

# Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais

Wagner Amorim Madoz

## Sumário

1. Introdução. 2. As soluções do problema da colisão. 2.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais. 2.2. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 2.2.1. Críticas ao princípio da proporcionalidade. 2.3. A ponderação de bens. 2.3.1. Crítica à ponderação como método de solução de conflitos. 2.3.2. O Supremo como balcão de valores? 2.4. Princípio da adequabilidade. 2.5. Crítica ao princípio da adequabilidade.

## 1. Introdução

O objetivo da pesquisa foi apresentar algumas reflexões sobre as soluções para o fenômeno da colisão de princípios fundamentais, cuja importância creio ser desnecessário enfatizar por se tratar de tema relacionado a questões de extraordinária magnitude para o direito constitucional brasileiro, como é o caso do debate sobre direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Como é óbvio, mas não chega a ser um truísmo, não é nosso intuito demorarmos na consideração aprofundada de cada solução de colisão de direitos fundamentais, apenas frisamos alguns pormenores, fruto da reflexão e do debate acadêmicos, realizado no interregno do curso.

Num tal ambiente teórico complexo com inúmeras teorias por vezes conflituosas, o risco de cair na armadilha do “*sincretismo metodológico*”<sup>3</sup> é imenso. Por outro lado, há o temor do que está por trás de uma defesa da “pureza metodológica”, os riscos ideo-

Wagner Amorim Madoz é Analista Judiciário – STF.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade,<sup>1</sup> promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília - UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Sousa Júnior.

lógicos envolvidos em tal caso também não devem ser desprezados.<sup>4</sup>

Além disso, o Brasil tem uma característica de criatividade na aplicação de institutos importados de outras culturas, veja-se o exemplo da “doutrina brasileira do habeas corpus”.<sup>5</sup>

Segundo opiniões abalizadas da doutrina, com as quais estou inteiramente de acordo, as normas substantivas da Constituição, de modo peculiar os direitos fundamentais, atuam na argumentação jurídica na qualidade de princípios jurídicos.<sup>6</sup>

Os princípios jurídicos representam talvez uma das noções mais ambíguas das teorias jurídicas. De modo especial a sua característica relacionada com o modo da argumentação jurídica empregada, e que estimula assim um notável papel da atuação judicial.

Dessa maneira, idéias como ponderação de bens, razoabilidade, princípio da proporcionalidade, constituem ferramentas argumentativas que são utilizadas para fundamentar as decisões judiciais envolvendo conflitos dessas peculiares espécies normativas.

Aliás, os conflitos entre princípios, como veremos, pertencem a um tipo de paradoxo ou aporia que foram construídos ou propostos desde as origens da filosofia clássica, e tem tido também versões na literatura.

Por certo, a questão relacionada a conflitos não é exclusivamente um debate jurídico. Muito pelo contrário, ela está presente na sociedade de forma dispersa, permeando todos os seus setores.<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, o caso da utilização ou não das informações geradas pelos experimentos nazistas, nos campos de concentração, durante as décadas de 1930 e 1940.

Na literatura também, é o caso contado por Miguel de Cervantes em *Don Quijote de la Mancha*,<sup>8</sup> em que relata o progresso do governo de Sancho Panza.

Bem se vê assim, que a pretensão de antever e regular todos os casos, mesmo na literatura, abarcando a realidade numa totalidade normativa, não passa de um desva-

rio de índole positivista. Como diz Menelick de Carvalho, a realidade é muito mais rica que o fenômeno normativo pode prever e, mesmo a tentativa de racionalizar o sistema normativo incluindo novo elemento normativo, acrescenta mais um fator para a irracionalidade que se queria em princípio evitar.

## 2. As soluções do problema da colisão

A força vinculativa dos direitos fundamentais bem demonstra que as colisões entre direitos fundamentais iria desaparecer como problema jurídico, se não houvesse essa vinculação e se os direitos fundamentais se apresentassem como não vinculativos. Respondendo já a uma crítica quanto às decisões sobre colisões envolvendo direitos fundamentais, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal somente decide casos de colisão de direitos fundamentais porque a Constituição vincula a proteção desses direitos à sua competência.

Se não houvesse essa vinculação explícita, as colisões seriam não um problema jurídico, mas apenas um problema moral ou político.<sup>9</sup>

A característica primordial dos direitos fundamentais está que eles são essencialmente direitos do homem protegidos constitucionalmente.<sup>10</sup> Isso quer dizer que os direitos fundamentais insistem em sua institucionalização, ou seja, já não basta a sua previsão, a Constituição determina a sua concretização.

Partindo do pressuposto de que existem colisões de princípios ou direitos fundamentais, é uma consequência natural abordar os métodos para sua solução. Existem, de fato, várias propostas nesse sentido, no entanto, dadas as limitações desta pesquisa, vamos abordar apenas algumas delas.

### 2.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais

Pretendemos apresentar algumas reflexões a partir da doutrina e dos debates tra-

vados durante o curso a respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais, as quais podem ser apresentados em forma de respostas aos seguintes questionamentos:

Pode-se conceber o núcleo essencial dos direitos fundamentais como um princípio/regra não escrita?

Haveria necessidade de o sistema ter expressamente algum dispositivo prevendo a defesa desse núcleo?

Esse princípio, mesmo que não expresso, é de obediência obrigatória?

Será mesmo uma norma implícita a todo o ordenamento o núcleo de direitos fundamentais, cabendo ao intérprete apenas a tarefa de explicitá-la?

A defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma tarefa dirigida apenas ao legislador e ao aplicador, juiz, ou abrange todos os intérpretes da constituição?

Em primeiro lugar, a noção do núcleo essencial<sup>11</sup> dos direitos fundamentais costuma ser definida a partir da Constituição alemã de 1949,<sup>12</sup> primeiro texto constitucional a prever essa proteção, a que se seguiram diversas outras, como as Constituições de Portugal de 1976,<sup>13</sup> da Espanha de 1978.<sup>14</sup> Mais recentemente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (Convenção de Niza 2000)<sup>15</sup> e a Constituição Européia.<sup>16</sup>

Essa noção serve a diversos propósitos, entre os quais está o de proteger os direitos fundamentais tanto das restrições legislativas como também das interpretações mutiladoras, ambas em decorrência, claro, da dinâmica social.

Pode-se dizer que a garantia do conteúdo essencial fortalece os direitos fundamentais frente a qualquer atuação dos poderes públicos, de modo especial obviamente ao legislador que pretenda restringi-los ou mesmo reduzi-los.<sup>17</sup>

Se a força normativa da Constituição<sup>18</sup> advém da sua sintonia com a realidade existencial do poder – à vontade de constituição<sup>19</sup> –, é evidente que os direitos fundamentais deverão ter uma compreensão

mais elástica, de modo a servir de instrumento de adaptação entre a realidade em movimento e a estática do texto constitucional.

A identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais como fronteira final da interpretação – ou “na conformação objetiva positivo-jurisprudencial dos bens jurídicos em conflito”<sup>20</sup> –, pode revelar alguns problemas.

De fato, a preocupação com a perda de identidade das normas definidoras de direitos fundamentais, em função das sucessivas concretizações atribuidoras de sentido aos textos constitucionais, é plausível e até mesmo provável. A noção de núcleo essencial seria uma barreira a essa desmaterialização – ou perda de substância – dos direitos fundamentais, pelo menos a curto prazo.<sup>21</sup>

A noção de conteúdo essencial opera como uma barreira à interpretação, na medida em que procura densificar conceitos, barrando, assim, as modificações de significado pelas concretizações atribuidoras de sentido ao texto constitucional.

Por outro lado, a longo prazo, não há como não temer a relativização dos direitos fundamentais, em função mesmo da atribuição de núcleos essenciais, pelas diversas interpretações demandadas pela necessidade de adesão à realidade social.

