UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL

MAIRA RAMOS CERQUEIRA

DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO SOB ANÁLISE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

VITÓRIA

2017

MAIRA RAMOS CERQUEIRA

DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO SOB ANÁLISE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux.

Dissertação vinculada à linha de pesquisa: Processo, Constitucionalidade e tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

VITÓRIA

2017

MAIRA RAMOS CERQUEIRA

DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO SOB ANÁLISE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurdicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em de _____de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

_____

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

_____

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP) (Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Cerqueira, Maira Ramos, 1988-
C416d Decisão judicial e fundamentação sob análise da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy / Maira Ramos Cerqueira. – 2017.
169 f. : il.

Orientador: Geovany Cardoso Jeveaux. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Alexy, Robert, 1945-. 2. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 3. Direitos fundamentais. 4. Proporcionalidade (Direito). I. Jeveaux, Geovany Cardoso, 1966-. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

A Deus, por mais esta etapa concluída. A ele minha eterna gratidão para todo o sempre. Aos meus pais, pelo carinho, amor e dedicação.

“Mas as coisas findas, muito mais que lindas, essas ficarão”.

(Trecho extraído do poema “Memórias”, de Carlos Drummond de Andrade).

AGRADECIMENTOS

Mais uma etapa se finda, e, outras tantas ainda estão por vir. Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter-me abençoado e iluminado meus passos, pelo seu amor e cuidado, sendo certo, que “as coisas que o olho não viu, e ouvido não ouviu, e não subiram ao coração, são as que Deus preparou para os que o amam” (I Coríntios 2:9). Sem ele não seria possível chegar até aqui.

Agradeço aos meus pais Idival e Maria de Lourdes, pelo amor e carinho, pela dedicação, pela paciência, por se importarem comigo nos mínimos detalhes, e, por me apoiarem sempre.

Aos demais familiares e em especial à minha avó Cecília (*in memoriam*), pelo exemplo de vida e pelo rastro luminoso que aqui deixou.

Também não poderia deixar de agradecer ao meu orientador Geovany Cardoso Jeveaux pelos ensinamentos e aos demais professores que me acompanharam no decurso do tempo. Cito aqui alguns: Rodrigo Reis Mazzei, por me ajudar e por proporcionar significativas e instigantes reflexões a respeito de direito processual, Hermes Zaneti Jr., pela oportunidade de auxilia-lo na disciplina Teoria Geral do Processo e, Alexandre de Castro Coura, sempre gentil e prestativo em auxiliar a pesquisa.

RESUMO

Os arts. 8º e 489, §2º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que preveem que o juiz ao julgar, deve observar a proporcionalidade e os critérios gerais da ponderação efetuada, remetem a dois conceitos centrais da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Analisou-se, primeiramente, os principais postulados Alexyanos, sobretudo a diferenciação entre regras e princípios, o procedimento de aplicação da máxima da proporcionalidade e as leis de ponderação e colisão. Expôs-se que a proporcionalidade, ao menos sob a ótica das premissas Alexyanas, não pode ser compreendida como um princípio, tampouco, como sinônimo de razoabilidade. Ademais, demonstrou-se que os artigos 8º, e 489, §2º incorporaram ao menos *prima facie* às teorizações de Robert Alexy, pois, os termos "ponderação" e "proporcionalidade" não são destituídos de intenções teóricas prévias. Demonstrou-se que é possível compatibilizar a exigência de observância a "razoabilidade" no momento de aplicação do ordenamento jurídico, prevista no art. 8º, CPC/2015, com a necessidade de se observar a "proporcionalidade", também prevista no mesmo dispositivo legal, desde que se entenda este termo como regra de julgamento a ser utilizada nos casos de reais colisões entre direitos fundamentais, e aquele como princípio. Demonstrou-se que nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em que foram aplicadas à proporcionalidade como critério metodológico para solucionar hipóteses de colisões entre princípios, aplicaram-na, na maioria dos casos, de forma diversa da que fora delineada por Robert Alexy, desvirtuando-se, assim, quase que por completo dos postulados alexyanos. Esse panorama pode, eventualmente, comprometer a garantia de efetivação dos direitos fundamentais. A partir da égide do novo do Código de Processo, espera-se, contudo, que este cenário de indefinição teórica e jurisprudencial a respeito da proporcionalidade e da ponderação, reste alterado, pois, da avaliação, pôde-se concluir que o novo código de processo civil, em virtude da reconfiguração do dever de fundamentação das decisões judiciais, oferece, prima facie, critérios mais seguros para que os postulados alexyanos sejam aplicados, tal como desenvolvidos por Alexy, pois, considerar-se-á, não fundamentada, e, portanto, nula, a decisão que utilizar a proporcionalidade sem demonstrar que o caso se trata de uma efetiva colisão entre direitos fundamentais e, que não siga,

sistematicamente, as três etapas procedimentais da máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Palavras-chave: Robert Alexy. Regras e Princípios. Máxima da Proporcionalidade. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

Articles. 8 and 489, § 2, from the Civil Procedure Code of 2015 (CPC / 2015), which provide that the judge in judging, must observe the proportionality and the general criteria of balancing, refer to the law of collision developed by Robert Alexy in his Theory of Fundamental Rights. First, the main Alexyan postulates were analyzed, mainly the differentiation between rules and principles proposed by Alexy. Questions such as: Does the "proportionality" predicted in art. 8, CPC / 2015 refer to the maximum developed by Alexy to be used in the case of collision of principles, or, it had been used to designate a constitutionally foreseen axiom, which requires that the means are proportionate to the desired ends, with a view to prevent state arbitration?; Is it possible to reconcile the requirement of observance to "reasonableness" at the moment of the application of the legal order foreseen in art. 8, CPC / 2015, with the need to observe "proportionality", also provided in the same legal provision ?; And Does the new Code of Civil Procedure provide sufficient parameters for the Alexian postulates to be applied in the way they were developed by Robert Alexy in his Theory of Fundamental Rights ?, were answered throughout the explanations. It was exposed here that proportionality, at least from the viewpoint of Alexyan premises, cannot be understood neither as a principle, nor as a synonym of reasonableness. It has been shown that in the decisions of the Federal Supreme Court, in which proportionality was applied as a methodological criterion in solving hypotheses of collision between principles, apply it in most cases in a different way from those ones outlined by Robert Alexy, misrepresenting thus, almost entirely the Alexandrian postulates. This panorama may eventually jeopardize the guarantee of the realization of fundamental rights. Under the auspices of the new Code of Procedure, however, it is expected that this scenario of theoretical uncertainty and jurisprudence regarding proportionality and balancing, remain modified, because , from the evaluation, it was concluded that the new Code of Civil Procedure , offers, prima facie, safer criteria for the Alexian postulates to be applied, as developed by Alexy, since the proportionality provided in art. 8 is understood as a rule of judgment, and not as a principle, and, provided that the justification of balancing, as provided in art. 489, §2, follows sistematically the three procedural steps of the maxim of proportionality (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense).

Keywords: Robert Alexy. Rules and Principles. Maximum of Proportionality. Code of Civil Procedure of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

CFRB/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC/73 Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 Código de Processo Civil de 2015

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

HC Habeas Corpus

STF Supremo Tribunal Federal

RE Recurso Extraordinário

TCF Tribunal Constitucional Federal Alemão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15
1 DA TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY 21
1.1 DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 22
1.1.1 O modelo semântico 24
1.1.2 Das normas de direitos fundamentais 26
1.1.3 Das normas de direitos fundamentais atribuídas 28
1.2 DA ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS. 31
1.2.1 Critérios para distinção entre regras princípios 32
1.2.2 Regras e princípios. Princípios como mandamentos de otimização. Distinto caráter prima facie das regras e dos princípios 34
1.2.3 Conflitos entre regras e colisões entre princípios 37
1.3 O BALANCEAMENTO E A LEI DE COLISÃO 40
1.4 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE 44
1.4.1 A adequação 46
1.4.2 A necessidade 48
1.4.2.1 O caso *cannabis*: a margem de ação estrutural e a margem de ação epistêmica 49
1.4.3 A proporcionalidade em sentido estrito e a Lei de Ponderação 52
1.4.4 Colisões em sentido amplo e sentido estrito 56
1.5 A PONDERAÇÃO E A FÓRMULA DO PESO. RESPOSTA ÀS OBJEÇÕES HABERMASIANAS E A CRÍTICA DE BÖCKENFÖRDE 58
1.6 DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA ORDEM PRÉ-DEFINIDA DAS MÁXIMAS PARCIAIS NO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ... 68
1.7 DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CLASSIFICAR A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY. O PARADOXO METODOLÓGICO 71
1.8 DO PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO 76
1.8.1 Da fase prévia 78
1.8.2 Da aplicação das submáximas da proporcionalidade e da universalização decorrente do balanceamento 80

2 **BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS A RESPEITO DA MUDANÇA DE PARADIGMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O NOVO CPC COMO EIXO DO PROCESSO NACIONAL** 82
2.1 OS ARTIGOS 8º E 489, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 87
2.2 DA ANÁLISE DO ART. 8º DO CPC/15 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY 93
2.2.1 Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade: breves considerações 96
2.3 BREVES NOTAS SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 104
2.4 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ART. 489, §2º, CPC/15 109
2.5 O ART. 489, §2º, CPC/15 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY 121
3 **A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** 127
3.1 METODOLOGIA DA COLETA DE DADOS 128
3.2 O RE 543.974-7/MG (“CASO GLEBA”) 130
3.2.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 130
3.2.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 131
3.3 RE 511.961/SP (“INEXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA) 132
3.3.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 132
3.3.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 133
3.4 HC Nº 124.306 (“INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTÃO NO PRIMEIRO SEMESTRE”) 137
3.4.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 137
3.4.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 138
3.5 HC Nº 122.694/SP 146
3.5.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 146
3.5.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 147
3.6 ADI Nº 16.26/DF 150
3.6.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 150

3.6.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 151
3.7 ADI Nº 4.825/MS 152
3.7.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO 152
3.7.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO 152
3.8 CONCLUSÃO DA ANÁLISE DOS JULGADOS 153
4 **CONSIDERAÇÕES FINAIS** 155
REFERÊNCIAS 160

INTRODUÇÃO

Sob a promessa de um novo tempo, foi fundada, em 1988, a nova ordem constitucional. Pouco mais de 28 (vinte e oito) anos depois, ainda é procurada uma maneira de consolidá-la em seu projeto democrático: um programa que depende de um modo coordenado de atuação dos poderes estatais com a sociedade civil[1] e com todos os segmentos sociais que caracterizam sua diversidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 detém dupla significação. Elaborada em meio a circunstâncias terminativas de um regime antidemocrático, marcado por cotidiana violação aos direitos fundamentais é resultante de um desejado (e esperado) retorno à legitimidade, viabilizado, por sua vez, através do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2012). Suas disposições concentram não apenas as garantias resultantes da emancipação conquistada naquele específico momento histórico, mas também um projeto para o futuro (MOREIRA, 2010) [2].

Intrinsecamente comprometido com o efetivo exercício da democracia, esse projeto traz preceitos que alteram sensivelmente a forma de compreensão do modo de atuação estatal. Nessa perspectiva, o direito processual, passou a orientar-se por

[1]Expõe Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 143), que: "[...] Trata-se de um tipo de sociedade que requer um grau recorrentemente mais alto de complexidade para a sua reprodução, uma sociedade, portanto, insatisfeita consigo mesma. Desde o seu nascimento, uma sociedade que se diferencia, que se especializa para poder se reproduzir num grau de complexidade tão grande que exigiu a invenção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais; requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a ideia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. E, ainda assim, ou melhor, precisamente por isso, nos respeitarmos como iguais". CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[2] A abordagem das constituições como projetos é típica das análises reconstrutivistas, nas quais se encaixam as teorias de Habermas e Dworkin. Caracterizam-se pelo abandono da pretensão de alcance da vontade constituinte, voltando-se para as gerações posteriores e para seu potencial construtivo para a consolidação e atualização da ordem constitucional.

um novo paradigma[3], qual seja o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com vistas a implementar no sistema processual infraconstitucional as garantias constitucionais, adveio a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, a partir de uma perspectiva de recodificação (MAZZEI, 2005), haja vista que o Código de 1973, denominado por alguns de Código Buzaid, assegurava de forma deficitária os valores previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de mostrar-se destoante de aludidos axiomas. Elaborou-se, então, uma nova legislação processual civil, Lei nº 13.105, aprovada em março do ano de 2015 (CPC/2015) [4]-[5].

Diversas foram as alterações[6], sendo uma das mais significativas a inclusão de um capítulo intitulado de "Normas Fundamentais do Processo Civil", no livro I, da parte geral, contendo doze (12) artigos- 1º[7]-[8] ao 12º-, que além de reproduzir diversas

---

[3]O vocábulo paradigma é aqui utilizado para "[...] designar os valores, crenças e técnicas compartilhadas por membros de uma comunidade para substituir regras e solucionar problemas apresentados pela ciência. Portanto, identificar um paradigma em dada época e contexto histórico, parece permitir que sejam reconhecidos os pressupostos utilizados para o alcance de decisões, inclusive os referentes aos direitos fundamentais" (COURA; FONSECA, 2014, p. 23-24).

[4] Na exposição de motivos do Código de Processo Civil ressalta o legislador que "muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, para deixar o código expressamente adequado à Constituição Federal da República, garantindo assim um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo". Disponível em: < http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 22.mar.2017.

[5] Ressalte-se, contudo, que não apenas o direito processual civil, mas, também os demais, passaram por reformas, ainda que pontuais, com vistas a se adequarem a este novo paradigma. Citem-se, como exemplo, as alterações introduzidas pelas Leis 11.719/08 e 12.403/11 ao processo penal, tendo aquela alterado o momento de realização do interrogatório judicial, e esta ampliado o rol de medidas cautelares de natureza pessoal, pondo fim ao que a doutrina denominou de bipolaridade cautelar do sistema processual penal brasileiro.

[6] Dentre as várias modificações, é possível mencionar: a inserção de um modelo de precedentes, delineado no art. 926 e seguintes, a codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de Competência (IAC), alteração de prazos processuais, inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, entre outras.

[7] Embora o art. 1º, aduzir que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores estabelecidos na Constituição da República, necessário se faz esclarecer que "[...] valores não são normas. As normas tem caráter deontológico, enquanto valores ostentam caráter axiológico" (ZANETI, 2016, p. 286). Ao passo que "[...] As normas podem ser reduzidas a um conceito deôntico básico, que é o de dever ou dever-ser, os valores reduzem-se ao conceito de bom" (ALEXY, 2015, p.144-153). Assim, "[...] os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se forem incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada)" (NEVES, 2013, p. 40-41).

