresenta-se neste estudo a distinção entre os institutos elaborada por Ronald Dworkin e posteriormente reformulada por Robert Alexy, os quais consolidaram o conceito de que o direito não é construído apenas por regras, mas por princípios, normas estas que abrem caminho para a entrada de juízos de valor no direito.

Conforme elucida Alexy (2015), o critério da generalidade é o mais usualmente utilizado para promover tal distinção. Este critério parte do pressuposto de que os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras, normas com um

grau de generalidade relativamente baixo. Para o renomado autor, as regras e os princípios também são diferenciados se são fundamentos de regras ou regras em si mesmas, ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento.

A partir deste critério, são possíveis três teses diferentes acerca da distinção entre regras e princípios, sendo que a primeira tese prevê que todo intento de dividir as normas em duas classes, a de regras e a de princípios, é ineficaz devido a pluralidade existente; a segunda tese é sustentada por aqueles que ponderam que as normas jurídicas podem se dividir de maneira relevante na classe de regras e na classe de princípios, porém, assinala-se que esta é uma distinção só de grau (partidários desta tese são os autores que o grau de generalidade é o critério decisivo); e a terceira tese, por sua vez, afirma que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre as regras e princípios existe uma diferença tanto gradual como também qualitativa (ALEXY, 2015).

Alexy (2015) apresenta ainda o conceito de princípio como mandamento de otimização. Para Alexy, este é o ponto fundamental na distinção entre regras e princípios. Conforme esta corrente de pensamento, os princípios podem ser estabelecidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e em diferentes graus, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

A esfera das possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras opostas, ou seja, verificam-se quando da aplicação do princípio na análise dos princípios e das regras a que eles se contrapõem. Por outro lado, as fáticas, devem-se ao fato de que o conteúdo dos princípios só pode ser determinado quando diante dos fatos concretos. Entretanto, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não.

Ao considerar-se que uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela determina, não sendo possível aplicá-la em parte, nem para mais, nem para menos. Logo, as regras trazem

situações fáticas e juridicamente possíveis. O que significa que a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau, de maneira que podemos concluir que toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

4 CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Ávila (2014) apresenta uma síntese dos critérios que comumente são utilizados para distinguir regras de princípios, como o critério do caráter hipotético-condicional, critério do modo final de aplicação, critério do relacionamento normativo e critério do fundamento axiológico.

Conforme o critério do Caráter Hipotético, o que os distingue é o fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, isto é, quando o juiz for aplicar a regra, olhará para o ordenamento legal e visualizará um fato e uma sanção correspondente. Já os princípios indicam somente o fundamento a ser utilizado pelo magistrado, para futuramente encontrar a regra para o caso concreto, ou seja, apenas indica os parâmetros a serem observados para se chegar até uma regra aplicável ao caso concreto.

Ademais, o critério do Modo Final de Aplicação, conforme estudos de Dworkin (2005), se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto (apresentadas pelo autor como “tudo ou nada”), ao passo que os princípios podem ser aplicados de modo gradual (meio termo), a depender do caso concreto. Em outras palavras, os princípios possuem uma dimensão de peso, não determinando as consequências normativas de forma direta, diferente das regras, que trazem expressamente a prescrição normativa.

Não obstante, o critério do Relacionamento Normativo diz respeito à análise da solução apresentada para o caso de ocorrer conflito entre regras ou colisão de princípios. No caso de conflito de regras, este só pode ser solucionado de duas maneiras: a)

introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou b) declarando inválida uma das regras. Alexy (2015) apresenta um exemplo de conflito de regras que pode ser eliminado através de uma cláusula de exceção a qual ocorre na determinação de proibição de sair de uma sala de aula antes que o sinal toque, salvo no caso de um incêndio. Se uma solução como esta não é possível, prevendo uma cláusula de exceção, uma das regras deverá então ser declarada inválida e retirada do ordenamento jurídico. Saber qual das normas deve ser invalidada é problema a ser solucionado através dos critérios estabelecidos para a solução de antinomias entre regras, isto é, observar qual deve prevalecer sob o critério da hierarquia, da especialidade ou cronológico.

De outra maneira, se ocorrer colisão entre princípios a solução a ser aplicada é totalmente diversa, isto porque quando dois princípios se colidem, um dos princípios deve ceder ao outro, sem que isto signifique a declaração de invalidez do princípio não utilizado, ou que a ele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, em certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro, e sob outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa (ALEXY, 2015).

Pelo exposto, se pode entender que os conflitos entre regras se solucionam na dimensão da validade, através da declaração de invalidez ou da criação de uma exceção; enquanto nas colisões entre princípios a solução parte da medida de peso atribuída a cada princípio, conforme a relevância para o caso concreto. Assim, é necessário que seja feita a ponderação da importância dos princípios colidentes para o caso concreto.