Assim, se constrói um círculo vicioso, pois se é pela interpretação que se define o núcleo essencial e ele é que serve de limite à interpretação constitucional.

Desse modo, a interpretação constitucional poderia chegar ao ponto de eliminar direitos.<sup>22</sup>

Por essa razão – ainda seguindo as lições do Professor Marcio Iorio Aranha – a doutrina espanhola e alemã indicam a dignidade da pessoa humana como guia básico na determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

A Constituição brasileira de 1988, muito embora tenha atribuído à dignidade humana princípio fundamental – art. 1º, inciso

III, não definiu esse princípio como superior hierarquicamente aos diversos outros princípios também fundamentais.

Mas independentemente de ser a dignidade da pessoa humana um valor mais importante que os demais, o fato é que na delimitação ou identificação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais há sempre a necessidade do apelo aos valores transcendentais do ser humano.<sup>24</sup>

Veja-se, por exemplo, o caso do direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição de 1988. Pode-se argumentar que esse direito fundamental, cuja garantia é expressamente indicada no texto constitucional, compreende também o direito de dispor da própria vida – no caso de eutanásia, por exemplo –, o que acabaria por alterar, numa ampliação mutiladora o direito à vida, tornando-o, em certos casos, um direito à morte.<sup>25</sup>

A não previsão da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na Constituição de 1988, por outro lado, não impede, ao meu ver, a sua aplicação na jurisdição constitucional brasileira.

Trata-se de um princípio implícito, decorrente de um conjunto de normas – como a que define a aplicação imediata dos direitos e garantias individuais (§ 1º do art. 5º), bem como a que impede o poder constituído de reformar os direitos e garantias individuais (Inciso IV do § 4º do art. 60).

Em geral, define-se o conteúdo essencial como aquele valor ou bem jurídico intrínseco ao direito fundamental considerado, “resultado da conjugação, no que couber, entre o valor da dignidade humana, os elementos conceituais e o núcleo radical, este último próprio da atribuição de significação oriunda das inúmeras manifestações das cláusulas pétreas.”<sup>26</sup>

Para a doutrina, assim, a noção de conteúdo essencial se entende como um limite às leis que restrinjam os direitos fundamentais. Dessa forma, o legislador pode restringir o âmbito dos direitos fundamentais desde que seja respeitado o seu conteúdo essencial.<sup>27</sup>

Existem várias correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza desses limites – teorias que referem a garantia do conteúdo essencial a posições subjetivas ou a uma situação objetiva de previsão normativa, bem como teorias em que se interpreta a garantia num sentido relativo ou absoluto.<sup>28</sup>

As teorias subjetivas podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa, parte da constatação de que todas as restrições aos direitos fundamentais existem uma justificação a qual pode encontrar apoio expresso na Constituição, ou derivar-se implicitamente de uma norma ou conjunto de normas “princípios ou regras da Constituição”.

Já a teoria absoluta entende que cada direito fundamental possui pelo menos duas partes: um núcleo e uma parte acessória ou não essencial.<sup>29</sup> Dessa forma, o conteúdo essencial seria apenas uma parte do conteúdo do direito, determinável, em todo o caso, pela interpretação.<sup>30</sup>

Não é nosso intento aqui, realizar uma análise aprofundada dessas teorias, o que se espera poder realizar em outra oportunidade.

No entanto, podemos adiantar algumas considerações críticas a esses modelos teóricos, a partir dessas noções gerais colhidas na doutrina.

Em primeiro lugar a teoria relativa pode ser criticada por alterar a posição de proeminência dos direitos fundamentais na estrutura constitucional, pois pressupõe a limitação de todo direito fundamental, desde que se faça um exame da proporcionalidade da restrição, o que equivaleria, segundo a crítica de Martínez-Pujalte, a relativizar por completo a garantia dos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

No que se refere à teoria absoluta, também se pode criticá-la, primeiro pelos problemas teóricos decorrentes da divisão dos direitos fundamentais em um “núcleo duro” – que conteria o núcleo essencial propriamente dito –, e outra parte não essencial. Além da artificialidade dessa divisão, na prática seria insustentável que o parâmetro

para o controle de constitucionalidade se referisse a apenas parte de uma norma constitucional, e não a sua totalidade.<sup>32</sup>

É o caso, por exemplo, do debate – em função da natureza e imprecisão do inciso IV, do §4º, do art. 40, da CF de 1988<sup>33</sup> –, em torno da proteção do núcleo essencial apenas dos direitos e garantias individuais, afastando essa proteção dos deveres que acompanham o seu enunciado.<sup>34</sup>

Entre nós, no entanto, deve-se afastar esta concepção, tendo em conta que a exclusão dos “deveres” da proteção prevista no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, implicaria “ferir o próprio conceito de direito fundamental.”<sup>35</sup> Pois, dada a forma em que os enunciados se apresentam positivados – é o caso dos direitos previstos no art. 5º, incisos XI, a inviolabilidade da casa, desde não haja flagrante ou ordem judicial; XVI, direito de reunião, desde sem armas e haja prévio aviso às autoridades competentes; XII e XIII, garantia da propriedade, desde que atendida sua função social, etc.

Além disso, também há a possibilidade de ser colocada à disposição do legislador a opção de relativizar a garantia dos direitos fundamentais na parte não essencial, ou esfera não protegida do direito fundamental. Dessa forma, permanece o perigo do esvaziamento substancial do conteúdo dos direitos fundamentais alterando, assim, sua posição no ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

## 2.2. O Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade<sup>37</sup> é subdividido, geralmente, em três subprincípios:<sup>38</sup> adequação, necessidade proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio Afonso da Silva entende que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nessa ordem, pois, “pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.”<sup>39</sup>

Uma medida estatal seria considerada conforme ao princípio da adequação quando o seu emprego faz com que o “objetivo

legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado.”<sup>40</sup>

Quanto à necessidade, se diz que um ato estatal é necessário, quando a realização do objetivo pretendido não possa ser promovido, “com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.<sup>41</sup>

Finalmente, uma medida estatal limitadora de direito fundamental será legítima quando obedecer, além dos subprincípios da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste “em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide que fundamenta a adoção da medida restritiva.”<sup>42</sup>

Analisando as diferentes maneiras que o STF aplica o princípio da proporcionalidade nas decisões que profere – em ambos os tipos de controle de constitucionalidade –, pode-se concluir que não há uma identidade entre a doutrina teórica do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação.

Oriundo, como se sabe, do direito alemão,<sup>43</sup> tem sido cada vez mais estudado pela doutrina brasileira. Sua acolhida entre nós bem demonstra a importância para o Direito Constitucional brasileiro.

Uma questão importante de grande interesse para a aplicação do princípio da proporcionalidade diz respeito ao seu fundamento validade, onde se encontra localizada a base na qual se apóia o aplicador do Direito para invocar a sua aplicação. Para uns ele se encontra no princípio que define o Estado de Direito, outros entendem que se encontra nos direitos fundamentais, mais precisamente no princípio da dignidade da pessoa humana, além de entendimentos que o consagram no princípio da unidade da constituição, ou a “conjugação de todos esses fundamentos.”<sup>44</sup>

A primeira questão que surge é a concepção de princípio jurídico que se está trabalhando, pois, se for a axiologicamente

neutra de Robert Alexy, por exemplo, a proporcionalidade seria uma regra e não um princípio, ou, ainda, a relação meio-fim, “sem cujo delineamento a proporcionalidade não pode ser racionalmente concebível.”<sup>45</sup>

Para Humberto Ávila, por exemplo, não se trata sequer de um princípio, mas de um postulado normativo-aplicativo, e não podendo ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, “antes resulta, por implicação lógica, da estrutura lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Vale dizer: a tentativa de extraí-lo do texto constitucional será frustrada.”<sup>46</sup>

Conforme veremos, quando tratarmos das críticas ao princípio da proporcionalidade, uma das grandes questões em relação à sua utilização está na identificação dos critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, envolvidos na sua aplicação.