[8] Nessa perspectiva, até mesmo os "valores estabelecidos na Constituição" mencionados pelo art. 1º, CPC/2015, tratam-se, na essência, de normas. Falar-se-ia em valores constitucionais, se considerássemos como norte interpretativo, por exemplo, as diretivas contidas no preâmbulo da constituição, visto que são destituídas de normatividade. O preâmbulo "[...] não tem força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte, contendo simplesmente afirmações de

normas previstas no texto constitucional de 1988, serve como norte interpretativo para os processos de aplicação do direito, além da inserção de um dispositivo (art. 489), que disciplina os elementos essenciais da sentença e impõe um dever geral de fundamentação[9] das decisões judiciais[10] , reafirmando esse dever, também, para as hipóteses de colisão entre normas, sendo necessário, nestes casos, justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Ao mencionar a necessidade de que o julgador justifique a ponderação realizada, e, que ao julgar observe a proporcionalidade, os artigos 8º[11] e 489, § 2º[12], do Código de Processo Civil de 2015, remetem à Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Esta dissertação se propõe, portanto, a analisar esses artigos à luz dessa teorização[13].

A partir disso, surge a seguinte questão a ser exposta neste trabalho: O Novo Código de Processo ao fixar nos arts. 8º e 489, §2º, que o juiz ao julgar observe a proporcionalidade e em caso de colisão justifique os critérios gerais da ponderação efetuada, oferece parâmetros suficientes para que o balanceamento, destinado a

---

princípios. Estes desenham um ideal, mas não fixam normas obrigatórias (FERREIRA FILHO, 1995, p.16). A tese de ausência de normatividade do preâmbulo constitucional fora acolhida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 2.076-5.

[9] Este dever de fundamentação decorre diretamente do art. 93, IX, da CRFB/88, in *verbis:* "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação". [...] "O dever de fundamentar- que é mais que motivar- não é simplesmente um adereço que será posto na decisão. Tampouco será uma justificativa para aquilo que o juiz decidiu de forma subjetivista-solipsista. O Estado Democrático e a Constituição são incompatíveis com modelos de motivação teleológicos do tipo "primeiro decido e só depois busco o fundamento". Superado o paradigma subjetivista (filosofia da consciência e suas vulgatas), é a intersubjetividade que será a condição para o surgimento de uma decisão" (STRECK, 2016, p. 683).

[10] Ainda que o art. 489, CPC/15 refira-se apenas a sentença, tem-se que o dever de fundamentação deve ser observado em todos os tipos de decisão judicial, tais como: acórdãos, decisões interlocutórias, embargos de declaração, dentre outros.

[11] Art. 8º: "Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

[12] Art. 489: "São elementos essenciais da sentença:...§2º: No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

[13] O objeto de análise da dissertação, não, é, portanto, exclusivamente, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, mas, sim, analisar dois dispositivos contidos em uma lei processual, sob o enfoque de alguns postulados extraídos daquela teorização. Uma análise completa e minuciosa da Teoria dos direitos fundamentais demandaria trabalho autônomo, sendo, por certo, necessário, em abordagens deste mote, aventar diversas outras questões, que extrapolariam, ao certo, um viés eminentemente processual.

solucionar eventual colisão entre direitos fundamentais perpetre-se da forma como fora desenvolvido por Robert Alexy em sua Teoria dos direitos fundamentais?

Assim, a problemática será desenvolvida em três capítulos. No primeiro, expor-se-á de forma sucinta[14] as principais teorizações desenvolvidas por Robert Alexy em sua Teoria dos direitos fundamentais. Demonstrar-se-á, ademais, que a "proporcionalidade" prevista no art. 8º, CPC/2015 diz respeito à máxima desenvolvida por Alexy a ser utilizada em caso de colisão de princípios, afastando-se, desta forma, da usual atribuição que lhe é conferida como princípio constitucional, que exige, dentre outros, que os meios sejam proporcionais aos fins almejados, com vistas a coibir o arbítrio estatal.

No segundo proceder-se-á a análise dos arts. 8º e 489, §2º, do CPC/15, à luz das teorizações alexyanas. Expor-se-á que estes dispositivos, incorporaram, ao menos *prima facie*, as leis de ponderação e colisão de Robert Alexy, bem como que as regras contidas nos arts. 8º e 489, §2º, são aplicáveis de forma supletiva, subsidiária e residual aos demais ramos do direito processual. Analisar-se-á, outrossim, se é possível compatibilizar a exigência de observância a "razoabilidade" no momento de aplicação do direito prevista no art. 8º, CPC/15 com a "proporcionalidade" prevista neste mesmo dispositivo. Para tanto, far-se-á a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade.

No terceiro e último capítulo, passar-se-á à análise de julgados[15] do Supremo Tribunal Federal em que foram aplicadas à máxima da proporcionalidade e suas submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Demonstrar-se-á, alguns equívocos por parte dos julgadores no momento de aplicar aludidos postulados, apontando assim, que o modo de aplicação perpetrado pelos juízes daquela corte[16] desvirtua-se quase que por completo das teorizações de

[14] Mesmo que a exposição seja breve, serão abordados os aspectos mais fundamentais da Teoria de Alexy, e as questões mais sensíveis que lhe dizem respeito.

[15] A expressão "julgados" designa tanto a jurisprudência, ou seja, decisões judiciais reiteradas sobre o mesmo assunto, que embora se repitam sistematicamente, são desprovidas de força vinculante, como também as decisões judiciais, cujo fundamento tem aptidão para ser utilizado como diretriz em casos subsequentes, dotado portanto de força vinculativa (precedentes).

[16] Em virtude das peculiaridades inerentes ao modo de aplicação e incorporação dos postulados alexyanos pelos tribunais brasileiros e da forma como grande parte da doutrina pátria os compreende, há quem afirme existir no Brasil um "Bullying interpretativo" da teoria de Alexy, ou um "Alexy à

Alexy, abrindo-se, espaço para que a proporcionalidade seja aplicada de forma silogística, ou seja, como um método pré-fixado de julgamento, de caráter meramente retórico e não sistemático[17] (SILVA, 2002).

Ademais, apontar-se-á que, por vezes, tratam como se sinônimos fossem razoabilidade e proporcionalidade. Nesse panorama, resta acentuado o risco de que os magistrados exonerem-se do dever de fundamentar suas decisões[18], o que pode eventualmente comprometer a garantia de efetivação dos direitos fundamentais. [19]-[20]

Utilizar-se-á neste trabalho a metodologia dedutiva que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. A princípio, "[...] apresenta-se os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que estas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das

---

brasileira". Nesse sentido: STRECK, Lênio Luis. "A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil"; disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>; e LIMA, George Marmelstein. "Alexy à brasileira ou Teoria da Katchanga". Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>. Acesso em: 22.mar.2017.

[17] [...] "O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático...Apesar de salientar a importância da proporcionalidade para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais, o Tribunal não parece disposto à aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. O raciocínio aplicado parece ser muito mais simplista e mecânico (SILVA, 2002, P.32). Trecho extraído do artigo: O proporcional e o razoável de Virgílio Afonso da Silva. Disponível na **Revista dos Tribunais, nº 798,** ano, 2002.

[18]"[...] A crença de que a prática da ponderação pode ser racionalizada exclusivamente por meio da aplicação da proporcionalidade acentua o perigo de que o juiz se exonere da possibilidade de fundamentar a sério suas decisões, que não podem ser consideradas decorrência silogística da aplicação de um método. Em outros termos, a pretensiosa tentativa de eliminar os riscos, reduzindo a complexidade da interpretação jurídica pelo recurso a critérios previamente estabelecidos não deve retirar dos ombros dos magistrados a tarefa hercúlea de levar a sério as situações concretas que se apresentem, juntamente com todo o conjunto de normas em princípio aplicáveis, reconstruído coerentemente à luz do caso, isto é de forma dinâmica, tendo em vista a unicidade e irrepetibilidade que marcam cada situação de aplicação" (COURA, 2009, p. 152).

[19]Não se está a afirmar, contudo, que a Teoria dos Direitos Fundamentais nos moldes como fora formulada por Robert Alexy, é adequada ou inadequada para a proteção dos direitos fundamentais, tampouco, que a aplicação da máxima da proporcionalidade, é um método que conduz a racionalidade/irracionalidade da decisão judicial. A análise dessas questões transbordaria os objetivos desta exposição, sendo, por certo, tema que demanda pesquisa destinada exclusivamente a este fim.

[20]Sobre as diversas críticas perpetradas em face das teorizações de Alexy, as mais expressivas são as formuladas por Jürgem Habermas, Böckenförde e Friedrich Müller, razão pela qual, Robert Alexy destina o posfácio de seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, para respondê-las. Na doutrina brasileira, há também, diversas objeções às teorizações alexyanas. Dentre os críticos, tem-se: Alexandre da Maia, Lênio Luis Streck; Marcelo Cattoni de Oliveira; Alexandre de Castro de Coura, dentre outros. Registre-se, que esta temática será exposta apenas de forma tangencial nessa dissertação.

premissas estabelecidas” (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2004, p. 65). O raciocínio dedutivo explica o conteúdo das premissas, através do uso do silogismo, ou seja, parte de duas premissas, para retirar uma terceira, que decorre logicamente das duas primeiras, denominada de conclusão (GIL, 1999; LAKATOS; MARCONI, 1993).

O presente trabalho tem relevância no contexto brasileiro. Isso porque a complexidade que envolve os critérios a serem utilizados nas hipóteses de embate entre direitos fundamentais com caráter de princípio é tarefa, que exigiu e continua a exigir, por si só, pesquisas aptas a estruturarem pressupostos para sua correta estruturação e compreensão. O momento da dissertação também se torna propício, tendo em vista a recente entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que buscou sistematizar diretrizes a serem observadas em casos de colisão entre princípios. Portanto, investigar estes institutos mostra-se imprescindível. Pretende-se, assim, apresentar à comunidade acadêmica subsídios para a ampliação e discussão do assunto.

1 DA TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

A Teoria do Direito de Robert Alexy engloba: A teoria Argumentação Jurídica[21] e a Teoria dos Direitos Fundamentais, sendo aquela antecedente a esta última. O Código de Processo Civil de 2015, ao aduzir que o juiz ao julgar observe a proporcionalidade (art. 8º), bem como que no caso de colisão entre normas justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada (art. 489, §2º), remete a dois termos que foram desenvolvidos por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, quais sejam: “proporcionalidade” e “ponderação”.

Ressalte-se, que a Teoria dos Direitos Fundamentais, fora desenvolvida por Alexy, a partir da práxis jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão[22].

> “[...] Se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limites. Se não é isso que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ao longo de sua práxis jurisprudencial de mais de cinquenta anos, ele nunca deixou de criar novas determinações dentro do amplo campo de possibilidades aberto pelo texto constitucional. O significado atual dos direitos fundamentais é devido, sobretudo à jurisprudência desse tribunal. A ciência dos direitos fundamentais- a despeito das controvérsias em torno do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal- tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional. Quase qualquer tomada de posição na disputa sobre os direitos fundamentais pode se utilizar de alguma decisão e/ou posicionamento do tribunal. Diante dessa situação, a ciência dos direitos fundamentais impõe-se como tarefa dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos. A presente teoria dos direitos fundamentais procura colaborar com o cumprimento dessa tarefa (ALEXY, 2015, p.29)

Assim sendo, passa-se a expor mais detalhadamente a respeito desta Teoria.

---

[21]No que diz respeito à Teoria da Argumentação Jurídica, esta dissertação, não a analisará minuciosamente, mas, apenas, no que for necessário para elucidar alguns pontos da Teoria dos Direitos Fundamentais, pois ambas se inter-relacionam em alguns aspectos. Para compreensão da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, mostra-se recomendável a leitura da obra: “Teoria da Argumentação Jurídica”, Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy editora, 2001. Disponível em: < http://biblioteca.jfpb.jus.br/arquivos/ebooks/direito/Teoria%20da%20Argumenta%C3%A7%C3%A3o%20Juridica.pdf> Acesso em: 22.mar.2017.

[22] Ressalte-se, que o desenvolvimento das teorizações alexyanas a partir da jurisprudência da corte constitucional alemã, explica, em parte, os problemas e equívocos na aplicação de seus postulados em outros ordenamentos jurídicos. Alia-se a isso, o fato da Teoria de Alexy, ser em si mesma, de complexa aplicação, como o próprio Robert Alexy reconhece.

1.1 DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS[23]-[24]

Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais expõe, em síntese, que os direitos fundamentais são normas, razão pela qual compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma. A conceituação do que venha a ser norma jurídica na perspectiva Alexyana, é fundamental para ciência do direito, sendo esta definição, por certo, alvo de intermináveis discussões, pois "[...] em qualquer análise mais atenta de um problema, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão" (ALEXY, 2015, p. 45) [25].

---

[23] As teorizações a serem expostas neste tópico, foram extraídas, quase que na totalidade, da obra intitulada de "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy, In. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. A opção metodológica, por utilizar, majoritariamente, os postulados, contidos na obra em epígrafe, justifica-se na medida em que, embora seja vasta a bibliografia referente às teorizações Alexyanas, a análise de uma teoria, deve ser feita a partir da obra escrita por quem a sistematizou, sob pena de que seja compreendida de forma equivocada. "[...] O ponto de partida para leitura pode variar segundo os interesses e a formação do leitor. Portanto, são muitas as portas de entrada. O que não pode (nem deve) ser feito é partir de alguma coisa externa à obra, o que resultaria numa leitura redutora da literatura. É forçoso partir da própria obra, de alguma sugestão que ela oferece" (BASTOS, 2011, p. 11). Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9158/1/CAP%C3%8DTULO_IntroducaoTeoriaPratica.pdf>. Acesso em: 22.mar.2017.

[24] A Teoria dos princípios, conforme se exporá, adiante, está englobada na Teoria dos Direitos Fundamentais.

[25] A Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é deontológica e desenvolve-se no âmbito da jurisprudência dos conceitos. Ademais, é "[...] em primeiro lugar, uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã: em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim uma teoria geral" (ALEXY, 2015, p. 31). Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, "[...] uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática...a dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica. Aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do direito positivo válido tem que pressupor conceitos amplos e polifacetados de direito e de validade...Além disso, também a efetividade do direito é objeto da dimensão empírica, ao menos na medida que tal efetividade for condição para a validade do direito, legislado ou jurisprudencial. O objeto da dimensão empírica engloba, portanto, mais que o conceito de direito e validade do positivismo jurídico...A terceira dimensão, a dimensão normativa, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial...em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se com um princípio unificador" . Em resumo: "[...] O dogmático-e, com isso, o jurídico em sentido próprio e estrito-é constituído pela ligação das três dimensões, de forma orientada à tarefa prática da ciência jurídica. Se o conceito de teoria jurídica é definido a partir dessa base, então, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria inserida no contexto das três dimensões e voltada à tarefa prática da ciência jurídica" (ALEXY, 2015, p. 36-38). No que diz respeito à jurisprudência dos conceitos, tem-se em síntese, que se caracterizou como uma teorização que objetivava "[...] por meio de um método dedutivo desenvolver conceitos puros, unívocos, unisignificativos, dos signos/expressões dos textos jurídicos, de modo a permitir uma interpretação clara e exata dos textos normativos. Estes conceitos eram hierarquizados de um plano mais amplo até chegar-se a obtenção de normas jurídicas particulares nas decisões judiciais, o que gera uma verdadeira pirâmide conceitual" (REIS JÚNIOR,

Toda e qualquer definição do conceito de norma, implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter (ALEXY, 2015).