O critério do Fundamento Axiológico reputa os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, ou seja, enxerga nos princípios apenas fundamentos de valores a serem observados para a aplicação da norma ao caso concreto, enquanto as regras exprimem as decisões em si. Os

princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Por isso, não contém mandamentos definitivos, apenas *prima facie* (ALEXY, 2015).

Diferente é o caso das regras, que exigem que se aja exatamente como elas ordenam. Estas normas contém uma determinação específica no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina.

Por fim, Ávila (2014), na sequência de sua obra, tece críticas a esta distinção, propondo outros critérios. Entretanto, optou-se por apresentar os critérios tradicionais e mais usualmente empregados pela doutrina, objetivando traçar um panorama claro, facilitando assim a compreensão do tema.

5 A IMPORTÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família compreende o conjunto de normas que tratam acerca dos direitos pessoais e patrimoniais que surgem em decorrência das relações entre os diversos membros da entidade familiar. Desde o século XX até a Constituição Federal de 1988, a família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que foram se desconsiderando suas principais características, quais sejam, a prevalência do pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, e a exclusividade do matrimônio como entidade protegida e amparada pelo direito.

No campo legislativo, três mudanças legais foram responsáveis por transformar esse paradigma:

- a) a Lei n. 883/1949, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados;

- b) a Lei n. 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz;
- c) a Lei n. 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstruírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, de forma a romper de vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais (LÔBO, 2010).

O direito de família que veio surgindo dessas inovações legislativas só se completou com o advento da Constituição Federal de 1988, que de forma concisa, proclamou, em seus artigos 226 a 230, o fim da discriminação das relações familiares não formadas pelo casamento, estendendo igual proteção à família constituída pelo casamento, pela união estável ou monoparental, assim como consagrou a igualdade de direitos e deveres entre homem e a mulher, através do poder familiar e, ainda, o dever de igualdade de tratamento entre os filhos biológicos ou adotivos.

O Código Civil de 2002 dispõe de um livro específico destinado ao direito de família, o Livro IV da Parte Especial. Ressalta-se que o Código Civil de 2002 possui um relativo atraso com relação à Constituição Federal, pois o projeto original foi elaborado em 1975, só foi efetivamente promulgado em 11 de janeiro de 2002. Como bem observa Dias (2011, p. 31), “o ‘novo’ código civil, embora bem vindo, chegou velho.” Apesar disso, a verdade é que, com todas as emendas posteriores, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.511 a 1.783, pode ser considerado a base infraconstitucional do direito de família brasileiro.

Além desses diplomas legais, podem ser citados ainda inúmeras legislações infraconstitucionais que tratam de relações familiares,

como as leis n. 5.478/68, que dispõe sobre ação de alimentos, 5.891/73 que altera normas sobre exame médico na habilitação para o casamento entre colaterais de terceiro grau, 6.015/73 que dispõe sobre registros públicos, 6.515/77 que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, 8.009/90 que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, 8.069/90 conhecido por Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560/92 que regula a investigação de paternidade, 8.971/94 que regula direito dos companheiros à alimentos e à sucessão, 9.278/96 que regula a união estável, dentre outros.

Assim, pode-se observar que variadas são as regras que podem influenciar direta ou indiretamente no âmbito familiar, de maneira que, ainda que haja um esforço do legislador, é impossível prever todas as situações que poderão surgir das relações familiares dignas de tutela. Quando se trata de direito de família, não é possível falar em regras únicas ou modelos únicos, especialmente porque, normalmente, as modificações sociais precedem aquilo que legislação prevê, e por vezes não se pode esperar uma regulamentação formal para que seja dada uma resposta pelo direito. Nestes casos, em especial, se mostra muito importante o entendimento que diferencia regras de princípios, pois somente assim poderá se fazer uma justiça eficaz no direito de família.

Em análise, sem pretender esgotar todos os princípios informadores do direito de família, pode-se dizer que regem este ramo do direito: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Liberdade, da Solidariedade, e, especialmente, da Afetividade. No que tange ao surgimento dos princípios no direito de família, eles tomam uma maior importância na medida que a legislação atual não consegue atender as demandas sociais nesta área. Um destes fatores diz respeito a falta de legislação adequada, ou na inexistência de lei para resguardar direitos de novas modalidades de famílias, ou no caso

de permitir outras modalidades de aborto, que não as excepcionadas pelo atual Código Penal - como o aborto de anencefálicos.