### *2.2.1. Críticas ao princípio da proporcionalidade*

A maior debilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, no controle de constitucionalidade envolvendo atos normativos restritivos ou disciplinadores de direitos fundamentais, talvez seja a contraposição que realiza entre as opções legislativas e suas finalidades, em relação aos direitos fundamentais.

Na verificação da constitucionalidade da medida restritiva é inevitável a confrontação da finalidade da limitação do direito constitucional e a medida adotada pela lei objeto de questionamento.

Para muitos parece uma invasão às atribuições do Poder Legislativo, legitimado a realizar essas opções políticas de conformação, restrição ou disciplina dos direitos fundamentais.

É evidente, assim, que a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo somente deve ser feita quando seja arbitrária

ou careça de justificação constitucional a restrição.

Outras objeções não menos importantes são formuladas, como por exemplo a que questiona os limites da atuação do Poder Judiciário, no Estado de Direito, quando compara direitos a valores.

A crítica mais importante, ao meu ver, no entanto, relaciona-se ao problema da relativização dos direitos e garantias protegidos constitucionalmente.

Formulações doutrinárias como o utilitarismo confrontam de tal maneira esses valores que é difícil defendê-los com a mesma intensidade. De fato, considerações como o bem-estar da coletividade, o estado social, as leis penais, a saúde pública, são argumentos utilizados para restringir os direitos humanos, mesmo garantidos constitucionalmente.

No entanto, podemos superar esse dilema se reconhecermos o sistema de equilíbrio que os direitos fundamentais, e os valores e bens que representam, tem lugar, de forma a impedir que um bem jurídico, por mais relevante, seja reconhecido, numa relação de tirania, à custa do outro.<sup>47</sup>

Dessa forma, segundo Häberle, a interpretação conjunta é uma garantia segura para a proteção dos direitos fundamentais, pois com a lesão de uma parte seria lesionado o conjunto da Constituição.<sup>48</sup>

Por outro lado, o equilíbrio de interesses a que nos referimos se apóia na ponderação de bens, bem como no postulado da função de ordenação conjunta da Constituição, pontos de vista que, segundo ainda Häberle, fazem desaparecer ou ter como infundado o temor de uma relativização dos direitos fundamentais.<sup>49</sup>

### *2.3. A ponderação de bens*

Para o positivismo jurídico o método de aplicação do direito reduz-se a um silogismo, como já afirmamos, tendo a lei ou ato normativo como uma premissa maior, o fato, a premissa menor e a sentença ou decisão da controvérsia a conclusão.<sup>50</sup> A este método é dado o nome de subsunção.<sup>51</sup>

Na realidade, se supunha que aplicar o Direito consiste em determinar a norma individual que estabelece uma consequência normativa para um caso individual determinado, mostrando que o caso individual é uma instância de um caso genérico a que uma norma aplicável correlaciona com essa consequência normativa.<sup>52</sup> Norberto Bobbio, por exemplo, afirmava que a decisão judicial poderia ser entendida como uma regra do caso concreto.<sup>53</sup>

Um outro fundamento estabelece a coerência do ordenamento jurídico, de forma que as contradições normativas não eram admitidas, pois sempre haveria uma norma a servir de premissa maior no silogismo, que era reduzida a aplicação do Direito.

Daí, o desenvolvimento dos métodos de resolução de antinomias – hierárquico, especialidade e temporal.

Ocorre, no entanto, que modernamente existem situações nas quais esse método não é apropriado. Entre estas situações se encontra o caso da colisão ou do conflito envolvendo princípios constitucionais – expressos ou implícitos.

Não há nesse caso, propriamente uma premissa maior para ser aplicada no silogismo. Por essa razão é que foi desenvolvido o método da ponderação de bens ou interesses como forma alternativa à subsunção. Não é possível a utilização desse método para solucionar a controvérsia. Pois não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento da outra: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução.<sup>54</sup>

Nesse peculiar caso de conflito ou colisão envolvendo essas peculiares categorias de normas jurídicas é necessário uma valoração dos bens ou princípios em conflito, de modo a verificar qual deles deverá ter preponderância na solução alvitada.<sup>55</sup>

Esse método tem inequívoca importância na solução de conflitos envolvendo princípios constitucionais, muito embora al-

guns autores possam estender o seu uso para outros conflitos normativos.<sup>56</sup>

Constitui-se numa “técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.”<sup>57</sup>

A finalidade desse método é ajudar na solução de colisões ou conflitos envolvendo razões, interesses, valores ou bens jurídicos protegidos constitucionalmente.<sup>58</sup> De modo que as normas envolvidas “continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.”<sup>59</sup>

A ponderação de bens é um método de desenvolvimento do direito – na lição de Karl Larenz – pois, segundo ele, serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, “para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto”.<sup>60</sup>

Além disso, continua Larenz, “do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requeira a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura certa tipificação dos casos; a ‘ponderação’ de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua.”<sup>61</sup>

Esta também é a opinião de Peter Häberle, o qual concebe a ponderação de

bens como um parâmetro de determinação do conteúdo e limites dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Robert Alexy, tratando do problema da colisão, afirma que “o procedimento para solução de colisões de princípios é a ponderação.”<sup>63</sup>

Para Vieira de Andrade, a questão do conflito de direitos ou valores depende de “um juízo de ponderação, no qual se tenta, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).”<sup>64</sup>

No direito norte americano a técnica da ponderação é chamada comumente de “balancing ad hoc”, em contraposição ao “definition balancing”, “que implicaria a aplicação da norma preferida.”<sup>65</sup> Embora também seja denominada de “balance test”.<sup>66</sup>

Convém chamar a atenção, seguindo Peter Häberle, que há que se evitar um possível equívoco na compreensão da ponderação de bens. É que, ao entender a ponderação de bens como um parâmetro para a determinação dos limites admissíveis dos direitos fundamentais, não significa que os diversos direitos fundamentais estão numa relação de subordinação hierárquica ou de subordinação de uns com os outros. A idéia que se defende é que os direitos estão numa relação de coordenação, uns com os outros,<sup>67</sup> condicionando-se reciprocamente. Dessa maneira, se compreende os diversos princípios portadores de valores tão importantes para a ordem constitucional, como por exemplo princípios da dignidade da pessoa humana, em face de restrições à liberdade individual. Se compreende, assim, que são ambos valores legítimos, possuindo ambos igual importância, por isso se condicionam reciprocamente.<sup>68</sup>

É razoável pensar os diversos princípios fundamentais numa espécie equilíbrio e ordenação conjunta.<sup>69</sup> Desse modo, a ponderação de bens proporciona um equilíbrio entre os bens jurídicos que colidem, no en-

tanto, somente uma consideração de conjunto da Constituição pode proporcionar o apropriado equilíbrio dos bens constitucionalmente protegidos.<sup>70</sup>

Para Peter Häberle esse equilíbrio tem que operar no âmbito dos limites através de uma ponderação de bens, “a través de esta ponderación de valores tiene lugar la inserción de los bienes jurídico-constitucionales en el conjunto de la Constitución o, mejor dicho, esta inserción es simplemente ejecutada, pues resulta ya de la Constitución. En la ponderación de bienes se realiza el equilibrio en el que los bienes jurídico-constitucionales encajan los unos con los otros.”<sup>71</sup>

No que se refere à aplicação da ponderação convém refletir sobre as observações de Daniel Sarmento, segundo as quais, “deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe ‘compressões’ recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.”<sup>72</sup>

Para Ana Paula de Barcellos, a aplicação do método da ponderação envolve três fases: a identificação dos comandos normativos ou as normas relevantes envolvidas no conflito; a identificação das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, “daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”<sup>73</sup>; e a “fase de decisão”, na qual serão examinadas “conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa”, para, em seguida,

definir qual a norma ou grupo de normas que deve prevalecer, e em que grau de intensidade, se possível.<sup>74</sup>

Parece evidente que os órgãos judiciais encarregados de resolver esses conflitos desempenham um papel muito mais ativo.<sup>75</sup>

Desse modo, com as devidas cautelas, não há como se chegar a uma irracionalidade abrupta, decorrente do resultado da aplicação da ponderação nos conflitos envolvendo princípios constitucionais.