> [...] A fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta ou uma expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado, ou quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social (ALEXY, 2015, p. 52).

Daí decorre a necessidade de se conceituar o que seja norma de direito fundamental. Há, portanto, estreita conexão entre o conceito de norma e o conceito de direito fundamental.

Nessa perspectiva, propõe então um modelo de norma, que seja por um lado flexível de forma a englobar a maior quantidade possível de problemas relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, sem se descuidar, contudo, da necessidade de se distinguir o conceito de norma do conceito de sua validade.

> [...] Isso sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados (ALEXY, 2015, p. 52).

Tais exigências são "[...] satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade" (ALEXY, 2015, p. 52).

2011, p. 3). No entanto, há que se esclarecer que: "[...] uma análise profunda dos textos de Alexy, principalmente *Teoria da Argumentação Jurídica* e *Teoria dos Direitos Fundamentais*, deixa muito evidente que existe um teor de ecleticismo difícil de ser resolvido, tanto do ponto de vista filosófico quanto epistemológico. Ora, Alexy parece firmar-se como um autor que se enquadra dentro da matriz analítica, mas, ao mesmo tempo, tem um débito enorme com o neokantismo de Baden. Um outro elemento que nos parece central para compreensão desse "déficit filosófico", diz respeito aos resquícios de filosofia da consciência que são passíveis de serem encontrados em Alexy, principalmente no que tange à sua aceitação de um certo quociente de discricionariedade na dogmática dos "espaços-quadros". Qualquer iniciado em filosofia sabe que a analítica se pretende como superadora da filosofia da consciência. Por outro lado, mesmo no nível epistemológico, existe uma série de incongruências nesse sentido. Sua aposta no método analítico da Jurisprudência dos Conceitos e, ao mesmo tempo, a indiscutível origem da ponderação – no âmbito da Jurisprudência dos Interesses – é um capítulo importante desse problema. Ao mesmo tempo, as reminiscências da *Jurisprudência dos Valores* é forte em sua obra" (OLIVEIRA; ROSA, 2014, p.1).

1.1.1 O Modelo Semântico

O ponto de partida do modelo semântico consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo. A necessidade desta distinção explica-se porque uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos[26] (ALEXY, 2015).

O enunciado normativo expressa uma norma. Nesta linha de raciocínio norma seria, portanto, o significado de um enunciado normativo. Mas as normas podem também serem expressas sem a utilização de enunciados, como, por exemplo, luzes de um semáforo (ALEXY, 2015). O conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. Daí ser recomendável que os critérios de identificação de uma norma sejam buscados no nível da norma e não no nível do enunciado normativo (ALEXY, 2015).

Os critérios podem ser formulados com o auxílio das modalidades deônticas básicas: o obrigatório, o permitido e proibido (modalidades básicas do dever-ser). Um enunciado só irá expressar uma norma, caso seja possível reconhecer, a partir do texto ou contexto, se algo é proibido, obrigatório ou permitido (devido), o que pode depender de outros enunciados que se encontrem em conexão, ou, ainda somente a partir do seu uso (ALEXY, 2015).

Isso torna-se relevante, porque direitos fundamentais e garantias fundamentais, embora sejam de aplicabilidade imediata [27], são extraídos de enunciados que expressam normas extremamente indeterminadas, ou porque são semanticamente abertas, hipótese em que a linguagem é imprecisa ou vaga, ou porque são estruturalmente abertas, caso em que não se extrai imediatamente se a situação deve ser realizada por meio de ações ou abstenções estatais, bem como se a

[26] Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte texto: “Nenhum alemão pode ser extraditado” (Art. 16, §2º, 1, da Constituição alemã). Assim, a norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa, também por: “É proibido extraditar alemães” ou “Alemães não podem ser extraditados”. Exemplo citado por Robert Alexy na página 53, da obra: Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

[27] Alexy cita o art. 1º, § 3º, da Constituição alemã que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (2015, p.69). Dispositivo similar a este é encontrado no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, *in verbis:* “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

existência ou realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos.

No que diz respeito aos critérios de validade da norma, de acordo com Robert Alexy, esta deve ser aferida em três planos distintos, quais sejam: ético, sociológico e jurídico, atribuindo a este último maior destaque.

> [...] Se se faz menção a fatos sociais, como, por exemplo, a obediência regular à prescrição normativa, aliada a um sentimento de vinculação, ou a alternativa entre cumprimento e sanção para o não cumprimento, trata-se, então, de uma teoria sociológica da validade. Se se menciona a edição por uma autoridade cuja competência deriva de uma norma de nível superior, deve-se falar em teoria jurídica da validade. Quando se vê uma razão moral, como, por exemplo, uma lei natural, como fundamento de validade, está-se diante de uma teoria ética da validade... A fundamentação da validade por meio de referência a fatos sociais e razões morais ocupa uma posição de menor destaque diante da fundamentação por meio de referência à positivação procedimentalmente correta, que inclui a referência à compatibilidade substancial com normas de hierarquia superior (ALEXY, 2015, p. 61-62).

Dessa forma, se a validade jurídica de uma norma fundamenta-se na validade de outra norma superior no ordenamento positivado e escalonado de forma hierárquica, conferindo competência para sua criação, afirma Robert Alexy que este processo não pode continuar indefinidamente, pois não há norma válida que autorize à instituição de uma constituição, até porque isso decorreria do exercício do poder político *strictu sensu* (ALEXY, 2015).

> [...] Digno de menção especial é o problema de se saber se os três conceitos de validade mencionados estão categoricamente no mesmo nível. O conceito jurídico de validade dá ensejo a esse questionamento. De acordo com ele, a validade de uma norma baseia-se na validade de uma outra norma hierarquicamente superior na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, a qual outorga competência para a criação da norma em questão. Quando se questiona a validade da norma autorizadora, é necessário recorrer a uma outra norma. Como esse processo não pode continuar infinitamente é preciso interrompê-lo com o recurso a algum tipo qualquer de norma fundamental. Se não se pretende conceber essa norma fundamental como condição de validade meramente transcendental-lógica ou fictícia, e há diversas razões para tanto, então só, resta fundamentar a norma fundamental por meio de um conceito sociológico ou ético (ALEXY, 2015, p. 61-62).

Nessa linha de raciocínio, caso não se utilize o conceito de validade jurídica para fundamentar a constituição, necessário será utilizar-se de critérios sociológicos ou

éticos de validade, mantendo-se, assim, a tripartição entre os conceitos de validade normativa.

A partir do modelo semântico de norma e das questões relativas à validade, passa-se então a conceituar as normas de direitos fundamentais.

1.1.2 Das Normas de Direitos Fundamentais

O direito na perspectiva alexyana, valida-se, precipuamente, no âmbito jurídico de validade[28], portanto, vincula-se às disposições expressas constantes do ordenamento positivo. Assim, "[...] normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por disposições de direitos fundamentais" (ALEXY, 2015, p. 69).

> [...] Até aqui falou-se de normas em geral. A partir de agora deve ser questionado o que são normas de direitos fundamentais. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente, de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada constituição são normas de direitos fundamentais e, quais não. Neste trabalho o objeto, é uma teoria dos direitos fundamentais da constituição. A pergunta a ser feita, portanto, é a segunda (ALEXY, 2015, p. 65).

Essa conceituação para normas de direitos fundamentais demonstra-se, contudo, significativamente estreita, pois vários enunciados podem ser elaborados a partir de uma mesma disposição constitucional de direito fundamental. Ou seja, a norma pode ser semântica ou estruturalmente aberta, hipótese em que é estabelecida diretamente pelo texto constitucional ou decorre da constituição através de normas de direito fundamental atribuídas (ALEXY, 2015).

Para exemplificar, Alexy cita o artigo 5º, § 3º, 1 da Constituição Alemã, que detém o seguinte preceito: "a ciência, a pesquisa e o ensino são livres", podendo esta norma ser formulada, também, através dos seguintes enunciados deônticos: "é obrigatório

[28] Não se está a afirmar, com isso, conforme explicitado, em tópico antecedente, que Robert Alexy desconsidera os demais âmbitos de validade da norma.

que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres", ou, "a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres" (ALEXY, 2015, p. 70).

> [...] Essa norma é tanto semântica quanto estruturalmente aberta. Ela é semanticamente aberta em razão da indeterminação dos termos ciência, pesquisa e ensino. Essa indeterminação pode se enfrentada por meio do estabelecimento de regras semânticas. O Tribunal constitucional federal cria regras semânticas quando afirma, por exemplo, que a atividade científica é tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade, ou quando afirma que não se trata de atividade científica quando conhecimentos obtidos de forma contemplativa são adotados pelo programa de um partido político-ou seja, de um grupo que, por sua natureza, pretende participar de forma ativa na vida político-estatal-e que os utiliza como razões determinantes de sua ação política (ALEXY, 2015, p.70).

Portanto, não é possível determinar, no caso do art. 5º, §3º, 1, da constituição alemã, se o dever de que a ciência, pesquisa e ensino sejam livres, seja realizado por meio de uma ação ou abstenção estatal, tampouco se a exigência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica (ALEXY, 2015). Resta claro que "[...] esses enunciados expressam normas" (ALEXY, 2015, p. 71). Poder-se-ia indagar, porém, se expressam eles normas de direitos fundamentais.

Contra o entendimento de que tais normas são de direitos fundamentais, tem-se o fato de que não coincidem com a norma diretamente expressa pelo texto constitucional, tampouco dela diretamente decorre. No entanto, este argumento não deve prevalecer, pois normas desta tipologia, além de guardarem mais que uma relação causal com o texto constitucional, são necessárias quando a norma expressa pela constituição tem que ser aplicada a casos concretos. Se normas deste modelo não fossem aceitas, [...] "não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa)" (ALEXY, 2015, p. 72). O tipo de relação entre aludidas normas e o texto constitucional é denominada de relação de refinamento.

Há ainda, uma segunda relação entre essas normas e o texto constitucional, ou seja, com a norma por ele diretamente expressa. Se parte-se do pressuposto de que a norma deve ser aceita, pois está contida em um dispositivo constitucional, trata-se de uma relação de fundamentação, entre a norma a ser refinada e a norma que a refina. "[...] Essas duas relações justificam considerar como normas de direitos

fundamentais não somente normas que são expressas pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado" (ALEXY, 2015, p. 72) [29].

Normas deste tipo não são estabelecidas diretamente do texto constitucional, a elas se atribuem às normas diretamente estabelecidas pela constituição. As normas de direito fundamental podem, portanto, "[...] ser divididas em dois grupos: as normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas" (ALEXY, 2015, p. 73) [30].

1.1.3 Das Normas de Direitos Fundamentais Atribuídas

No tocante às normas de direitos fundamentais atribuídas, existe, porém, um problema ao qualificá-las como tal. Isso porque são possíveis ilimitadas atribuições às disposições constitucionais de direitos fundamentais, caso não se aplique um critério adequado para caracterizá-las.

> [...] Às normas que são estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais são atribuídas normas as mais diversas. A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Devem ser consideradas como asserções sobre normas de direitos fundamentais todas as asserções sobre normas que forem levantadas nessa discussão? Mesmo aquelas que são rejeitadas por quase todos e aquelas cuja fundamentação é deficiente? (ALEXY, 2015, p. 73).

O critério para solucionar a problemática em apreço poderia ser, a princípio, empírico ou normativo. Pelo critério empírico, seriam normas de direitos fundamentais atribuídas àquelas que são "[...] de fato atribuídas pela jurisprudência e pela ciência do direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional" (ALEXY, 2015, p. 73). Todavia, o critério empírico não se mostra

---

[29] Explica Robert Alexy que: "[...] Essa situação é, por conseguinte, diferente da que ocorre quando se aceita um direito fundamental não-escrito. Um direito fundamental não escrito é caracterizado pelo fato de que a norma de direito fundamental que o garante não se encontra em uma relação de refinamento com uma norma de direito fundamental expressa diretamente pelo texto constitucional" (ALEXY, 2015, p. 72).

[30] Este é também o entendimento de Geovany Cardoso Jeveaux (2015, p.119), ao afirmar que existem quanto a sua origem "[...] dois tipos de normas de direitos fundamentais: 1) normas diretamente estatuídas pela Constituição e; 2) normas implícitas, cuja validade depende de sua adscrição/dedução de uma norma de direito fundamental diretamente estatuída, operação à qual Alexy chama de relação de fundamentação, que levará a uma fundamentação jusfundamental correta".

adequado, pois, ainda que precedentes e consensos dogmáticos desempenhem um importante papel, mera referência àquilo que já foi decidido ou afirmado não é suficiente.

A partir da perspectiva de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, um tal critério empírico não se mostra adequado. Para esta teoria, a questão sobre quais atribuições podem ser corretamente levadas a cabo é uma questão constitutiva (ALEXY, 2015). Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional como sendo válidas basta a referência à sua positivação.

Em se tratando de normas atribuídas, contudo, isso não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida. Assim, nenhum dos três critérios de validade (jurídica, social e ética), são adequados para identificar normas de direito fundamental atribuídas (ALEXY, 2015).

> [...] Há tanto normas fundamentais diretamente estatuídas na Constituição como um grupo de normas não estatuídas diretamente na lei fundamental, mas que possuem uma importância fundamental porque oferecem um remédio para a abertura semântica e estrutural das normas diretamente estatuídas no texto constitucional. Alexy denomina a esta última classe “normas de direito fundamental atribuídas”. A relação entre uma norma diretamente estatuída e uma norma adscrita ou atribuída é a um só tempo uma relação de precisão (na medida em que esta determina o conteúdo semântico da primeira e favorece a sua aplicabilidade) e uma relação de fundamentação (na medida em que a primeira fornece o fundamento de validade da segunda). Uma norma adscrita, argumenta Alexy, tem validade e é uma norma de direito fundamental se para a sua derivação de uma norma de direito fundamental diretamente estatuída é possível aduzir uma fundamentação jusfundamentalmente correta. Quando esse é o caso, a importância das normas adscritas se torna manifesta porque é impossível aplicar um direito fundamental diretamente estatuído na Constituição sem atenção às normas adscritas que estabelecem o seu âmbito de proteção (BUSTAMANTE, 2010, p. 156).