Casos como estes não encontrariam uma solução justa no positivismo jurídico, pois neste caso o julgador ficaria atrelado à “letra fria da lei”, e uma vez não previsto na legislação, o direito não poderia ser alcançado. Assim, demonstra-se a importância do positivismo, e do alargamento do conceito de norma, separando-se regras de princípios, de modo que os princípios constitucionais, e outros dão conta de assegurar e justificar decisões que vão além daquilo que a lei prevê.

É bem verdade que o direito ainda não encontrou soluções para impor um limite para as ações do judiciário, e barrar o ativismo judicial, além de ocorrer, muitas vezes, um extrapolar do judiciário, que adentra na esfera dos demais poderes. Entretanto, tratando-se de vidas, o direito muitas vezes não pode valer-se do aguardo do tempo do legislativo que é extremamente moroso, e passa por crivos de moralidade mais agudos, que tendem a obstruir e impedir direitos que são fundamentais.

Logo, no direito das famílias, o pós-positivismo, e a utilização de técnicas de ponderação e sopesamento de princípios, contrapondo-os às normas postas, torna-se indispensável para a manutenção de um mínimo de “justiça”. Deste modo, contempla-se uma discussão verdadeiramente prática de modelos de justiça e sua aplicabilidade, tendo em vista que legislativo tem se mostrado extremamente lento e falho para aprovar leis que tratem de temas polêmicos, como é o caso da grande maioria das leis relacionadas a atualização legal do direito de família, como o casamento de pessoas do mesmo sexo, aborto, uniões poligâmicas, dentre outros. Ao observar as decisões quem vêm sendo tomadas nos tribunais, no sentido de conceder direitos, que não estão previstos na legislação, mas que podem ser conferidos através de princípios, destacam-se alguns.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta Nascimento (2009, p. 116):

A dignidade da pessoa humana aparece em textos jurídicos importantes a partir de 1945. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 1º (1948), proclama que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Conferência Mundial de Direitos Humanos, de Viena, em junho de 1993, concluiu que “todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana”. A Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi apontado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁵. Como observam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 76), a definição deste princípio é uma missão extremamente árdua, no entanto, é possível esboçar uma noção jurídica de seu conceito. Para os autores, “Dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.” Neste mesmo sentido, Lôbo (2010, p. 54) entende que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.”

Este princípio é o centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro. É o princípio do qual decorrem todos os demais. Através

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. [...] (BRASIL, 2016).

dele expressa-se a opção pela pessoa como objeto e fim de todo ordenamento jurídico. Seu relacionamento com o direito de família não poderia ser mais próximo: toda pessoa nasce e constrói um núcleo familiar dentro do qual os mais diversos direitos e garantias fundamentais se desenvolvem. Assim, o direito à família encontra-se inserido no conceito de dignidade humana.

Igualmente, o direito de igualdade, baseado no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, baseia-se na afirmação de que todos os seres humanos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, seja de gênero, sexualidade, cor, credo, ou outras. Partindo dessa premissa, todos nascem e vivem dotados dos mesmos direitos e obrigações perante o Estado. Logo por este princípio, busca-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de raça, sexo, convicções religiosas, filosóficas ou políticas, classe social ou por poder econômico. Assim, confirme Reale (1994), todas as pessoas possuem direito a um tratamento idêntico de acordo com a lei, baseado nos critérios lastreados pelo ordenamento jurídico.

No âmbito do direito de família, podemos visualizar o princípio da igualdade ao estudar os deveres entre os cônjuges, o tratamento destinado aos filhos e as diversas entidades familiares que possuem igual proteção jurídica. A Constituição Federal também dispõe acerca da família nos artigos 226 e 227.⁶ Assim, podemos dizer que o respeito

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos

a igualdade e das diferenças constituem um dos princípios basilares das organizações familiares, devendo ser observada pelos nossos Tribunais.

A liberdade e a igualdade, foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos garantidores do respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

A liberdade pode ser conceituada, segundo Pinho (2010, p. 103), como a faculdade que uma pessoa tem de poder fazer ou não fazer algo, porém limitando-se e respeitando-se a liberdade dos demais indivíduos. Assim, em termos jurídicos e baseando-se na Carta Magna, a liberdade é o direito que toda pessoa tem de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. No âmbito familiar, o princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização ou extinção de entidade familiar, com quem quer que seja. Relaciona-se, também, ao livre planejamento familiar, sem qualquer interferência estatal ou de terceiros, bem como quanto a livre escolha do regime de bens a vigorar na sociedade conjugal.