### *2.3.1. Crítica à ponderação como método de solução de conflitos*

Afirmar que a ponderação não possui uma margem de discricionariedade maior do que a tradicional subsunção, seria negar o óbvio, como diz Daniel Sarmento.<sup>76</sup> Também é claro que situações de conflitos entre direitos fundamentais, ou princípios jurídico-constitucionais, demandam o exercício da ponderação dos diversos bens ou valores envolvidos.

Por outro lado, o exercício da ponderação, tal como o temos formulado neste ensaio, não conduz a um subjetivismo extremo que transforme o ato de aplicar o direito resolvendo as colisões entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, expressos ou não numa atividade de criação do direito “*ex nihilo*”.<sup>77</sup>

A ponderação também não é um método desprovido de substância, ou que conduza o intérprete a alcançar qualquer resultado que deliberadamente queira.

É certo que a afirmação de que ponderação é o método apropriado para resolver colisão entre princípios constitucionais não é aceita de forma unânime na doutrina.<sup>78</sup>

No entanto, não há como afastar sua função no constitucionalismo moderno, ainda que debaixo de críticas, seja na identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (Härbele) seja na identificação do princípio constitucional que deva prevalecer no caso de conflito ou colisão.<sup>79</sup>

A crítica principal que se faz à ponderação, como método de resolução de conflitos

ou colisões entre princípios constitucionais, está na discricionariedade judicial que configuraria um atentado ao dogma da separação dos poderes.

No que concerne à crítica, dirigida não apenas à ponderação, como método de solução de controvérsias envolvendo princípios constitucionais, da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis, muito embora reconheça sua importância, não podemos abordar aqui com a profundidade requerida; no entanto, vamos apresentar algumas colocações.

Certamente, esta opinião se inscreve ou poderia servir como argumento complementar às teses que de um modo mais geral põe em dúvida a legitimidade democrática da fiscalização judicial da lei, ou que lhe propõe limites ou restrições.<sup>80</sup>

Jeremy Waldron, por exemplo, questiona o sistema do “*judicial review*”, exatamente pelo aspecto da legitimação democrática.<sup>81</sup>

Especialmente crítico quanto à ponderação como método de solução de conflitos é Juan Cianciardo para quem “*a ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones ius fundamentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro*”.<sup>82</sup>

Se bem que este autor também critica a hierarquização geral ou abstrata, pois entende que ambas conduzem a uma relativização das vertentes negativas e positivas dos direitos fundamentais, “*en efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego de un lado, se eclipsa su rol de limites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva*”<sup>83</sup>

Igual opinião pode ser encontrada em Pedro Serna,<sup>84</sup> Fernando Toller<sup>85</sup> e Luis Fernando Cartillo Córdova.<sup>86</sup> Pedro Serna e Fernando Toller, por exemplo, afirmam que “*uno de los bienes o derechos en liza puede*

ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* to hace en concreto.” (g.o.)<sup>87</sup>

Do mesmo modo é o pensamento de Castillo Córdoba.<sup>88</sup>

Esta posição é comumente rebatida, precisamente na consideração de que os direitos fundamentais representam, no Estado de Direito contemporâneo, um espaço intransponível para a decisão das maiorias, ou dito por outra forma, representam matérias sujeitas à proteção contra-majoritária, insuscetíveis de serem objeto de exclusão pelas maiorias parlamentares, momentâneas.

É certo que a Constituição é um documento cheio de princípios e direitos substantivos que, se bem se propugna como coerentes, produzem inevitáveis tensões ou conflitos em sua aplicação e também em sua projeção sobre a atividade legislativa.

Um questionamento importante diz respeito ao argumento segundo o qual a ponderação cercearia a liberdade do legislador.

De fato, a Constituição prevê a separação de poderes, e o Poder Legislativo possui liberdade e autonomia, não estando sequer vinculado a decisão do STF – diferentemente de outros países, como a Alemanha, por exemplo.

Mas ainda que se tenha como um princípio implícito da Constituição a liberdade configuradora do legislador, esse princípio não é de modo algum absoluto. Se por acaso entrar em conflito com outro princípio ou direito constitucionalmente protegido, deverá ser ponderado também, podendo, inclusive, ceder em face de outro princípio mais relevante, numa dada situação de conflito.

Gustavo Zagrebelsky afirma que para combater o mal do século XX, definido como o “legislador motorizado”, as Constituições contemporâneas tentam pôr um remédio a este efeito destrutivo do ordenamento jurídico, caracterizado pela previsão de um direito superior, dotado de força obrigatória

inclusive para o legislador. Com o objetivo de “condicionar y, por tanto, contener, orientando-los, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.”<sup>89</sup>

De fato, as normas configuradoras de direitos, ou que regulem a sua atuação, exigem um nível de racionalidade bem maior do que aquele exigido no paradigma do Estado liberal do Século XIX, onde, por exemplo, para justificar a lei bastava a legitimidade de origem.<sup>90</sup>

Hoje, no entanto, a discricionariedade legislativa possui uma grande variedade de opções políticas, porém, limitadas pelas normas substantivas da Constituição, a qual, por outro lado, orienta a execução na maior extensão possível suas normas.

Como sustenta Daniel Sarmento, “o resultado final do processo pode ser analisado sob o prisma da sua conformidade com a taboa de valores consagrados na Constituição. É evidente que jamais se atingirá a objetividade plena no processo de ponderação, mas daí a afirmar-se que tal processo é puramente subjetivo e irracional, vai uma longa distância.”<sup>91</sup>

É evidente que não defendemos a substituição pura e simples do legislador – como expressão da *volunté general* – pelo juiz moderno. Apenas que os discursos tanto da justificação das escolhas limitadoras ou conformadoras de direitos fundamentais, quanto de aplicação das normas envolvendo essa peculiar categoria de direitos tenham uma maior racionalidade, servindo, portanto, de barreira às violações camufladas sob o manto da conformação, ou da regulamentação de um direito individual, protegido constitucionalmente.

Sob esse ponto, aliás, é a opinião de Gustavo Zagrebelsky, “la ley, un tiempo me-

dida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentiales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.”<sup>92</sup>

### 2.3.2. O Supremo como balcão de valores?

Gustavo Zagrebelsky alerta para o perigo que constitui as transações entre valores derivar em algo muito parecido com um mercado de valores e “esta mutación genética del espíritu en economía resultaría plenamente realizada cuando a cada valor – como ‘valor de cambio’ - le fuese atribuido su ‘justo precio’. Es indudable que las sociedades occidentales, mediante la extensión ya casi ilimitada de la categoría del daño (es decir, del valor violado) resarcible (es decir, transformable en dinero), por la que desgraciadamente han trabado desde hace décadas generaciones de juristas y de jueces animados por las mejores intenciones, han llegado ya muy lejo en este camino de la mercantilización integral de los ‘valores’ jurídicos.”<sup>93</sup>

Como se sabe, Jürgen Habermas, em “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, critica a concepção dos direitos humanos como bens ou valores que podem ser objeto de ponderação pelo Tribunal Constitucional, o que tornaria esse órgão um negociador de valores, evoluindo para uma “instância autoritária” que invadiria a competência do legislador.<sup>94</sup>

Criticando a jurisprudência de valores, afirma que ela “levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Bökenförd analisam, tomando como referência a práti-

ca de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpreta arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: ‘Judicial review is a deliberately countermajoritarian institution’.”<sup>95</sup>

Dessa maneira, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.”<sup>96</sup>

Como para Habermas normas e princípios possuem uma força de justificação maior que os valores, “uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores, e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.”<sup>97</sup>

O perigo da relativização dos direitos fundamentais cresce na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores, porque, neste caso, “os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.”<sup>98</sup>

No caso de uma colisão de normas, os direitos fundamentais, “ao serem levados a sério em seu sentido deontológico”,<sup>99</sup> não deveriam ceder sob uma análise funcionalista, baseada em custos e benefícios.