As normas de direito fundamental atribuídas devem, então, ser classificadas, a partir de um critério normativo. Para este critério: “[...] uma norma atribuída é valida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível, uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p.74).

> [...] É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente (ALEXY, 2015, p. 74) [31].

A definição do conceito de norma fundamental baseado em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais pode também ser aplicável às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas do texto constitucional (ALEXY, 2015).

> [...] Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre por que aquilo que a constituição diz é válido, normalmente tem para a práxis da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação de uma norma indiretamente estabelecida (ALEXY, 2015, p. 76).

Feitas as considerações a respeito das características das normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas, resta ser analisada a estrutura de ambas as normas.

[31] Para Alexy, essa classificação oferece diversas vantagens, pois, “[...] ela permite que se fale em descoberta de novas normas de direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p.75).

1.2 DA ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS[32] E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS[33]

A análise da estrutura das normas de direitos fundamentais pode desenvolver-se a partir de diversas diferenciações teorético-estruturais. Mas, para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante é a distinção entre regras e princípios. A distinção entre regras e princípios é um dos pilares da estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, em virtude disso "[...] um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2015, p. 85).

> [...] Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2015, p.85).

Essa distinção também torna-se importante, pois existem, na perspectiva alexyana, duas construções principais para os direitos fundamentais: um estreita e estrita (*narrow and strict*), a outra ampla e extensa (*broad and comprehensive*) (ALEXY, 2003). De acordo com a construção estreita e estrita, as normas que conferem direitos fundamentais não se diferem essencialmente de outras normas do sistema jurídico.

> [...] Certamente, enquanto normas constitucionais, seu lugar é o mais alto do sistema jurídico, e os seus focos são direitos altamente abstratos da maior relevância, mas nenhum desses focos, segundo a construção de regra, dá lugar a qualquer diferença estrutural fundamental. Essas são as regras jurídicas, aplicáveis como todas as demais regras jurídicas. A sua característica definidora é que elas protegem determinadas posições do cidadão abstratamente descritas contra o Estado (ALEXY, 2003, p. 132).

---

[32] Para Alexy, tanto as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, quanto as normas de direito fundamental atribuídas possuem a mesma estrutura.

[33] A teoria dos princípios de Robert Alexy fora desenvolvida dentro de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, mais, especificamente, a partir da abordagem sobre a estrutura dos direitos fundamentais, perpetrada no capítulo terceiro do livro: "Teoria Dos Direitos Fundamentais". Não há nenhum capítulo que analisa isoladamente esta teoria. Por essa razão, optou-se, por não desvincular esses dois termos no título do tópico. Há que se reconhecer, porém, que diversas obras, dissertações e teses, comumente, adotam o título "Teoria dos Princípios" isoladamente, o que, não configura, por certo, equívoco metodológico.

Para a construção ampla e extensa, as normas que conferem direitos fundamentais inserem-se em um quadro mais amplo [34]. Entretanto, há que se esclarecer que essas duas construções não se realizam em nenhum lugar, de forma pura e estanque, mas "[...] elas representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer constituição que preveja controle de constitucionalidade" (ALEXY, 2003, p. 132). Por tudo isso, a distinção entre regras e princípios torna-se essencial. Passa-se, então, a analisar essa diferença.

1.2.1 Critérios para distinção entre regras e princípios[35]

A diferenciação entre regras e princípios trata-se, essencialmente, de uma distinção entre duas espécies de normas. Ambos são reunidos sob o conceito de norma, porque os dois dizem o que deve ser. Tanto um quanto o outro podem ser

[34]"[...] Na Alemanha este quadro mais amplo foi plenamente desenvolvido pela primeira vez na decisão do caso Lüth da Corte Constitucional Federal Alemã em 1958. Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme "Jud Suss" (judeu doce), o filme líder da propaganda nazista antissemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, "Amante Imortal". O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filme como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou uma queixa constitucional contra essa decisão. A Corte Constitucional Federal alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como prima facie, protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma lei geral. O Tribunal reconheceu que o art. 826 do Código Civil era uma lei geral. É precisamente neste aspecto que a dicotomia entre construção estreita e estrita, ou seja, a construção de regra, e a ampla e extensa, ou seja, a de princípio entra em cena" (ALEXY, 2003, p. 132). Trecho extraído de: "Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade", Ratio Juris, vol. 16, n 2, junho 2003, tradução de Menelick de Carvalho Neto, p.131-140.

[35]Neste tópico, apenas serão expostos os critérios de diferenciação entre regras e princípios propostos por Robert Alexy. Distinções propostas por outros autores não serão analisadas, nem questões atinentes à adequação/inadequação destes critérios para proteção dos direitos fundamentais. Sobre este assunto recomenda-se a leitura, dentre outros, do "Valor Vinculante dos Precedentes", de Hermes Zaneti Jr, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, onde o autor propõe uma dissociação heurística no modelo de regras, princípios e procedimentos e também a obra "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) constitucional: Para uma análise crítica da jurisprudência de valores" à luz da Teoria Discursiva de Habermas", Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, de Alexandre de Castro Coura, na qual é proposta uma diferenciação funcional entre regras e princípios como estratégia hermenêutica para efetivação dos direitos e garantais fundamentais.

formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição (ALEXY, 2015) [36].

Robert Alexy entende que os critérios tradicionalmente utilizados para distinção entre regras e princípios, como generalidade, determinabilidade dos casos de aplicação, forma de seu surgimento, caráter explicito de seu conteúdo axiológico, dentre outros, mostram-se insuficientes.

Com base nesses critérios de diferenciações, são possíveis três teses totalmente diversas a respeito da distinção entre regras e princípios. A primeira delas aduz não ser possível diferenciar princípios e regras, pois os critérios poderiam ser combinados da forma desejada pelo intérprete, utilizando-se o mesmo de ambas as espécies normativas.

> [...] Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo. Diante isso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de semelhança de família que por meio de uma divisão em duas classes (ALEXY, 2015, p. 90-91).

A segunda tese parte do pressuposto de que, embora se aceite a distinção entre as espécies de normas, entende-se que a referida distinção é apenas de grau, sendo adeptos desta corrente os que entendem ser o grau de generalidade o critério decisivo para distinção. A terceira e última, por sua vez, sustenta que a distinção entre princípios e regras não se dá apenas de forma gradual e quantitativa, mas também de forma qualitativa entre ambas as espécies de normas. Essa "[...] tese é a correta" (ALEXY, 2015, p. 90) [37].

> [...] Princípios e regras, para Alexy, são formulados por expressões deônticas de mandado, e por isso são razões para juízos concretos de

[36] Conforme se explicará adiante, a tese central da teoria dos princípios de Robert Alexy parte da premissa de que os princípios são dotados de normatividade, daí ser possível, qualificá-los como espécie de normas.
[37] Alexy denomina esta tese de: "Tese de distinção qualitativa".

> dever ser, diferenciando-se pela/por: 1) generalidade; 2) grau e qualidade; 3) natureza deôntica e dos direitos envolvidos; 4) resoluções de colisões e de conflitos (JEVEAUX, 2015, p. 124).

Partindo do critério de que norma e princípio também podem ser diferenciados qualitativamente, procede-se à distinção entre regras e princípios.

1.2.2 Regras e princípios. Princípios como mandamentos de otimização. Distinto caráter prima facie das regras e dos princípios

Distinguindo-se as regras e princípios a partir de um critério qualitativo, tem-se que as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, e os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo, por conseguinte, mandamentos de otimização (ALEXY, 2015).

Se uma regra vale "[...] então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, 2015, p. 91).

> [...] O art. 5º, § 1º, do Código de Trânsito Alemão (STVO) é uma regra que exprime bem o que se quer dizer com isso. Ultrapassagens são possíveis ou pela esquerda ou pela direita. A característica de poder ou não ser cumprida não se limita, contudo, a esse tipo simples de regras. Ela não depende do fato de que a ação obrigatória (permitida, proibida) somente pode ser realizada ou não realizada. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade. Isso ocorre também quando um determinado grau da ação ou do comportamento é obrigatório (proibido, permitido). Um exemplo são as prescrições que referem a condutas imprudentes. O que se exige não é um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do direito de que se trate. Embora seja possível que surjam dúvidas, em casos individuais, sobre qual é o grau de cuidado exigido, isso é algo possível na aplicação de qualquer norma e não representa nenhuma peculiaridade. Para o esclarecimento dessas dúvidas exige-se exatamente que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito, ou não. Esse questionamento é típico de regras (ALEXY, 2015, p.91).

Os princípios, por sua vez, como mandamentos de otimização, caracterizam-se, por "[...] poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (ALEXY, 2015, p. 90).

> [...] As possibilidades jurídicas são determinadas por princípios e regras opostos, ou seja, se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto, ou ainda, tudo depende, em caso de colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio, de uma ponderação entre esses direitos. Já as possibilidades fáticas relativas aos princípios dizem respeito às circunstâncias nas quais os direitos albergados por eles surgiram, quanto à adequação ou idoneidade do meio e quanto à sua necessidade. Nesse último aspecto reside a diferença deôntica entre princípios e regras e a diferença de natureza dos direitos neles envolvidos. Princípios e regras são modalidades deônticas, mas, enquanto o mandato contido no princípio é relativo, porque depende de suas possibilidades fáticas e jurídicas, o mandado contido nas regras é absoluto (JEVEAUX, 2015, p. 125-126).

Esclareça-se, porém, que se os princípios forem isoladamente considerados, ou seja, independentemente de sua relação com outros princípios, têm a natureza de mandamentos de maximização.

> [...] Em virtude disso, alguém poderia pensar em definir os princípios como mandamentos de maximização, ao invés de mandamentos de otimização. Mas essa definição não comtemplaria a relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios. Seria, então, necessário ou expandi-la, por meio da adição de uma regra de otimização ao mandamento de maximização, ou suplementá-la, por meio de uma definição como mandamentos de otimização que abarcasse a conexão com os princípios. Diante disso, a definição genérica aqui escolhida-princípios como mandamentos de otimização-tem a vantagem da simplicidade. Além disso, ela não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmo ou de forma isolada (ALEXY, 2015, p. 96).

Nessa perspectiva, é possível dizer que as regras e princípios possuem um distinto caráter *prima facie*. Princípios, ao exigirem que se realize algo na maior medida do possível observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, não contêm um mandamento definitivo, mas, apenas*, prima facie.* Ainda que o princípio seja relevante em determinado caso, disso não decorre, necessariamente, que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso (ALEXY, 2015).

> [...] Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão, não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2015, p. 104).

A hipótese aplicável às regras, por sua vez, é totalmente diversa. Se a regra for válida e aplicável, ou se cumpre ou se não cumpre. Podem ser condicionadas (ordenam algo sob determinadas condições) ou, categóricas, quando estabelecem uma proibição absoluta, possuem, portanto, um caráter definitivo. Assim, enquanto as regras possuem um caráter definitivo, os princípios têm caráter *prima facie*.

Mesmo que se estabeleça uma cláusula de exceção em uma regra, e ela, em virtude disso, perca seu caráter definitivo, ainda assim não se assemelhará ao caráter *prima facie* dos princípios.

> [...] A introdução de uma cláusula de exceção em uma regra, pode ocorrer em virtude de um princípio. As regras nas quais são introduzidas uma cláusula de exceção perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie,* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo é muito diferente daqueles dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados princípios formais. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter prima facie de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios- o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras- é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter prima facie (ALEXY, 2015, p. 105).

A diferença entre princípios e regras restará mais evidente nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

1.2.3 Conflitos entre regras e colisões entre princípios[38]

O conflito entre regras e a colisão entre princípios, possuem em comum o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios. Diferenciam-se, porém, pela forma de solução do conflito.

No conflito de regras, ou seja, hipótese em que regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si, ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se declara inválida uma das regras (ALEXY, 2015).

Um exemplo de conflito entre regras que pode ser solucionado através da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inserção na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio (ALEXY, 2015). Assim, em caso de incêndio, os

[38]Embora não seja mencionado em tópico próprio, há que se esclarecer que Robert Alexy expõe ser possível o embate entre regras e princípios. Explica Geovany Cardoso Jeveaux, (2015, p. 132) que: "[...] Nesse caso, ao nível da sujeição daquelas normas à constituição, há uma precedência das regras em relação aos princípios, vale dizer, sendo ambos normas sujeitas à constituição, e tendo as regras menos generalidade e mais grau de certeza do que os princípios, elas têm prioridade num eventual embate. Assim, pois, na medida em que se adotam determinações no nível das regras, se decide mais do que através da decisão por princípios, portanto, as determinações adotadas no nível das regras precedem às determinações alternativas que, tomando apenas em conta os princípios, são igualmente possíveis". Como exemplo, de embate entre regra e princípio Alexy cita um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão, envolvendo farmácias. De acordo com o texto do art. 12, § 1º, 1 da Constituição, a liberdade de escolha profissional, não está sujeita a nenhum tipo de reserva, o "[...] argumento do Tribunal segundo o qual a tentativa de rejeitar qualquer possibilidade de intervenção do legislador na liberdade de escolha profissional não corresponderia a realidade social, e por conseguinte, não conduziria a resultados jurídicos plausíveis, pode ser entendido de forma a que um desvio do teor literal do texto constitucional seja justificado caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham um peso muito maior que o peso da liberdade de escolha profissional. Trata-se, portanto, de um caso que não corresponde à primazia do nível das regras- definidas por meio do teor literal da constituição-diante do nível dos princípios. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional" (2015, p. 141).

alunos poderão deixar a sala antes de o sinal tocar. Nesta hipótese, ambas as normas continuarão válidas.

Se esse tipo de solução não for possível, uma das regras, necessariamente, deverá ser declarada inválida. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável, ou uma norma jurídica é valida ou não é. Nesse caso, a decisão sempre será sobre a validade/invalidade da norma (ALEXY, 2015).

> [...] Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências contraditórias, entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos umas das regras, deve ser declarada inválida (ALEXY, 2015, p. 93).

Ressalte-se, porém, que a verificação de que uma das regras deve ser declarada inválida, em caso de impossibilidade de resolução do conflito, por intermédio de uma cláusula de exceção, nada diz a respeito de qual delas deverá ser tratada desta forma. Problemas deste tipo podem ser solucionados por regras como *lex posterior derogat legi priori e lex speciallis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito (ALEXY, 2015).