O artigo 1.513 do Código Civil de 2002 preconiza “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” Mais uma vez, são variadas as regras prescritivas acerca da liberdade no direito de família, o que não poderia ser diferente, uma vez que a família se insere no cotidiano e intrinsecamente a vida das pessoas, as quais, livres perante

para coibir a violência no âmbito de suas relações. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

o Estado Democrático de Direito, gozam de plena liberdade na escolha e condução de suas relações familiares, desde que sempre observado os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Todo núcleo familiar se forma a partir de laços biológicos ou afetivos. Esta é a família contemporânea, que é inspirada nos valores constitucionais, especialmente na dignidade da pessoa humana. A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a colônia até boa parte do século XX, entrou em crise com o advento da Constituição Federal de 1988 e a implementação de seus valores. Como a crise é sempre um dano aos fundamentos de paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica a sua função social: a afetividade. Assim, enquanto houver afeto haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, desde que consolidada na simetria, na colaboração e comunhão de vida (CRISAFULLI, 2016).

A família é fenômeno cultural e não jurídico. Vale dizer, o conceito de família é extraído da cultura e não do direito. Dizer que família é um fenômeno cultural é realçar que sua concepção não é estritamente biológica. Assim, a família não é só mais a biológica por um motivo simples: o conceito de família é construído a partir de valores sociais que não são necessariamente jurídicos.

Nessa estruturação, vê-se que agora a família deixa de ser institucional, passando a se afirmar uma condição instrumental. Há uma expressão que designa isso: família eudemonista. A doutrina fala que o momento é de constitucionalização da família eudemonista, que significa que a família serve para a busca da felicidade e para a realização pessoal do ser humano. O moderno direito de família abandonou de vez a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial para admitir uma nova família democrática, plural, isonômica, baseada na socioafetividade e, acima de tudo, preocupada em ser feliz. Desse vínculo de afetividade decorrem todos os direitos e deveres inerentes às relações familiares que anteriormente só

eram atribuídas às famílias constituídas pelo casamento. A principal regra que demonstra o viés afetivo atribuído às relações familiares é o artigo 226 da Constituição Federal, que trouxe reconhecimento à união estável e às famílias monoparentais, elevando-as a qualidade de entidades familiares.

Dessa forma, o amor é uma força elementar na vida de qualquer pessoa, incidindo de maneira especialmente forte nas relações de família. Para o novo direito de família, tem-se no afeto a mola propulsora que comprova que a relação familiar decorre, além da questão biológica, de uma natureza cultural, motivo pelo qual estabelece-se o dever do ordenamento jurídico tutelar as mais variadas formas de família.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crescente evolução na seara do direito de família, houveram alterações tanto em sua formação como em suas problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário. Assim como a sociedade, a família encontra-se em constante mutação, adaptando-se a novos contornos que vão se formando ao longo dos anos. São inúmeras as demandas que ingressam diariamente no Poder Judiciário referentes ao Direito de Família, para as quais nem sempre a solução proposta pelo legislador, ou pela análise da “letra fria da lei”, mostra-se a mais justa. É claro que as regras devem, em situações normais serem obedecidas, porque sua obediência promove a solução previsível e geralmente eficiente dos conflitos.

O problema ocorre quando há situações anômalas ao que prevê o ordenamento jurídico. Nestes casos têm especial importância a observância dos princípios, pois estes, por serem dotados de uma maior generalidade possuem a capacidade de abranger exceções à regra, as quais não podem ser enumeradas exaustivamente previamente pelo legislador. A utilização dos princípios no direito

de família é essencial para que se chegue à finalidade da norma. Isto porque, em casos não recorrentes a incidência da regra, sem considerar todas as circunstâncias pode se voltar contra o próprio espírito da norma ou mesmo revelar uma injustiça.

Para solucionar estes casos, é que vem a doutrina da derrotabilidade, ou seja, ela possibilita o afastamento da literalidade da regra, a fim de que possam ser tuteladas as mais variadas formas de família e cumpra-se o propósito buscado pelo ordenamento jurídico. No direito de família, tornam-se mais eficazes a interpretação das regras baseando-se nos princípios, pois, como mencionado, não há como o legislador antever todos os casos dignos de tutela. Ademais, os princípios não sofrem uma constante mutação como a vida em si. Eles, como mandamentos de otimização, são estáveis, devendo estar presente constantemente nas relações sociais, sendo permitido apenas que haja uma ponderação em sua utilização, pela própria natureza, que permite que seja utilizado em determinados casos com maior incidência, e em outros com menor.

Diante dos casos concretos e dos anseios da sociedade, comprova-se no dia a dia a necessidade de um direito de família pautado necessariamente e predominantemente em princípios, para que possamos chegar a decisões mais justas a cada dia sem que dependamos da mora legislativa para formalizar algo que já é concreto e plenamente aceito na sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. **El problema Del positivismo jurídico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Amedina, 1993.

CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-2c868f39a4c3101ea7254eb5b372ee41.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: As famílias na perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Tradução Carlos Duarte e Ana Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção sinopses Jurídicas, n. 17).

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