A alternativa consistiria numa argumentação deontológica que permitisse uma única solução correta, para cada caso concreto, o que necessariamente implica conceber os direitos fundamentais como autênticos princípios e não como valores que possam ser ponderados em um discurso de aplicação do Direito, “como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.”<sup>100</sup>

Conforme veremos, essa tese conduz a conceber uma rigorosa delimitação das competências constitucionais de modo que todo conflito entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais será aparente, porque segundo essa teoria, sempre existirá um princípio ou um direito adequado ao caso, com exclusão de qualquer outro.<sup>101</sup>

#### 2.4. Princípio da adequabilidade<sup>102</sup>

Para o que nos interessa nesta pesquisa, faremos uma análise das principais características da contribuição de Klaus Günther, que seriam a distinção entre justificação e aplicação de normas; a análise de todas as características envolvidas no caso a ser considerado; e conceito de coerência.

Klaus Günther faz uma diferenciação entre discurso de fundamentação e aplicação de normas, por meio da ética discursiva.<sup>103</sup>

O processo de justificação se vincula à validade da norma, e se expressaria pela universalidade do princípio moral, entendido por Günther como um sentido recíproco -universal de imparcialidade: “com o princípio (U), a validade de normas dependerá de que as conseqüências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. Esse princípio moral somente poderá ser aplicado como regra de argumentação em discursos, nos quais a potencial generalização dos interesses se expressa na aceitabilidade das

razões, apresentadas por participantes de direitos iguais. (...) O critério de validade de uma norma com a pressuposição da sua observância geral. A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a resolutive condição de que também a norma será efetivamente observada por todos”.<sup>104</sup>

O discurso de aplicação, por outro lado, tem o sentido de adequabilidade, entendido como o processo de descrição de todas as características envolvidas na situação em exame – que pode ser tanto abstrata como concreta –, que, a rigor, está presente também em outras proposições teóricas, identificadas geralmente como o corte situacional.

Em geral, a identificação das circunstâncias que envolvem o caso particular é destacado como o primeiro passo da argumentação, e que, para Günther, deve ser uma “descrição situacional completa”.<sup>105</sup>

Como segundo passo, será a consideração de todas as normas envolvidas no caso, “deveremos, portanto, relacionar a descrição situacional completa com todas as outras normas aplicáveis. (...) A descrição situacional completa é submetida a um ‘esgotamente normativo’ que menciona todas as normas possivelmente aplicáveis.”<sup>106</sup>

O próximo passo da descrição do senso de adequabilidade de Günther – chamado por ele da argumentação de adequação –, está na resolução do conflito entre normas. Para ele “a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pleitos de validade, porque as normas em colisão ou as variantes de significado concorrentes somente se correlacionam em uma situação concreta. E é justamente desta propriedade de dependência situacional do problema de colisão que um discurso de fundamentação deveria afastar-se.”<sup>107</sup>

De fato, Günther propõe que os argumentos de coerência são essenciais sobretudo para aplicação imparcial de normas e formula o critério de coerência da seguinte forma: “1. Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com

todas as outras normas aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação (às variantes de significado poderão ser aplicados critérios correspondentes).<sup>108</sup>

Desse modo, Günther tenta construir um sentido de imparcialidade ao discurso de aplicação, sendo correto concluir que “a aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso.”<sup>109</sup>

Como vimos, Jürgen Habermas não adota, e mesmo critica, a concepção de Robert Alexy – que ele classifica como “um modelo economicista de fundamentação”<sup>110</sup> – preferindo a noção de “senso de adequabilidade” – que seria o sentido de uma norma aplicável a um caso concreto como “adequada” ou “não adequada”, “adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.”<sup>111</sup>

Na realidade, o senso de adequação<sup>112</sup> desenvolvido por Günther seria não apenas o sentido de seguir o princípio correto nos casos práticos, senão também em sua aplicação imparcial atendendo a todas as circunstâncias especiais de cada caso.<sup>113</sup>

Essa perspectiva teórica exclui a ponderação de bens, por ser desnecessária, pois as colisões envolvendo princípios ou direitos fundamentais não existiriam ou se existissem seriam um conflito aparente, pois, a incidir numa controvérsia envolvendo princípios constitucionais, por exemplo, sempre haveria um princípio mais adequado que outro, sem se recorrer ao método da ponderação dos bens ou valores envolvidos.

Para Habermas, distintas normas não podem contradizer-se umas com as outras se pretendem validade para o mesmo círculo de destinatários, elas teriam que possuir uma inter-relação coerente formando um sistema.

Entendo que essa concepção teórica leva às últimas conseqüências a coerência do discurso de aplicação<sup>114</sup> como correspon-

dente ao discurso de justificação, de modo que na resolução de casos concretos o intérprete não possa afetar um dos pilares do ordenamento, concebido como sistema jurídico, que é a coerência.

### 2.5. Crítica ao princípio da adequabilidade

A rigor, o que se chama princípio da adequabilidade deveria se chamar princípio da coerência, do qual a adequabilidade é componente.

Como aponta Prieto Sanchís, causa surpresa a ausência de procedimentos ou argumentos alternativos de forma a encontrar o conteúdo estrito de cada norma constitucional, bem como sua correspondente “adecuación abstracta a un catálogo exhaustivo de posibles casos de aplicación.”<sup>115</sup>

A elaboração desse catálogo exaustivo, de modo a viabilizar a aplicação adequada em cada caso concreto – que consiste numa argumentação deontológica –, somente seria viável, se fosse possível o estabelecimento de relações de especialidade, entre os diversos princípios constitucionais expressos ou implícitos, bem como, dos direitos humanos constitucionalmente protegidos ou não.

Por outro lado, o método da ponderação, tal como o temos concebido neste ensaio, direciona para o triunfo de um dos princípios ou direitos em conflito e não na busca de um ponto intermediário que em parte sacrifique e em parte dê completa satisfação a ambos.

A decisão judicial resolvendo o conflito configura, de fato, uma regra que, por sua vez propugna a adequação de uma das normas em conflito e a conseqüente inadequação da outra.

Ocorre que, na linha do nosso entendimento, essa regra se obtém pelo método da ponderação dos princípios ou direitos envolvidos,<sup>116</sup> não representa de forma alguma um esforço para a harmonização daquilo que é tendencialmente contraditório, mas, ao contrário, representa um juízo orientado a determinar qual norma deve ser aplicada

para regular um caso, no qual há, tanto abstrata quanto concretamente, um conflito, uma colisão de direitos.

Entender de modo diverso equivaleria a excluir a ponderação como método de resolução de conflitos ou colisões de princípios ou direitos fundamentais, aplicando-se pura e simplesmente a subsunção, critério utilizado classicamente na aplicação do Direito.