Alexy cita um exemplo de conflito de regras que o Tribunal Constitucional Federal alemão[39] resolveu de acordo com a importância da regra. A corte alemã, com base no art. 31, da constituição da Alemanha ("O direito federal tem prioridade sobre o estadual") declarou inválida a regra do Estado de Baden que proibia o funcionamento do comércio após 13h nas quartas feiras, isso porque, a par do que dispõe a norma constitucional, existia regra federal que determinava a abertura do comércio entre 07h às 19h. As duas regras não poderiam valer ao mesmo tempo, caso contrário à abertura das lojas nas tardes de quartas-feiras seria tanto permitida, quanto proibida. A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da

[39] A decisão encontra-se disponível no volume 1, página 283 a 292 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 1, 283 (292)).

constituição. Assim, remanesceu apenas a possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual (ALEXY, 2015).

As colisões entre princípios, por sua vez, devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Os princípios, como mandamentos de otimização, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme suas possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Se dois princípios colidem- o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com o outro é permitido, "[...] um dos princípios terá que ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção" (ALEXY, 2015, p. 93). O que ocorre é que, sob determinadas condições, um terá precedência sobre outro, já que no caso concreto os princípios adquirem pesos diferentes e o de maior peso prevalecerá, podendo em outro caso o resultado se inverter.

Conflitos entre regras, "[...] ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios- visto que só princípios válidos podem colidir-ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso" (ALEXY, 2015, p. 94). Geovany Cardoso Jeveaux (2015, p. 127) resume as diferenças entre regras e princípios, com um quadro comparativo, adiante transcrito.

PRINCÍPIOS	REGRAS
Mais genéricos	Menos genéricas, mais específicas
Mandados deônticos (proibição ou permissão fracos)	Mandados deônticos fortes (maior carga autoritária)
Estabelecem direitos prima facie ou relativos	Estabelecem direitos definitivos, salvo quando a regra comporte exceção (nesse caso as regras estabelecem direitos prima facie mais fortes)
Quando incompatíveis entre si, entram em colisão	Quando incompatíveis entre si, entram em conflito
A colisão é resolvida por "ponderação", sem a eliminação do direito prima facie contido no princípio preterido	O conflito é resolvido por exceção ou invalidade, nesse último caso com eliminação da regra preterida
Solução da colisão ocorre na dimensão do peso (por meio da ponderação)	Solução do conflito ocorre na dimensão da validade/invalidade (por meio da subsunção)
Não são hierarquizados, não admitem exceção entre si e tampouco há	Admitem hierarquia e exclusão pelo critério de tempo, assim como exceção

diferença temporal entre eles	por especialidade
São mandados de otimização, porque dependem de possibilidades fáticas e jurídicas	Não dependem de possibilidades fáticas ou jurídicas, bastando que sejam válidas, embora possam ser descumpridas

Por intermédio do balanceamento, nos termos da lei de colisão e da lei de ponderação, é que irá se identificar qual dos princípios possui mais peso no caso concreto.

1.3 O BALANCEAMENTO A LEI DE COLISÃO

Os princípios, enquanto comandos de otimização, são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, assim, se isoladamente considerados ambos, conduzem a uma contradição, razão pela qual é necessário que nas hipóteses em que colidem entre si seja estabelecida uma relação de precedência condicionada entre os princípios com base no caso concreto[40].

> [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência, levando em consideração o caso concreto. O estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2015, p. 96).

Para demonstrar a estrutura da relação de precedência entre os princípios Alexy cita um caso analisado pelo Tribunal Constitucional Alemão[41], denominado como caso Lebach. A emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassino dos soldados de Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime na qual quatro soldados de um depósito de munições do exército alemão

[40] Robert Alexy pressupõe que nenhum princípio tem precedência absoluta, nem mesmo a norma da dignidade da pessoa humana. Ele a divide em regra e princípio. Será regra quando se “[...] trata de saber se ela foi violada ou não, sem comparação com outras normas. Se se trata de comparar a dignidade humana com outros princípios, ela é então tratada como princípio, e, como tal, não tem precedência absoluta sobre outros princípios” (JEVEAUX, 2015, p. 131). Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 613), aduz que: “[...] Ninguém discordará que a proteção da dignidade humana seja uma das normas mais fundamentais de qualquer ordenamento jurídico democrático contemporâneo. É nesse sentido que se fala em princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, caso se entenda que essa seja uma norma que não comporte sopesamento diante de uma colisão com outros princípios, sua classificação como princípio fica comprometida, pelo menos se seguirmos os critérios propostos por Alexy”,

[41] A decisão encontra-se disponível no volume 35, página 202, do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 35, 202).

foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser posto em liberdade, e entendeu que a veiculação do programa violaria seu direito a ressocialização garantido pela constituição alemã, por intermédio do princípio da proteção a personalidade (arts. 1º, §2º e 2º, §1º). A argumentação do Tribunal desenvolveu-se em três etapas (ALEXY, 2015).

Na primeira etapa, constatou-se uma situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo arts. 1º, §2º e 2º, §1º, da constituição alemã, e a liberdade de informação (art. 5º, §1º, 2). Em análise, o Tribunal entendeu que este caso não seria solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio do balanceamento, no qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência geral, ao contrário, é necessário decidir qual dos dois deve ceder levando-se em consideração a configuração típica do caso e as suas circunstâncias especiais (ALEXY, 2015).

As duas normas levavam, (ou seja, o princípio da proteção à personalidade (P1) e a liberdade de informar (P2)) se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujos valores abstratos estão em um mesmo nível, o Tribunal passou a sustentar uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma informação atual sobre atos criminosos (C1)[42]. Em outros termos: (P2 **P** P1) C1[43]. Essa relação de precedência "[...] é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida" (ALEXY, 2015, p. 101).

A decisão ocorreu na terceira etapa. Nela, o Tribunal constatou que no caso da "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de interesse atual pela informação", que coloca em risco a ressocialização do autor (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de

[42] C1: Condição de uma relação de precedência
[43] (P2 **P** P1) C1: A liberdade de informar tem precedência em face do princípio da proteção à personalidade se a informação for atual.

informar (P2), o que neste caso, significou a proibição da veiculação da notícia (ALEXY, 2015).

Nesse sentido, é possível formular o seguinte enunciado de preferência (P1 **P** P2) C2[44]. C2, por sua vez, é composto por quatro condicionantes: repetição (T1), ausência de interesse atual pela informação (T2), grave crime (T3) e risco a ressocialização (T4). Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C2, acima elencadas (T1, T2, T3, T4), decorre a consequência jurídica R. A partir disso é possível formular uma regra: C2→R. (A consequência jurídica que resulta de P1 é aplicável se estiverem presentes as condições C2).

Ainda que a colisão de princípios seja solucionada por meio do balanceamento, realizada no caso concreto, analisando as circunstâncias fáticas e jurídicas, isso por si só não impede que se estabeleça uma relação de prioridade entre princípios importantes para a resolução de novos casos concretos.

> [...] Las condiciones de prioridad establecidas en um sistema jurídico y las reglas que les corresponden sirven para proporcionar información sobre el peso relativo de los princípios y, en este sentido, no solamente se estabelece qué principio prevalece en la solucion de un caso determinado, sino que também proporcionan un orden de princípios-de prioridad de los princípios-que permite resolver casos futuros (LARRAÑAGA, 1994, p. 222)[45].

A partir do balanceamento, surge então a lei de colisão, que assim preceitua: "[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa à consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2015, p. 99).

> [...] Grosso modo, a lei de colisão diz que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação de absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do

[44] Dada à condição C2, a proteção a personalidade tem precedência.

[45] Tradução: As condições de prioridade estabelecidas em um sistema jurídico e as regras que lhes correspondem servem para proporcionar (informar) sobre o peso relativo dos princípios, e, neste sentido, não apenas estabelecer que princípio prevalece na solução de um determinado caso concreto, mas, também para propiciar uma ordem de princípios-prioridade de princípios, aplicável a casos futuros. Isso decorre do sistema de condicionantes de prioridade proposto por Robert Alexy. Para ele: [...] "todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamento de valor ou obrigação em dado caso que esteja disposto a afirmar nos mesmos termos para todos os casos que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes" (ALEXY, 2001, p 188).

> peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa. A relação de precedência entre os princípios, assim, é condicionada às suas possibilidades fáticas e jurídicas, diferentemente das regras, para as quais é possível uma relação de precedência condicionada (JEVEAUX, 2015, p. 128).

Em resumo, a lei de colisão preceitua que o que determina as condições em que um princípio tem ou não precedência são as condições fáticas. São elas que indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre o outro.

> [...] No sistema de Alexy, há uma íntima relação entre a diferenciação das normas de direito fundamental quanto à origem (normas diretamente estatuídas e normas adscritas) e quanto à estrutura (princípios e regras). Essa relação se torna mais nítida quando se considera a regra sobre as colisões de princípios constitucionais que Alexy denominou de "lei de colisão". Uma colisão entre princípios constitucionais só pode ser resolvida pelo estabelecimento de certas relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes. Essas relações são instituídas em regras de precedência condicionada entre princípios constitucionais, que podem ser caracterizas como normas adscritas. **Alexy chega, portanto, a uma conclusão importante: as colisões de princípios só podem ser resolvidas por meio da criação de uma norma adscrita do tipo regra. É esse o conteúdo da lei de colisão, que foi elaborada por Alexy para explicar a relação entre princípios e regras. Esta lei de colisão pode ser canonicamente enunciada da seguinte maneira: "as condições em que um princípio tem precedência sobre outro, constituem a hipótese de incidência de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente** (BUSTAMANTE, 2010, p.156). (Grifamos).

O balanceamento é nessa perspectiva, inevitável para a tomada de decisão em situações nas quais se verifica uma colisão direta entre princípios (COURA, 2009). Isso porque princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. Para se chegar a uma decisão é necessário um balanceamento.

> [...] Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos-caso sejam aplicáveis- é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 117).

O balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não satisfação- ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o

princípio concorrente é estabelecida. Já a terceira etapa responde a questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro (ALEXY, 2003). Essas três etapas conjuntamente consideradas integram a máxima da proporcionalidade. Esta máxima, portanto, integra o balanceamento.

1.4 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE[46]

A máxima da proporcionalidade está estritamente conectada à Teoria dos Princípios. Essa "[...] conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela" (ALEXY, 2015, p. 116). É composta por três submáximas (máximas parciais): as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito[47]. As três definem aquilo que deve ser compreendido por otimização na teoria dos princípios.

> [...] Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade com suas três submáximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso), e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível desta natureza (ALEXY, 2015, p. 117).

Princípios e ponderações:

> [...] São dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios devem chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação (ALEXY, 1999, p. 75).

---

[46] Antes de se proceder ao balanceamento, e, por conseguinte, a aplicação da máxima da proporcionalidade, é necessário que se observe, conforme demonstrar-se-á em tópico subsequente, as seguintes etapas: (i) impossibilidade de resolução do conflito pelo próprio sistema jurídico (caráter subsidiário da aplicação da máxima da proporcionalidade) e (ii) verificação da ocorrência de uma real colisão entre direitos fundamentais.

[47] As máximas parciais da adequação dizem respeito às possibilidades fáticas, já a proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades jurídicas.

Ademais, tem-se que a máxima da proporcionalidade, embora seja frequentemente denominada de “princípio da proporcionalidade” [48] (ALEXY, 2015), não pode ser assim considerada, pois:

> [...] Nesse caso, no entanto, não se trata de princípio no sentido aqui empregado**. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes, não**. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. **As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras** (ALEXY, 2015, p. 117) (Grifamos).

Ressalte-se, por oportuno, que no prefácio do livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, edição de 2015, p.10, nas notas do tradutor, há uma breve explicação acerca da escolha da tradução de alguns termos importantes da obra:

> [...] Os termos “prinzip e grundsatz” podem ser traduzidos do alemão para o português como princípio. Ocorre que “[...] em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor (Alexy) pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à proporcionalidade. Alexy evita denomina-la de princípio “(Prinzip”) justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra...Mas para reproduzir a opção do autor- de intencionalmente usar dois termos distintos-escolhi traduzir (“Grundsatz”) por máxima. Por isso, a proporcionalidade será aqui chamada de máxima da proporcionalidade. Alerto, no entanto, que em outros poucos casos o termo Grundsatz foi eventualmente traduzido como princípio, sempre que não houvesse risco de confusão (ou seja, sempre que ele pudesse ser considerado como princípio em qualquer acepção da palavra).

As máximas parciais da adequação e da necessidade[49] dizem respeito aos aspectos fáticos e a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com as possibilidades jurídicas, pois, “[...] essas últimas são determinadas, sobretudo pelos princípios colidentes” (ALEXY, 2015, p. 193). Analisadas conjuntamente, essas possibilidades são decisivas para a solução da colisão do caso concreto (JEVEAUX, 2015).

> [...] A coordenação proporcional de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais por meio de uma limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada; necessária para isso, o que não é o caso,

[48] Maiores apontamentos sobre o tema serão expostos em tópico posterior.

[49] Alexy afirma, porém, que raramente resolve-se um caso concreto apenas com base nas máximas parciais da adequação e necessidade, em termos práticos, teria pouca aplicação.

> quando um meio mais ameno bastaria e, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental (HESSE, 1998, p. 256-257).

1.4.1 A adequação

A submáxima da adequação refere-se ao que é factualmente possível. Dela decorre que se verifique no caso concreto se os meios utilizados oportunizam, promovem, ou fomentam o alcance da finalidade pretendida por um direito fundamental.

> [...] Não se trata de uma análise em relação a um grau ou intensidade-como a que atesta a existência de um meio eficaz menos oneroso ao cidadão (âmbito da exigência da necessidade)-mas, de um juízo intrínseco que se refere à existência ou não de eficácia dos meios em relação aos fins estabelecidos na norma (COURA, 2009, p.132).

Em outras palavras, exige-se que o meio utilizado para atingir a finalidade de um princípio seja adequado, em uma relação de meios e fins.

> [...] Assim, se um decreto de desapropriação, a pretexto de atender ao princípio do interesse público, é utilizado para punir um adversário político ou para impedir um negócio legítimo de compra-e-venda, apenas porque tal negócio é contrário às opções ideológicas da autoridade pública, o meio utilizado para atingir o fim daquele princípio enunciado não foi adequado (JEVEAUX, 2015, p. 134).

Disso decorre a associação equivocada entre esta submáxima e o princípio da razoabilidade[50] e da racionalidade do direito constitucional norte-americano. Em caso de tratamento desigual dado pela lei, se exige que a diferença seja razoável e racional.

> [...] Isto requer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meios e fins-*means-end-relationship*-, segundo a nomenclatura norte-americana-da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de razoabilidade e racionalidade, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política (CASTRO, 1989, p. 157).

---

[50] Adiante, em capítulo posterior, demonstrar-se-á que a razoabilidade não pode ser compreendida como sinônimo de razoabilidade.

A máxima parcial da necessidade exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio, sem que se promova qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados.

> [...] Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas- a saber: aquilo que não é adequado- sem, com isso, determinar tudo (ALEXY, 2015, p. 590).