Não se pode de fato afastar a possibilidade de argumentações irracionais, decorrentes de juízos ponderativos. Mas é de se perguntar, qual o método de aplicação do Direito que possa excluir, *a priori*, conclusões irracionais, ou soluções díspares?

### Notas

<sup>1</sup> Este artigo, por razões de limitação editorial, mutilou deliberadamente diversos assuntos abordados na pesquisa, como: as bases epistemológicas, a definição de direitos fundamentais no contexto da pesquisa, a dignidade do homem como fundamento dos direitos humanos, a questão dos direitos fundamentais absolutos ou relativos, a distinção entre texto e norma, princípios e regras, a crítica doutrinária segundo a qual a colisão de direitos fundamentais seria um mito, bem como a crítica da “fórmula de peso” elaborada por Alexy, entre outros tópicos que serviram de base para a elaboração da monografia final, à qual remetemos para uma abordagem crítica.

<sup>2</sup> Direitos fundamentais, aqui, são aqueles previstos na Constituição. Muito embora, possa, por vezes, mesmo neste trabalho, serem designados como sinônimos dos Direitos Humanos, levando consigo a carga emocional que esses termos carregam.

<sup>3</sup> Entendido como a utilização conjunta de teorias contraditórias ou antagônicas entre si. Virgílio Afonso da Silva, de cuja obra foi retirada a expressão, indica como exemplo de “sincretismo metodológico” a utilização “da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais.” DA SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, in *Interpretação Constitucional*. DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). Malheiros Editores. 2005. p. 136.

<sup>4</sup> Este pensamento coincide com BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Brasileira de Di-

reito Público. Belo Horizonte. Ano 3. n. 11, out./dez. 2005, p. 30, nota 20. para quem, “no caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.”

<sup>5</sup> A ampliação do *habeas-corpus* foi obra do Ministro Enéas Galvão, que afirmou “O *habeas-corpus* evoluiu com as necessidades do meio social e político, não se preocupando mais o Supremo Tribunal com a observância da locução latina e nossas leis, mas com o espírito do direito novo a dominar os fenômenos de ordem jurídica.” Doutrina, tida por Lêda Boechat Rodrigues como “a maior criação da jurisprudência brasileira.” RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol III – Doutrina brasileira do *habeas-corpus*. Editora Civilização Brasileira S.A. Rio de Janeiro. 1991. p. 23. De modo contrário, Pedro Calmon chamou de “aberrante”, a aplicação do *habeas-corpus* e casos políticos, citado por Lêda Boechat, no volume e página já citados.

<sup>6</sup> Por todos, SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 1998. p. 2, tb. ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 3ª edição. Editorial Trotta. Madri. 1999. Cit., pp. 109/110, “Se el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”

<sup>7</sup> Um exemplo é a explosão de litigiosidade ocorrida no Brasil, a partir da introdução entre nós dos Juizados Especiais, oriundos dos Juizados de Pequenas Causas, cujas causas passaram a vir à tona e que antes ficavam no anonimato, veja-se, por exemplo, alguns casos colhidos no Relatório da pesquisa “Avaliação dos Juizados Especiais Cíveis” desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisa – CEBEPEJ: “a. Ação de indeniza-

ção contra funerária porque o travesseiro do defunto estava muito baixo. b. Ação indenizatória por danos materiais e morais por erro no troco do cigarro, de R\$ 0,50. c. Ação de cobrança de R\$ 0,01 (um centavo) contra a CEMIG, por cobrança indevida. d. Policial 'contratou' prostituta, que realizou 'serviço' a mais e não recebeu por isso, e acionou os JECs para receber o valor devido. Ele pagou espontaneamente a dívida quando a autora, em audiência, disse que iria chamar a imprensa para divulgar o ocorrido. e. Indenização por propaganda enganosa de aumento de pênis." Cf. Juizados Especiais Cíveis. Estudo. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006. p. 53.

<sup>8</sup> CERVANTES, Miguel S. Don Quijote de La Mancha. Real Academia Española e Asociación de Academias de la Lengua Española. Alfaguara. Edición del IV Centenario. Madrid. 2004.

<sup>9</sup> Idem, p. 73.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. Op.cit., p. 73, e, ainda, mesma na página, "A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade."

<sup>11</sup> Com relação à terminologia, veja-se as precisas indicações de Marcio Iorio Aranha, Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Nº 7. UnB. Brasília. P 395, "O conteúdo essencial das cláusulas pétreas sofre variada denominação, apresentando-se no Brasil com os nomes de núcleo essencial, conteúdo essencial, núcleo imutável, substância, essência, cerne, ou âmbito de proteção. Portugal orienta o estudo com maior precisão para o termo mínimo inatacável. Na Espanha, o conteúdo essencial é chamado de gérmen de un ente vivo, entraña, medula, meollo, enjundia, fondo, sustrato e até mesmo pelo neologismo contencial. Na Alemanha, fala-se em Wesensgehalt, Kerngehalt, Wesenskern, Inhalt ou Die Natur der Sache, cujas traduções literais são, respectivamente, conteúdo essencial, conteúdo nuclear, núcleo essencial, essência ou a natureza mesma da coisa."

<sup>12</sup> "Art. 19.2 In Keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden." "Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.", disponível em [http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art\\_\\_19.html](http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__19.html)

<sup>13</sup> "Art. 18.3 As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

<sup>14</sup> "Art. 53.1 Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esen-

cial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)"

<sup>15</sup> "Artículo 52. Limitación de los derechos garantizados 1.- Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." Disponível em <http://www.europarl.eu.int>.

<sup>16</sup> Art. II.112 "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." CONDE, Enrique Álvarez, MAYOL, Vicente Garrido, y otros. Comentarios a la Constitución Europea. Vol. II, Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 1577.

<sup>17</sup> Segundo alguns, por essa razão, "se puede afirmar que constituye un pilar básico del neoconstitucionalismo, cuya característica más notable acaso sea el reconocimiento de que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales representan el núcleo del bien común en una comunidad política, al cual debe orientarse de manera efectiva, y no meramente programática, toda la acción de los poderes públicos." PÉRES, Tomás de Domingo e MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución Europea. In Comentarios a la Constitución Europea. Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 1577.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Fabris Editor. Porto Alegre. P. 1991. pp. 18 e 19.

<sup>19</sup> "chamada por Lucas Verdú de sentimento constitucional, que consiste no consenso geral de que a constituição deva ser seguida e respeitada. Há, no entanto, uma margem tolerável de distanciamento entre constituição e realidade que não pode ser ultrapassada, sob pena de se denegrir a normatividade da constituição; de se denegrir sua capacidade de normar condutas. Para isso, o conceito de conteúdo essencial vem temperar um eventual excesso na aplicação concreta das cláusulas pétreas, permitindo a atualização do conteúdo constitucional". ARANHA, Marcio Iorio. Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Citado, p. 393.

<sup>20</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 396.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 397.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> “Não há como imprimir marcos seguros ao conteúdo essencial sem referência a valores transcendentes. Somente eles podem evitar que um direito à vida, por meio de interpretação constitucional continuamente deformadora de seu conteúdo, venha a se tornar um dever de morte. Para que a evolução de conteúdo não cause a perda da própria normatividade; para que o direito não sofra desustacialización, deve-se remeter a evolução de conteúdos jurídicos sempre a valores essenciais à condição humana.” Grifos do original, cf. ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 398.

<sup>25</sup> O Tribunal Constitucional Espanhol decidiu, na STC 120/1990, que não pode o titular desse direito à vida reclamar proteção, como direito fundamental, para dispor da própria vida, com base na argumentação de Peces-Barba, segundo a qual seria lícita a eutanásia voluntária dos enfermos terminais, em atenção às particulares circunstancias que concorrem ao caso, mas se mostra contrario a admitir um direito fundamental de dispor da própria vida, “apoyo de los derechos fundamentales a la libre elección de la muerte”, cf. PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madri. Universidad Carlos III-BOE. 1995. p. 239. Essa discussão também está em MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. prólogo de Andrés Ollero Tassara. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1997. pp. 31 e ss.