Relaciona-se dessa forma com Optimal de Pareto[51]: “uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada”.

Para elucidar a aplicabilidade da adequação, Alexy cita um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão[52]. Em síntese, um cabelereiro colocou, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Diante disso, as autoridades lhe impuseram uma multa por descumprir uma lei, que exigia prévia licença para o exercício de atividade comercial, que por sua vez só seria concedida se o requerente demonstrasse “a necessária expertise”, a qual poderia ser obtida por meio de um curso profissionalizante como comerciante, de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial ou de um exame especial, no qual seriam testados conhecimentos técnico-comerciais (ALEXY, 2015).

O Tribunal Superior de Saarbrücken, em segunda instância, considerou inconstitucional a exigência de uma demonstração de expertise comercial nos casos de instalação de simples máquinas automáticas e suscitou uma prejudicial de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal (TFC). O TFC concluiu que a exigência de uma prova de expertise para comércio de qualquer mercadoria, englobando-se, por conseguinte, exploração de máquina automática de vendas de cigarros, viola a liberdade profissional garantida pelo art. 12, §1º, da Constituição Alemã. A argumentação da corte baseou-se no fato de que a exigência

[51] O Optimal de Pareto, também denominado de Eficiência de Pareto, é um conceito de economia que diz, em síntese, que posições podem ser melhoradas sem que outras sejam pioradas, até que se chegue a uma situação ideal, a partir da qual não será mais possível melhorar uma posição sem que outra seja degradada.

[52] A decisão encontra-se disponível no volume 19, página 330, 332 e seguintes, do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 19, 330 (332 ss)).

de uma prova de competência comercial não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde ou contra prejuízos econômicos. Assim, essa exigência seria proibida pela máxima da adequação e violaria o direito fundamental à liberdade de expressão.

> [...] Em jogo estavam dois princípios: o da liberdade profissional (P1) e o da proteção ao consumidor (P2). Por inexistência de adequação, a medida adotada (M)-exigência de demonstração de competência comercial-não é capaz de fomentar P2, mas embaraça a realização de P1. Nesse caso, não há custos nem para P1, nem para P2, se M for adotada. P1 e P2, se considerados em conjunto, são realizados em maior grau- relativamente as possibilidades fáticas- se se abrir mão de M. Por conseguinte, P1 e P2, considerados conjuntamente proíbem a adoção de M (ALEXY, 2015, p. 589).

Em resumo, uma medida pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido (SILVA, 2002).

1.4.2 A necessidade

A submáxima da necessidade exige que dentre dois meios, que sejam igualmente adequados, deva ser escolhido o que afete menos intensamente a realização daquilo que um princípio exige. O meio não será necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo (ALEXY, 2015). O objetivo precípuo desta máxima parcial é evitar sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais. “[...] o exame da necessidade é imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto” (SILVA, 2002, p. 38).

Em outras palavras, se ao analisar os princípios P1 e P2 , verifica-se a existência de dois meios adequados de promover P1, deve ser escolhido o meio que interfira menos intensamente em P2. Se há “[...] um meio menos intensamente interferente e que seja igualmente adequado, pode-se melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros” (ALEXY, 2003, p. 135). Nessa perspectiva, a máxima parcial da necessidade também expressa à ideia do Optimal de Pareto, pois, existindo um meio que intervenha menos e seja igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada, sem que isso ocorra as custas de outra posição.

Mas, há que se ressaltar que, existindo um terceiro princípio (P3), que seja negativamente afetado pela adoção dos meios intensivamente menos interferentes, hipótese em que os custos seriam inevitáveis, o balanceamento torna-se necessário (COURA, 2009).

Alexy demonstra a aplicação da necessidade em um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Federal, envolvendo a liberdade profissional e a proteção do consumidor[53]. O ministério para a Juventude, Família e Saúde, editou uma portaria proibindo a comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram fabricados, majoritariamente, com flocos de arroz, visto que não eram essencialmente de chocolate. O objetivo era proteger o consumidor contra compras equivocadas. A corte constatou, primeiramente, que a proibição era inteiramente adequada para proteger o consumidor. Se existe uma proibição que algo seja comercializado, o risco de que ele seja comprado por engano é pequeno. Mas a proibição de comercialização não seria necessária, pois haveria uma medida igualmente adequada para proteger o consumidor, mas ao mesmo tempo menos invasiva: Um dever de afixar rótulos informando que a composição do produto não era de chocolate.

1.4.2.1 O caso *cannabis*: A margem de ação estrutural e a margem de ação epistêmica

Os exames da adequação e da necessidade, conforme acima exposto, dizem respeito às possibilidades fáticas e dizem respeito a uma relação de meios e fins, o que, eventualmente, suscita problemas de prognósticos (ALEXY, 2015).

Em 1994, o Tribunal Constitucional Federal foi instado a manifestar-se se a criminalização da fabricação, comercialização e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação (art. 2º, § 2º, §1º da Constituição alemã) e com a liberdade pessoal (art. 2º, § 2º, 2, da Constituição alemã). Nesse cenário, precisou-se indagar se uma liberação da *canabbis,* como um meio menos gravoso em relação à liberdade, poderia afastar os perigos associados

[53] A decisão encontra-se disponível no volume 53, página 135 a 146 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 53, 135 (146)).

a essa substância entorpecente e seu comércio ilegal, de forma tão mais eficiente que uma criminalização geral.

O problema da discricionariedade epistêmica surge tanto no exame da necessidade quanto da adequação.

> [...] O reconhecimento de uma competência legislativa para a avaliação de variáveis empíricas é, no que diz respeito ao seu resultado, equivalente ao reconhecimento de uma competência para restringir o direito fundamental. Saber se e em que extensão são justificáveis essa discricionariedade para fazer estimativas, é algo que diz respeito não às discricionariedades estruturais, mas às epistêmicas (ALEXY, 2015, p. 592).

Decisões deste tipo demostram o problema central de todo tipo de discricionariedade epistêmica.

> [...] Se ao legislador é permitido fundamentar uma intervenção em um direito fundamental a partir de uma premissa que seja incerta, então, é possível que a esse direito não seja garantida a proteção devida- e ele seja, por isso, violado- nos casos em que a premissa que fundamenta a intervenção seja equivocada... Decisões como a proibição ou a permissão de cannabis são relevantes para a comunidade. Se a decisão sobre essa questão depende de avaliações empíricas, a competência decisória do legislador, exigida prima facie pelo princípio formal, inclui a competência para decidir sobre ela também nos casos de incerteza. Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental. Este último exclui prima facie a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas; o primeiro requer prima facie exatamente essa competência (ALEXY, 2015, p. 615).

Uma construção, baseada na teoria dos princípios, oferece solução a este impasse. Esta teoria pressupõe tanto uma ordem marco quanto uma ordem fundamental (ALEXY, 2002). A ordem fundamental pode ser definida da seguinte forma: “[...] 1) quantitativa: nenhuma discricionariedade é confiada ao legislador ordinário na regulação de direitos fundamentais; 2) qualitativa: a constituição define assuntos fundamentais, deixando espaços normativos ao legislador” (JEVEAUX, 2015, p. 139).

A ordem marco, por sua vez, pressupõe, em resumo, quatro premissas. A primeira delas é que os direitos fundamentais são direitos de defesa frente ao estado. A segunda, por sua vez, pressupõe que os direitos fundamentais são standards mínimos. A terceira afirma que os direitos fundamentais são apenas aqueles que derivam da vontade histórica do constituinte (metodológico) e a quarta trata da

relação da constituição com a legislação ordinária em três modelos: a) modelo estritamente procedimental, b) modelo puramente material da constituição e c) modelo procedimental-material (JEVEAUX, 2015).

A ordem fundamental, para Alexy, é incompatível com a proteção aos direitos fundamentais, pois uma total ou quase total incapacidade de ação do legislador não seria compatível com o princípio democrático, tampouco com a separação de poderes. Essa "[...] não pode ser a intenção de uma constituição que, em primeiro lugar, cria um Poder Legislativo e, em segundo, que pretenda que ele seja legitimado democraticamente de forma direta" (ALEXY, 2015, p. 616).

Assim, prevalece a ordem marco, mas apenas em seu modelo material procedimental, já que "[...] o legislador não pode ter liberdade absoluta, tampouco, ser absolutamente restringido" (JEVEUAX, 2015, p. 140). O marco, então, é o que está ordenado ou proibido. O que não for, é discricionário ao legislador (margem estrutural). Existe, ademais, uma margem de ação epistêmica, referente às limitações cognitivas da própria discricionariedade, pois nem sempre são certos os conhecimentos a respeito do que está ordenado, proibido ou confiado. De outro lado, "[...] a incerteza não pode ser suficiente, enquanto tal, para fundamentar uma discricionariedade para prognósticos por parte do legislador que seja infensa ao controle por parte da jurisdição constitucional" (ALEXY, 2015, p. 617).

A resposta do Tribunal baseou-se na tese de que não existem conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou outro caminho (ALEXY, 2015). Em situações deste tipo, a opção do legislador em criminalizar estas condutas teria que ser aceita, já que o legislador teria uma prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo (discricionariedade epistêmica). Isso demonstra "[...] o grande papel que pode ser atribuído à discricionariedade epistêmica no exame da adequação e da necessidade" (ALEXY, 2015 p. 592).

> [...] O reconhecimento de uma competência legislativa para a avaliação de variáveis empíricas é, no que diz respeito ao seu resultado, equivalente ao reconhecimento de uma competência para restringir o direito fundamental.

> Saber se e em que extensão são justificáveis essa discricionariedade para fazer estimativas, é algo que diz respeito não às discricionariedades estruturais, mas ás epistêmicas (ALEXY, 2015, p. 592).

Situações deste tipo conduzem a uma segunda lei de ponderação[54]: “Quanto mais intensa for à intervenção em um direito fundamental, tanto maior será a certeza das premissas que a sustenta” (ALEXY, 2015, p. 618). Isso porque aludidos direitos exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção. A discricionariedade epistêmica relaciona-se, portanto, com a segunda lei de ponderação.

1.4.3 A proporcionalidade em sentido estrito e a Lei de Ponderação[55]

Como mandados de otimização, os princípios exigem uma realização mais ampla possível, não somente em face das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015). A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas. Ela expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Existindo dois princípios colidentes (P1 e P2), dever ser avaliado se a importância de um desses princípios em detrimento do outro justifica a afetação ou não satisfação do outro.

> [...] Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P2 é alcançada se nem M1 nem M2 são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M2 em face de M1. Que umas das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). E é por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento (ALEXY, 2015, p. 120).

A otimização de princípios consiste em nada mais do que no balanceamento (ponderação) desses princípios (ALEXY, 2003, p.136). A proporcionalidade em sentido estrito manifesta a primeira lei da ponderação, que aduz: “Quanto maior for o

---

[54]Esta lei também é denominada de "Lei epistêmica do sopesamento” (ALEXY, 2015, p. 617). “[...] Diferentemente do que ocorre com a primeira lei, essa segunda lei não está associada à importância material das razões que sustentam a intervenção, mas à sua qualidade epistêmica. Nesse sentido, a primeira lei pode ser chamada lei material da ponderação, e a segunda, lei epistêmica da ponderação” (ALEXY, 2015, p. 617). A respeito da primeira lei de ponderação discorreremos adiante.

[55] Lei de Ponderação será utilizada ao longo da exposição como “lei do balanceamento”.

grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" ou em outros termos "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores desta intervenção". Essa lei vale, para todos os tipos colisão.

> [...] Em outras palavras a primeira lei de ponderação, na eventualidade do embate não ter sido solucionado pelas máximas parciais da adequação e da necessidade, coloca as consequências dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto (JEVEAUX, 2015, p. 136).

A primeira lei do balanceamento é comumente compreendida como sinônimo da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. A associação decorre do fato de que a lei do balanceamento fora desenvolvida por Alexy, a partir da observância de uma regra, comumente repetida em julgamentos do Tribunal Constitucional, qual seja: "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, 2015, p. 593). No entanto, trata-se de institutos distintos, pois a lei de ponderação é formulada como uma regra, que prescreve como se deve sopesar [56]. É essa lei que diz que o balanceamento pode ser dividido em três etapas. Assim, tem-se o seguinte quadro (JEVEAUX, 2015, p. 137):

ETAPAS	PRINCÍPIO 1	PRINCÍPIO 2
1) Contras/custos	Custos p1 x custos p2	Custos p2 x benefícios p1
2) Prós/benefícios	Benefícios p1 x custos p2	Benefícios p2 x custos p1
3) Resultado	Maior benefício com o maior custo	Idem

A lei da colisão está estritamente relacionada com a lei do balanceamento. Aquela lei faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si

[56] Alexy utiliza, inclusive, curvas de indiferença similares às utilizadas nas ciências econômicas para demonstrar as ideais que estão por de trás do balanceamento. Os desenhos das curvas encontram-se nas fls. 168-170 do livro Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

mesmo. É necessário que, nos casos de colisão, seja definida uma relação condicionada de preferência. Já a lei de ponderação explica o que deve ser fundamentado, ou seja, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Em resumo: o balanceamento, como um todo, associa a lei de colisão e a lei do balanceamento.

> [...] Enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma resposta previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas, que uma vez ocorrentes, indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre o outro, a primeira lei de ponderação procura explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão (JEVEAUX, 2015, p. 136).

Da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito também é possível se extrair a regra da desproporcionalidade (*desproportionaly rule),* assim preceituada:

> [...] Uma interferência em um direito fundamental é desproporcional se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma interferência em outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que essa ultima seja pelo menos tão intensa quanto à primeira (ALEXY, 2003, p. 139).

Essa regra cria uma relação entre juízos sobre graus de intensidade e juízos sobre proporcionalidade. Juízos sobre graus de intensidade são razões para o julgamento sobre a proporcionalidade. Para demonstrar a aplicação da máxima da proporcionalidade de forma integral, ou seja, com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), Alexy cita o caso "Titanic" [57] decidido pela Corte Constitucional.

A revista satírica Titanic, de grande circulação na Alemanha, referiu-se a um oficial da reserva como "assassino nato" (*"a born murderer"*). Posteriormente, em uma de suas sátiras, uma vez mais, fez menção a esse oficial, porém, ao invés de denominá-lo de assassino nato, chamou-o de aleijado (*a "cripple"*). O oficial propôs uma ação contra a revista. O Tribunal Superior de Recursos de Düsseldorf julgou procedente a ação e condenou a Titanic a indenizar o oficial. A revista por sua vez, ajuizou uma queixa constitucional (ALEXY, 2015).

[57] A decisão encontra-se disponível no volume 95, página 173 a 187 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 95, 173 (187)).

A Corte Constitucional Alemã procedeu, então, a um balanceamento. De um lado havia a liberdade de manifestação do pensamento dos envolvidos na revista (art. 5º, §1º, 1, da Constituição Alemã) no outro o direito geral de personalidade do oficial da reserva (art. 2º, c/c art. 1, § 1º, da Constituição Alemã).

Em relação ao termo “assassino nato”, a indenização fora classificada como de alto impacto, ou seja, como intervenção séria na liberdade de expressão, pois poderia inibir os editores da revista a desenvolverem seu trabalho da forma como até então haviam feito. Assim, uma indenização por danos só seria justificável se a interferência na liberdade de expressão fosse séria. Para tanto, a expressão “assassino nato” foi analisada no contexto do artigo satírico. Na revista, constantemente, várias pessoas já haviam sido chamadas por nomes do tipo: “burguês nato”, “nascido cidadão”, dentre outros. Assim, tais fatos constituíram-se em óbice para que o termo “assassino nato” fosse considerado como uma grave e séria violação ao direito de personalidade (ALEXY, 2015).

Assim, a afetação ao direito de personalidade fora, nesse contexto, avaliada como de intensidade moderada. A isso corresponde uma importância média, talvez pequena em proteger a personalidade do oficial por meio de uma indenização. Para que se justificasse uma condenação em danos, o que é uma intervenção séria na liberdade de expressão, seria necessário que a afetação do direito de personalidade fosse igualmente séria, o que, segundo a avaliação da corte, não foi. Portanto, a interferência na liberdade de expressão foi desproporcional (ALEXY, 2003). Assim, a utilização do termo “assassino nato” não poderia ter sido apenada por meio de uma indenização em dinheiro.

> [...] Desproporcionalidade representa aqui uma relação entre, por assim dizer, interferências, reais e hipotéticas concorrentes. Cada interferência em um direito constitucional que não seja justificada por uma interferência hipotética pelo menos tão intensa em outro princípio ou contido na Constituição, ou por ela admitido como uma razão para a interferência, uma interferência que se tornaria real ao evento se a primeira interferência, uma interferência fosse omitida, é desproporcional. Essa regra, conjuntamente com as avaliações da Corte Constitucional Federal, implica que a ordem do Tribunal Superior Regional de Düsseldorf para que se pagasse DM 12.000, a título de indenização por danos, violava os direitos da Titanic (ALEXY, 2003, p. 139).

Em relação à utilização da expressão “aleijado”, o entendimento do Tribunal fora diverso do adotado em relação à “assassino nato”. Descrever alguém como “aleijado” fora considerado pelo Tribunal como “humilhante” e “desrespeitoso”. A

intervenção na liberdade de expressão é, então, contraposta à grande importância da proteção do direito de personalidade. Não se trata simplesmente de uma afetação séria, mas de "[...] uma afetação muito séria ou extraordinariamente séria, afetações são praticamente injustificáveis por meio de um fortalecimento das razões para intervenção" (ALEXY, 2015, p. 598). Isso corresponderia à lei da taxa marginal descrente de substituição[58] (ALEXY, 2015).

Proferiu-se, então, julgamento considerando a Reclamação Constitucional justificada em relação à condenação referente a uma indenização em dinheiro em virtude do uso do termo "assassino nato" e sem fundamento no que diz respeito à denominação "aleijado".

1.4.4 Colisões em sentido amplo e em sentido estrito

As colisões entre princípios podem ser classificadas como colisões em sentido amplo e em sentido estrito.

Uma colisão estrita (colisão em sentido estrito) é a que ocorre entre princípios de direitos fundamentais (direitos fundamentais). A colisão ampla (em sentido amplo), por sua vez, ocorre entre um princípio de direito fundamental individual e outras normas ou princípios de interesse comum ou coletivo (JEVEAUX, 2015).

Em relação às colisões em sentido estrito, estas se dividem em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais distintos. No que diz respeito às colisões de direitos fundamentais idênticos, ainda é possível subdividi-las em quatro categorias. A primeira delas diz respeito aos direitos liberais de defesa. Para exemplificar, tem-se o caso de duas torcidas rivais que pretendem deixar o estádio simultaneamente, representando dessa forma um perigo de confronto (ALEXY, 2015).

Já a segunda categoria diz respeito ao conflito entre direitos de defesa e de proteção, como, por exemplo, um sequestrador que é atingido por tiros para que

[58] A lei da ponderação fora desenvolvida com base em alguns conceitos oriundos da ciência econômica. A curva de indiferença representa situações igualmente boas em um contexto de substituição de bens. As curvas decorrem da existência de uma taxa marginal decrescente da substituição. Quanto maior a proteção conferida a determinado bem, menos se protegerá o outro.

liberte um refém que esteja sob seu domínio. A terceira é caracterizada pelo conflito entre os lados positivos e negativos dos direitos fundamentais, que pode ser elucidado com a análise da liberdade religiosa, que engloba tanto a possibilidade de ter ou não ter uma religião (ALEXY, 2015).

Por sua vez, a quarta hipótese diz respeito ao embate entre o lado jurídico e o lado fático de um mesmo direito fundamental. Para demonstrar essa possibilidade de colisão, Alexy cita o caso decidido pela corte constitucional alemã a respeito de concessão de subsídios econômicos para litigantes em processos judiciais[59].

> [...] Se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados de forma igual na hipótese de nenhum deles receber ajuda ou subsídio para suportar os custos dos tribunais ou dos advogados. Todavia, sob a perspectiva de uma igualdade fática, essa opção revela um tratamento anti-isonômico, uma vez que reduz a oportunidade dos pobres de impor os seus direitos. Se se incentiva a ação dos pobres, então se empresta tratamento diferenciado a ricos e pobres, uma vez que o incentivo a determinados grupos significa o tratamento desigual (ALEXY, 1998, p.2).

No que diz respeito à colisão em sentido estrito referente a direitos fundamentais diferentes, Alexy ressalta o embate entre a liberdade de imprensa e de opinião e os direitos fundamentais à honra, à vida privada.

> [...] Dessa forma, o sentido estrito do fenômeno da colisão enfoca o que seria um conflito direto entre os princípios constitucionais que se pretende aplicar, simultaneamente, num caso concreto, relacionando-se especificamente à aplicação do princípio da proporcionalidade e ao sopesamento de princípios constitucionais concorrentes (COURA, 2009, p. 125).

As colisões em sentido amplo perpetram-se no âmbito dos direitos fundamentais individuais e interesses coletivos (ALEXY, 1998). Porém, entre tais direitos não há uma relação de precedência incondicionada. Apenas as possibilidades fáticas e jurídicas do princípio do princípio que engloba um interesse coletivo[60] são consideradas mais altas do que as possibilidades fáticas e jurídicas do principio que contém um interesse individual (JEVEAUX, 2015).

---

[59] A decisão encontra-se disponível no volume 12, página 354 a 367 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 12, 354 (367)).

[60] Como exemplo, "[...] tem-se a decisão da Corte Constitucional Alemã, na qual se analisou em que medida o legislador, por meio de normas de caráter restritivo, poderia afetar a utilização da propriedade por seu titular, no caso de possível comprometimento dos lençóis freáticos. Segundo Alexy, a qualidade da água é um clássico exemplo de interesse coletivo (COURA, 2009, p. 125).

Assim, não há hierarquia ou precedência incondicionada entre direitos coletivos em face dos individuais, tudo irá depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do contexto no qual se desenvolve a colisão.

1.5 A PONDERAÇÃO E A FÓRMULA DO PESO. RESPOSTA ÀS OBJEÇÕES HABERMASIANAS E A CRÍTICA DE BÖCKENFÖRDE.

Em da face da ponderação de princípios, tal como fora desenvolvida por Alexy, aventam-se algumas objeções. As mais significativas são as aduzidas por Jürgem Habermas e Böckenförde. Para Habermas, em síntese, o balanceamento seria a um só tempo irracional e um perigo para os direitos fundamentais, destituindo-os de sua força normativa, pois não haveria critérios racionais para o balanceamento ("irracionalidade e diluição"). Pois, se nos casos de colisão todos os motivos ou razões "[...] podem assumir o caráter de argumentos políticos, a muralha de fogo erigida no discurso jurídico compreendia por uma compreensão deontológica das normas e princípios ruiria" (HABERMAS, 1997, p. 256)".

> [...] A primeira objeção de Habermas é a de que o balanceamento retiraria os direitos constitucionais de seu poder normativo. Por meio do balanceamento, pretende ele, os direitos são degradados ao nível de fins, dos objetivos, das políticas e dos valores. Assim, eles perderiam a sua "prioridade estrita" que seria características dos pontos de vistas normativos". Desse modo, tal como Habermas vê o balanceamento, uma muralha de fogo ("fire wall") rui com um estardalhaço (ALEXY, 2003, p. 134).

A segunda objeção apresentada por Habermas diz respeito a um problema conceitual (ALEXY, 2003), pois a ponderação é capaz de produzir um juízo em relação ao seu resultado, mas não seria capaz de justificá-lo (HABERMAS, 2003).

> [...] Nesse sentido, Habermas busca evidenciar a ausência de consistência e de aceitabilidade racional das decisões judiciais decorrentes da referida ponderação. Dessa forma, são destacados os problemas decorrentes da concepção de que a realização dos direitos fundamentais, considerados comandos de otimização, poderia ocorrer de forma gradual, limitada e moldada por restrições impostas pelo Judiciário no momento da aplicação normativa. Soma-se a isso a conclusão de que esse balanceamento pode assumir a forma de negociação orientada à realização de outros fins que não correspondem ao direito vigente, a partir de uma abertura, no discurso jurisdicional de aplicação normativa e razões não jurídicas, que passam a

> concorrer, num mesmo plano, com os próprios direitos fundamentais a serem aplicados (COURA, 2009, p. 182).

Böckenförde, por sua vez, parte da premissa de que os direitos fundamentais são divididos em direitos clássicos de defesa do cidadão contra o estado e direitos fundamentais como normas de princípios. Para ele, a compreensão destes últimos como mandamentos de otimização conduziria a consequências fatais, pois haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que conduziria a uma produção de efeitos em face de terceiros (ou efeitos horizontais). Dessa forma, os direitos fundamentais transformar-se-iam em princípios supremos da ordem jurídica como um todo (ALEXY, 2015).

Enquanto tais já conteriam tudo em si mesmos, necessário seria apenas uma concretização por meio de um sopesamento. O legislador perderia sua autonomia. O risco seria então de um Estado Judiciário (demasia). A ponderação é, portanto, um risco a toda e qualquer liberdade do legislador.

> [...] A compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de constituição com consequências fatais. O processo político democrático perderia consideravelmente importância, e não seria mais possível deter a transição de um Estado legislativo parlamentar para um Estado Judiciário constitucional: Se os direitos fundamentais expressam normas de princípios com tendência otimizadora, o Tribunal Constitucional é invocado para dotar de validade seu conteúdo normativo. A liberdade de conformação política do legislador seria, assim, eliminada totalmente, por meio de uma pressão otimizadora jurídico-constitucional, o que seria incompatível com os princípios do parlamentarismo democrático e da separação dos poderes. Esses princípios exigem que o legislativo, legitimado democraticamente, tenha uma participação significativa-quantitativa e qualitativamente na configuração da ordem jurídica (ALEXY, 2015, p. 578-579).

Em resposta a Habermas, referente à crítica da irracionalidade do balanceamento, Alexy, primeiramente, aduz que o balanceamento só seria irracional se não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos.

Para refutar as objeções Habermasianas, Alexy afirma preliminarmente que a primeira crítica de Habermas (irracionalidade e diluição dos direitos fundamentais) só seria justificável se não fosse possível fazer juízos racionais acerca,

primeiramente, da intensidade de interferência, em segundo lugar, dos graus de importância e, em terceiro lugar, dessas relações entre si (ALEXY, 2003).

Para demonstrar que juízos racionais acerca da intensidade de interferência e de graus de importância são possíveis, de modo que o resultado possa ser racionalmente estabelecido por meio da ponderação, Alexy recorre à análise do caso Titanic. Ao analisar a expressão “aleijado”, a Corte Constitucional alemã entendeu que houve sério dano ao direito de personalidade do oficial. A importância de se proteger o oficial por meio de uma indenização por danos foi considerada grande. A liberdade de expressão foi contraposta à grande importância reconhecida ao direito de personalidade (ALEXY, 2003).

Nessa situação, a corte entendeu que “[...] não se poderia ver qualquer vício no balanceamento em detrimento da liberdade de expressão” (ALEXY, 2003. p.139). Juízos sobre grau de intensidade são razões para o julgamento sobre a proporcionalidade. Por certo, “[...] esses juízos não estão contidos na própria lei do sopesamento” (ALEXY, 2015, p.599). Na constatação de que a imposição de uma indenização em dinheiro contra a revista é uma séria intervenção na liberdade de expressão estão implícitas algumas suposições sobre o que é um risco à liberdade de expressão, mas

> [...] Isso não significa, para usar as palavras de Habermas, que o sopesamento seja realizado “de forma arbitrária ou irrefletida, baseado em standars e hierarquias já sedimentados. As suposições que subjazem aos juízos sobre a intensidade da intervenção e o grau de importância não são arbitrárias. Para sua fundamentação são apresentadas razões plausíveis. Também é duvidoso que as suposições do Tribunal Constitucional Federal sejam definidas de forma irrefletida, baseadas em standars e hierarquias já sedimentados. Os standars são sobretudo, uma linha de precedentes. Falar, nesse ponto, de standars já sedimentados, seria justificado somente se a decisão levasse em consideração apenas a existência dessa linha de precedentes, mas não a sua correção. Além disso, falar em um aplicação irrefletida seria possível apenas se essa aplicação não ocorresse de forma argumentativa. Os argumentos são a expressão pública da reflexão. Não há, contudo, uma carência argumentativa (ALEXY, 2015. p. 599).

Remanesce ainda a crítica de Habermas, segundo a qual a ponderação conduziria ao colapso da muralha de fogo. Referir-se a um paraplégico, na acepção da corte, fora considerado humilhante e desrespeitoso, subvertendo à dignidade da vítima, sendo, portanto, uma violação extremamente séria. As interferências no direito à

personalidade dificilmente poderiam ser justificadas mediante o fortalecimento das razões para não interferência.

> [...] Os direitos constitucionais ganham sobreproporcionalmente em força na medida em que a intensidade das interferências crescem. Há algo como um centro de resistência. Esse centro de resistência serve para erguer a muralha de fogo que Habermas acredita estar ausente na teoria do balanceamento. Assim, o enfoque do balanceamento resiste a ambas as objeções de Habermas (ALEXY, 2003. p.140-141) [61].

Em relação à crítica de Böckenförde, afirma Alexy ser a ponderação compatível com um grau suficiente de discricionariedade. Para tanto, explica que todos os juízos referentes à intensidade de intervenção e o grau de importância de satisfação de um princípio ocorrem em modelo de três níveis, ou triádico (ALEXY, 2015).