<sup>26</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 399.

<sup>27</sup> MARTINEZ – PUJALTE, Antonio-Luis. Op. cit. P.20.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., pp. 287 e ss. Não abordaremos aqui a teoria objetiva.

<sup>29</sup> Segundo Gavara de Cara, essa construção é originária da teoria da garantia institucional desenvolvida sob a vigência da Constituição Weimar – construída por G. Anschütz e R. Thoma -, que opinavam que “el efecto de las ganitas institucionales era proteger con fuerza constitucional, es decir, incondicionadamente, el instituto garantizado frente a su plena desaparición del mínimo que estipula su esencia. Al mismo tiempo se consideraba que la legislación ordinaria sólo puede regular las singularidades del instituto dentro de los límites caracterizados por dicho mínimo.” Cf. Derechos Fundamentales y desarrollo ..., cit., p. 229.

<sup>30</sup> PERES, Tomás Domingo e MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución Europea*. Cit., p. 1581.

<sup>31</sup> MARTINEZ – PUJALTE, Antonio-Luis. Op. cit., p.28, e p. 29, “Difícilmente puede casar este carácter fundamental de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico con la tesis de su irrestricta limitabilidad, que sostiene la teoría relativa.”

<sup>32</sup> Idem, p. 31; também GAVARA DE CARA, Juan Carlos, op.cit., p. 231, “admitir que un derecho fundamental puede ser dividido en partes puede ocasionar un contrasentido. Un derecho fundamental aparece establecido en una norma constitucional que es la que sirve de parámetro para el control de constitucionalidad tan solo opera sobre el núcleo del derecho fundamental, se está diciendo que dicho control tan solo opera sobre una parte de la norma constitucional y no sobre la totalidad de la misma, que incluye también los elementos accidentales.”

<sup>33</sup> “Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.” Afora a questão se a proteção abrange todos os direitos fundamentais previstos no Capítulo I, Título II, da CF.

<sup>34</sup> Exemplos: Art. 5º, inciso XI, a casa somente é o asilo inviolável, se a pessoa não estiver cometendo crime, ou, deixa de ser por ordem judicial; Art. 5º, inciso XVI, onde é previsto que todos podem reunir-se pacificamente, desde que sem armas, exigido o prévio aviso à autoridade competente; etc.

<sup>35</sup> Na precisa lição do Professor Marcio Iorio Aranha, Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Citado, pp. 392/393.

<sup>36</sup> A crítica é de Martínez-Pujalte (p.30) citando, por sua vez, Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungssrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heideuberg, Müller, 16ª Ed., 1988, p. 134.

<sup>37</sup> Vamos utilizar a denominação de “princípio da proporcionalidade”, mas não desconhecemos a sua insuficiência, evidenciada por autores como Humberto Bergmann Ávila (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, RDA 215 (1999), pp. 154 e ss.) que prefere chamá-lo de “postulado da proporcionalidade”, ainda que para isso tenha que criar uma terceira categoria de normas, ao lado dos princípios e regras; e Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, RT 798 (2002), p. 25) o qual, seguindo Alexy, prefere denominá-lo de “regra da proporcionalidade”, e, nesse caso, curiosamente seria uma regra contendo sub-regras. Como não adotaremos a distinção de Robert Alexy das normas jurídicas em princípios (normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas) e regras (expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção); não vemos impropriedade alguma, de resto a denominação “princípio da proporcionalidade” se encontra mais popularizada no

Brasil, cumprindo, para os objetivos desta pesquisa, os postulados da clareza e da coerência, suficientes, ao meu ver, para rechaçar tanto o purismo como o sincretismo metodológicos.

<sup>38</sup> Conforme já antecipamos, nós preferimos adotar a denominação de “princípio da proporcionalidade” a despeito de entender as razões que levam tanto Virgílio Afonso da Silva a preferir a denominação “regra da proporcionalidade”, em função da distinção proposta por Robert Alexy que adota; e Humberto B. Ávila, que classifica as normas jurídicas de princípios, regras e postulados, classificando a proporcionalidade nesta última. Entretanto, pelas razões expostas, que podem ser resumidas na identificação que se processou no Brasil a recepção desse instrumento como princípio, aliado ao fato de não trabalharmos com a distinção das normas feita por Ávila e Alexy. Para mais detalhes ver o tópico relativo à diferença entre princípios e regras.

<sup>39</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. RT 798 (2002), p. 34; também, MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional brasileiros). Revista da AJURIS. Ano XXXIII, nº 101, março 2006, p. 198, “Hoje, a chamada ‘proporcionalidade em sentido amplo’ (Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne) compõe-se dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Eles devem ser aplicados de forma gradual com o fim de destacar primeiro as medidas que ofendam ao princípio da adequação (inadequadas, inaptas) e depois as que ofendam a necessidade (desnecessárias) para, finalmente, com a medida restante, avaliar a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”

<sup>40</sup> A definição é de Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien. P.116, *apud* DA SILVA, Virgílio Afonso. Op.ci., p. 36, onde critica outras definições da adequação.

<sup>41</sup> A definição foi retirada de DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. RT 798 (2002), p. 38.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 40; As definições expostas aqui em forma resumida obedecem ao objetivo de apenas apresentá-las pois elas não serão objeto de análise específica aqui. Uma descrição detalhada do princípio da proporcionalidade, com os seus subprincípios pode ser encontrada em STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2001. p. 148 e ss.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDA, nº 215, jan./mar. 1999, p. 153.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>45</sup> *Ibidem*, *idem*, p. 153.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>47</sup> HÄBERLE, Peter. Op.cit., p. 41.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003 p.19.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Conflitos entre direitos fundamentais, *in*: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. Editora Saraiva. 2005, pp. 324 ss., tb. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *in* A nova interpretação constitucional. Poderação, direitos fundamentais e relações rivadas. BARROSO, Luís Roberto (org.). Editora RENOVAR. Rio de Janeiro. 2003, p.55, “a estrutura peral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto.”

<sup>52</sup> “Dicha operación se conoce con el nombre de subsunción”, cf. MORESO, José Juan. Dos Concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales, *in* Constitución y derechos fundamentales. BOTEÓN, Jerónimo (et ali) Org. Ministerio de la Presidencia, Secretaría General técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. p. 474.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 10ª Ed., Editora UnB. Brasília. 1997, p. 55.

<sup>54</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Op.cit., p. 55.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>56</sup> BARCELLOS, Ana Paula, op.cit., pp. 56/57, “já é possível identificá-la como técnica jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios é possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, e.g., definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele. Antes mesmo que o debate acadêmico pudesse refletir organizadamente sobre os riscos e as potencialidades de seu emprego, os órgãos jurisdicionais já incorporaram as possibilidades da ponderação como instrumento em seu arsenal hermenêutico.”

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In* Teoria dos direitos fundamentais. MELLO, Celso de Albuquerque (et. Al.) 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 55.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 57, “a ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos.”

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª Ed. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1983. p. 501.

<sup>61</sup> LARENZ, Karl. *op.cit.*, pp. 501/502.

<sup>62</sup> HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido de los derechos fundamentales. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Dykinson-Constitucional. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri. 2003. pp. 33, “Si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, se configuran como componentes constitutivos del conjunto constitucional y están en una relación de recíproco condicionamiento con otros bienes jurídico-constitucionales, de ello se deduce que hay que determinar su contenido y sus límites en atención a los otros bienes jurídico-constitucionales reconocidos junto a ellos. A través de sus límites, los particulares bienes jurídico-constitucionales entran en relación los unos con los otros. El principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través del cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes jurídico-constitucionales que coexisten unos junto a otros, es el principio de la ponderación de bienes.”

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Colisão etc.*, cit., p. 75.

<sup>64</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais etc.*, cit. P. 315.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 314 e nota nº 87.

<sup>66</sup> “used esp. In constitutional law, where by a court measures competing interests – as between individual rights and governmental powers, or between state authority and federal supremacy – and decides which interest should prevail.” GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. Seventh Edition. St. Paul, Minn., 1999, p. 138.

<sup>67</sup> HÄBERLE, Peter, *op.cit.*, p. 39.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 39, o qual, inclusive, é citado a contradição entre os princípios do Estado Social e de Direito e os direitos fundamentais.

<sup>69</sup> Häberle usa a expressão remetendo a Herb. G]Krüger, DÖV 55, 597 (599) (em relação al artículo 14.3. LF) afirma, ainda, que “la Constitución quiere el Estado social y los derechos individuales”, puesto que ambos son condición para la ansiada “ordenación conjunta unitarizante” (Hesse), ambos se reconocen en favor del conjunto del ordenamiento global basado en la libertad.”, *op.cit.*, p. 39, inclusive nota 218.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>72</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *Cit.*, p. 56. Assim, “o nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compressão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha afetado no caso concreto.”

<sup>73</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 58; a autora defende a utilização conjunta do princípio da proporcionalidade “em especial uma de suas derivações: a vedação do excesso – serão instrumentos importantes nesse ponto.”

<sup>75</sup> Daí a necessidade do desenvolvimento de parâmetros de controle para esse processo, “tanto normativos, como argumentativos”

<sup>76</sup> Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *Cit.*, p. 69. e, ainda, “porém, não se vislumbra outra saída melhor para solução dos conflitos entre princípios constitucionais.”

<sup>77</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª Ed., Malheiros Editores. São Paulo. 2005. p. 28.

<sup>78</sup> OTTO, Ignacio de. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, in RETORTILLO, Luis Martín; OTTO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Civitas. Madri. 1988. pp. 113-145; PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III/BOE, 1995, p. 589. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1997; CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Universidad de Navarra. Pamplona. 2000; OLLERO, Andrés. “La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal”. *Pensamiento y Cultura*. 3 (2000), p. 157 e ss; SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley. Buenos Aires. 2000. Todos colhidos em MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. *Cit.*, p. 477.

<sup>79</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. Cit.*, p.110., tb. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 157, na qual o autor rechaça as objeções de irracionalidade e subjetivismo do método da ponderação.

<sup>80</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op.cit.*, p. 112.

<sup>81</sup> WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 13, nº 1. p. 51. De modo contrário, res-

pondendo a essas críticas, KAVANAGH, Aileen. *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, in *Law Philosophy* 22: 451-486. 2003.

<sup>82</sup> Cianciardo, Juan. "El Conflictivismo em los Derechos Fundamentales". Universidade de Navarra. Pamplona. 2000. p. 120.

<sup>83</sup> Idem, pp. 120/121.

<sup>84</sup> Em conjunto com Fernando Toller, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho. La Ley. 2000, p. 13.

<sup>85</sup> "Hacia el ocaso del Darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales." ED (t. 180) 1429.

<sup>86</sup> *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N. 12. (Janeiro-Junho 2005), pp. 99-129.

<sup>87</sup> Op.cit., p. 13.

<sup>88</sup> Op.cit., p. 109.

<sup>89</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascon. 3ª Ed., Editorial Trotta. Madrid. 1999. p. 39.

<sup>90</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Op.cit., p. 113.

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. Cit., pp. 70/71.

<sup>92</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascon. 3ª Ed., Editorial Trotta. Madrid. 1999. p.40.

<sup>93</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Cit., p. 126. Em nota, nº 47, Zagrebelsky indica o livro de C. Schmitt, *Tyrannie der werte* (1967) – trad. italiana "La tirannia dei valori", em *Rasegna di diritto pubblico*, 1980, pp. 3 ss -, contendo crítica semelhante de conceber o direito como valores.

<sup>94</sup> E que, "aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacia los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos" HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. M. Jiménez Redondo. Editorial Trotta. Madrid. 1998. p. 332, contida em SANCHÍS, Luis Prieto. *Observaciones sobre las antinomias*, cit., p. 110.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Vol. I, Biblioteca Tempo Universitário. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 2003. p. 320, a citação em inglês é da obra de PERRY, M. J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988. p. 149.

<sup>96</sup> Idem, p. 321.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 321. Em nota (33) Häbermas fez inserir: "Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modo economicista de fundamentação, proposto por Alexy (1985, 143-153), não consegue levar a discussão adiante. Cf. GÜNTHER (1988), 268 ss."

<sup>98</sup> Idem, p. 322.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Idem, Ibidem, p. 322/323.

<sup>101</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Observaciones sobre las antinomias*, cit., pp. 110 e ss.

<sup>102</sup> O termo "Angemessenheit" tem sido traduzido por adequação; também na língua castelhana foi traduzido por adecuación; e, na língua inglesa, como "Appropriateness"

<sup>103</sup> GÜNTHER, Klaus. "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* 17-18 (1995), p. 277.

<sup>104</sup> GÜNTHER, Klaus. "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação" e é com base nessa versão que faremos a análise do sentido de adequação. Trad. Cláudio Molz. Landi Editora. São Paulo. 2004. pp. 365/366.

<sup>105</sup> Idem, p. 347.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 350.

<sup>108</sup> Idem, p. 355.

<sup>109</sup> Luiz Moreira, *Introdução à edição brasileira da obra de Günther "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação"*, p. 17. também é a opinião de ARROYO, Juan Carlos Velasco, na apresentação do artigo de Günther "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* 17-18 (1995), pp. 272/273, "La apelación a una interpretación coherente del conjunto de normas disponibles en un contexto social determinado constituye, ciertamente, una manera de atenerse a razones también en los casos prácticos de aplicación de normas. John Rawls ya introdujo esta idea al considerar que la justificación de una concepción de la justicia 'es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente'. Ronald Dworkin emplea un concepto análogo, el de 'integridad', para designar la exigencia de compatibilizar normas jurídicas y comportamiento político, esto es, un requerimiento general para actuar 'sobre una base de principios coherentes y únicos'. Apoyándose críticamente en estos y otros antecedentes anglosajones, Günther ha articulado una concepción original de la coherencia de los sistemas normativos en la que también se incorporan productivamente elementos propios de la teoría habermasiana del discurso práctico."

<sup>110</sup> HABERMAS, Jürgen. Op.cit., p. 321.

<sup>111</sup> Idem, p. 323.

<sup>112</sup> A principal obra de Günther tem o título original: "Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht", a versão inglesa "The Sense of Appropriateness – Application Discourses in morality and Law" e castelhana "El sentido de adecuación"; entre nós, no entanto, tem o título "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação" e é com base nessa

versão que faremos a análise do sentido de adequação, cf. GÜNTHER, Klaus. Trad. Cláudio Molz. Landi Editora. São Paulo. 2004.

<sup>113</sup> Günther, Klaus. Um Concepto Normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa17-18 (1995), p. 272

<sup>114</sup> GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentacion jurídica, cit. p. 281.

<sup>115</sup> Idem, p. 111.

<sup>116</sup> No mesmo sentido, Luis Prieto Sanchís, obra e local citados, p. 111, “como hemos intentado mostrar, la ponderación desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos. Por eso, no hay dificultad en aceptar que ‘la validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido de ontológico de un preceptor, no el sentido teleológico de lo alcanzable’ (J. Habermas, Facticidad y validez, cit, pp. 333 y s.) ”