Os três níveis: “leve”, “moderado” e “sério”, podem ser indicados pelas letras “l”. “m” e “s”. A letra “l” pode significar leve, reduzido ou fraco, “s”, além de sério, pode ser elevado ou forte. Nos termos da lei do balanceamento, o que é avaliado como “l”. “m” ou “s” é o grau de não satisfação ou afetação do princípio e a importância da satisfação do outro, ou seja, intensidade da intervenção.

A intensidade de intervenção em um princípio P1 pode ser representada por IP1. Intervenções são sempre concretas. Ademais, no caso concreto, sempre existem circunstâncias relevantes para a decisão. Desta forma, a intervenção em um princípio em uma dada situação (C) pode ser representada por IP_lC.

A segunda grandeza da lei do balanceamento é a importância da satisfação do outro princípio. Isso pode ser expresso da seguinte forma: WP_JC. W representa a importância, P_j o princípio e C a importância do princípio no caso concreto. Porém, ainda é necessário definir qual a importância concreta de P_j. Para demonstrar esta assertiva, uma vez mais, recorre-se ao “Caso Titanic”, em especial, ao termo “aleijado”. Para que se determine a intensidade da intervenção na liberdade de

[61] Explica Alexandre de Castro Coura (2009, p. 146), que: “[...] o centro de resistência” dos direitos fundamentais imune às interferências deve, então, ser fixado de acordo a aplicação do princípio da proporcionalidade em cada caso. Dessa forma, ele afirma que seria erguido o que Habermas designa por “firewall” (escudo protetivo), consistente na garantia deontológica dos direitos fundamentais. A partir dessa consideração, Alexy reafirma as ideias de que os princípios são mandados de otimização” e que a ponderação requerida, nessa perspectiva, é racionalmente realizada através da aplicação da máxima da proporcionalidade”.

expressão, deve se analisar o quanto a proibição de se utilizar a alcunha aleijado e a imposição de pagamento de indenização em dinheiro intervém na liberdade de expressão (ALEXY, 2015).

Por outro lado, para que se determine a importância da satisfação do princípio da personalidade é necessário questionar o que a abstenção ou a não realização da intervenção na liberdade de expressão, ou seja, a permissão de se nominar o oficial como “aleijado”, bem como a não imposição de pagamento de indenização, significaria para a proteção da personalidade. Isso é resumido da seguinte forma: “[...] a importância concreta de P_J é medida a partir da definição de quão intensamente a não intervenção em P_i intervém em P_j” “(ALEXY, 2015, p. 602). Com isso, o contraponto de IP_iC (“importância concreta do princípio P_1) é WP_jC (Importância do princípio P_j no caso concreto).

Passando-se para a ponderação, IP_iC pode ser avaliado com l, m, s (intervenção leve, moderada, séria). WP_jC, também pode ser avaliado como l, m, s (importância leve, moderada, séria). Relacionando-se os dois, é possível determinar três situações em que P_i terá preferência:

(1) IP_iC: s/WP_J C: l
(2) IP_lC: s/WP_J C: m
(3) IP_lC: s/WP_J C: l

Nestas situações, no termos da lei de colisão, vale a relação de preferência (P_l **P** P_J) C. Mas, para esses três casos de precedência de P_i correspondem outros três de precedência de P_J. Quais sejam:

(4) IP_i C: l/WP_j C: S
(5) IP_i C: m/WP_J C: S
(6) IP_l C: s/WP_J C: S

Nesses casos, vale (P_J **P** P_i). Ao lado desses casos, tem ainda os de impasse:

(7) IP_i C: l/WP_JC: l

(8) $IP_i C$: m/ $WP_J C$: m

(9) $IP_i C$: s/ $WP_J C$: s

A partir disso, é possível estabelecer uma fórmula que expressa o peso do princípio sob as circunstâncias de um determinado caso concreto.

$$GP_{i,j} C = \frac{IP_I C}{WP_J C}$$

Existindo mais de um princípio em favor da intervenção em determinado direito fundamental, a fórmula do peso estrutura-se da seguinte forma:

$$GP_{i-n} C = \frac{IP_I C.GP_I A}{WP_J C.GP_J A + \cdots WP_n C.GP_n A}$$ [62]

Alexy denomina esta fórmula de “formula do peso estendida”:

> [...] Sin embargo, com frecuencia, en uno o em los lados, hay vários princípios en juego. Como quiera que incluso en estos casos puede tomarse sólo uma decisión, entonces es necessário relacionar de alguna manera todos los princípios relevantes. La pregunta es si esto puede suceder mediante la introducción de um efecto cumulativo em la fórmula del peso. La versión más simple sería la de una mera acumulacíon aditiva. Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción. Si aquí se admite la acumulacíon adtivia, entonces se obtiene la fórmula del peso extendida (ALEXY, 2008, p. 40-41)[63]

Essa fórmula unifica as leis de colisão e do balanceamento. É a denominada fórmula do peso. “G” representa o peso concreto de P_I sob as circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2015). Pela fórmula, resta claro que o peso concreto de um

---

[62] Essa fórmula faz referência apenas à primeira lei de ponderação que diz respeito apenas ao grau de não satisfação ou de afetação do princípio colidente, já a segunda lei da ponderação (lei epistêmica do sopesamento), que aduz: “Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”, faz menção ao peso da intervenção. O conceito de peso é composto por dois elementos: intensidade da intervenção ($IP_I C$) e o peso abstrato do princípio envolvido ($WP_I A$). Isso, porém, pode ser incorporado à fórmula do peso, mas, para tanto, é necessário que se introduza um símbolo “S” que representa àquilo que as medidas em exame significam para a não realização de um princípio P_1 e para a realização de P_j no caso concreto. Isso pode ser simbolizado por $SP_I C$ e $SP_j C$. A fórmula assume assim, o seguinte formato: $GP_{i,j} C = \frac{IP_I C.GP_I A.SP_I C}{WP_J C.GP_J A.SP_J C}$.

[63] Tradução: Porém, frequentemente, em um ou nos dois lados, há vários princípios em jogo. Nesses casos, é necessário relacionar de alguma maneira todos os princípios relevantes. A pergunta que se faz é se é possível fazer essa relação mediante a introdução de um efeito cumulativo na formula do peso. A versão mais simples seria de uma mera acumulação aditiva. Aqui deve se levar em conta só o lado da restrição. Se aqui se admite uma acumulação aditiva, então se obtém a fórmula do peso estendida.

princípio é relativo. O que determina este peso é o quociente (resultado da operação matemática) entre a intensidade da intervenção e a importância do princípio colidente. Mas isso só pode ser demonstrado por meio da atribuição de números (ALEXY, 2015).

Os números podem ser atribuídos de diferentes formas, mas, bastante instrutiva é a utilização dos valores $2^{0,}$ $2^{1,}$ e 2^{2}, ou seja, 1, 2 e 4. Assim, “l” assume o valor de 1, “m”, o valor 2, e “s” o valor 4 (ALEXY, 2015).

O peso concreto de P_i -($GP_{i,j}C$) surge, então, atribuindo-se na fórmula do peso os valores 1, 2, 4 a IP_1C e a WP_jC. O número é atribuído de acordo com a intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, médio e alto. Nos casos em que P_i tenha precedência, a atribuição dos números faz com que o peso concreto de P_i - ($GP_{i,j}C$) tenha os valores a seguir: s/l=4, s/m=2, m/l=2 (ALEXY, 2015).

Um princípio terá um peso concreto alto, no caso do exemplo (4), quando a intervenção sob a qual se pretende submetê-lo for alta (s), por um motivo pouco importante (l). O peso diminui (2), quando a intervenção ocorre em razão de uma importância média de satisfação dos princípios em colisão (m). O mesmo resultado ocorre, porém, no caso de uma intervenção média (m), para a qual se apresenta uma razão de pouca importância (l). Em todos os casos que P_i tem precedência em relação a P_J o valor de P_i é maior do que 1. Ficando abaixo de 1, P_J terá precedência. P_i só ira superar P_J se: l/s=1/4, m/S=1/2 e l/m=1/2. Nos casos de empate, o peso concreto de P_i é sempre igual.

Os casos de impasse são a razão para a discricionariedade estrutural. Alexy menciona dois casos para demonstrar esta assertiva. O primeiro ficou conhecido como “Caso Stern” [64] e outro diz respeito à decisão proferida pela corte constitucional a respeito da terceirização de mão de obra (JEVEAUX, 2015).

A revista Stern, entre os anos de 1982 a 1983, divulgava reportagens a respeito de um caso investigado pela promotoria de Bonn, que envolvia doações de empresa a

[64]A decisão encontra-se disponível no volume 71, página 206 a 219 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 71, 206 (216-217-219)).

um partido político. Nas reportagens eram feitas citações de depoimentos de testemunhas, interrogatórios, peças produzidas pela defesa, antes, porém, que os autos se tornassem públicos. Essa conduta é punível com pena privativa de liberdade, nos termos do art. 353, d, do Código Penal Alemão (ALEXY, 2015). O juízo de primeiro grau considerou este dispositivo inconstitucional, por entendê-lo não ser suficientemente adequado para alcançar os objetivos por ele almejados, razão pela qual fora apresentada uma prejudicial de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal.

O Tribunal Constitucional identificou dois objetivos do art. 353 do Código Penal. O primeiro seria a proteção dos envolvidos em um processo, que seria obrigatória nos termos do art. 2º, da Constituição Alemã e do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O segundo seria a proteção da imparcialidade dos envolvidos no processo exigida pelo princípio do juiz imparcial, previsto nos artigos 97 e 101 da Constituição Alemã (ALEXY, 2015).

No entanto, para o Tribunal, o problema consistia no fato de que somente a citação textual dos autos do procedimento era punível, mas não uma reportagem ainda mais sensacionalista que utilizasse transcrições contidas nos autos, mesmo que já tivessem se tornado público. Assim, ainda que a proteção por meio de proibição de citação textual seja incompleta e, por isso, pequena e menos eficaz, as liberdades de expressão e de imprensa, garantidas pelo art. 5º, §1º, da Constituição Alemã, são também restringidas em reduzida medida, pois resta para a imprensa a possibilidade de noticiar sem a transcrição contida nos autos (ALEXY, 2015).

O resultado da ponderação perpetrada pelo Tribunal pode assim ser resumido: “[...] A restrição às liberdades do art. 5º, §1º, da Constituição Alemã, não é desproporcional em relação ao que se pretende com ela alcançar: a proteção-certamente pouco eficaz, dos bens jurídicos do art. 353, “d”, 3, do Código Penal” (ALEXY, 2015, p. 607).

O tribunal aceita uma intervenção na liberdade de imprensa como compatível com a constituição, não somente se a importância das razões para a intervenção forem

maiores que a intensidade da intervenção, mas, também quando há uma equivalência, ou seja, um empate l/l.

A desproporcionalidade em sentido estrito configura-se, apenas, quando a importância concreta do princípio fica abaixo da intensidade da intervenção. Assim, somente nos casos de s/l, s/m, m/l. Portanto, em caso de empate, ao legislador é facultado não agir, mas, também é permitido agir. É lhe conferida, desta forma, uma discricionariedade estrutural. Nesse caso, há "[...] uma equivalência entre a margem de ação estrutural do legislador e o direito fundamental acusado de violar o princípio por ele tutelado, hipótese em que não há desproporção a ser corrigida" (JEVEAUX, 2015, p. 143).

> [...] Um segundo significado dessa decisão para a teoria da discricionariedade estrutural decorre de uma observação quase marginal por meio da qual o Tribunal constata que cabe ao legislador decidir se ele deseja escolher uma outra forma de regulamentação que pudesse ser melhor ou mais justa. Uma solução que fosse melhor para a proteção da personalidade e para a integridade da administração da justiça somente poderia ocorrer às custas de uma intervenção mais intensa na liberdade de expressão. Para que essa intervenção de intensidade média pudesse ocorrer seria necessário que o grau de importância da proteção também alcançasse o nível médio. Mesmo uma intervenção mais séria poderia ser justificada se a ela correspondesse um maior grau de importância para a proteção. Isso significa que a discricionariedade estrutural percorre a linha dos impasses (ALEXY, 2015, p. 608).

A discricionariedade pode, então, ser assim resumida: se a razão para a intervenção é tão forte quanto à razão contra ela, a intervenção não é desproporcional, e se as razões favoráveis para não intervenção são tão fortes quanto as razões para proteção, a não-proteção não é desproporcional. Este aspecto cria, então, uma extensa discricionariedade no âmbito dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (ALEXY, 2015).

Outro caso mencionado para elucidar o empate entre princípios diz respeito a uma lei que vedada às empresas de construção civil de terceirizar mão-de-obra coincidente com sua atividade fim[65]. Esta lei fora considerada extremamente interventiva, pois restringia o direito fundamental à liberdade de profissão e de ofício. Assim, uma simples fiscalização seria um meio menos grave de intervenção naquele

[65] A decisão encontra-se disponível no volume 77, página 84 a 110 do repositório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (BVerfGE 77, 84 (110)).

direito. Analisando a colisão entre os princípios da legalidade (lei limitadora) e a liberdade de profissão, a corte constitucional encontrou um terceiro princípio, qual seja o uso de recursos públicos, já que a fiscalização da atividade (opção menos grave) geraria aumento de gastos públicos (JEVEAUX, 2015). O terceiro princípio surgiu, como um espaço de ação normativa do legislador, que, por certo, não se atentou ao fato de que a proibição atenderia não apenas a legalidade, mas também o adequado uso dos recursos públicos.

Alexy expõe ainda que, para alguns, o empate entre princípios seria "[...] uma artimanha" (ALEXY, 2015, p. 609). A resposta para essa objeção seria a elaboração de classificações mais refinadas, baseadas em uma escala mais depurada. Baseado no modelo triádico, constrói-se uma escala mais refinada, basta aplicar os três níveis a si mesmos. Dessa forma, obtém-se um modelo triádico duplo, com nove níveis: (1) ll, (2) lm, (3) ls, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9).

Este quadro é apto a demonstrar que não existem somente intervenções leves (l), moderadas (m) e sérias (s), mas, também, intervenções seríssimas (ss), moderadamente sérias (sm), levemente sérias (ss), intervenções moderadas quase sérias (ms), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas tendendo para o leve (ml); intervenções leve quase moderadas (ls), moderadamente leves (lm) e levíssimas (ll) (ALEXY, 2015). Existem muitos casos nos quais uma escala deste tipo é possível.

Portanto, os direitos fundamentais:

> [...] Não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais- ou seja, impasses reais no sopesamento-, de forma a torna-los praticamente sem importância. **Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do legislativo quanto do Judiciário** (ALEXY, 2015, p. 611) (Grifamos).

Mediante a demonstração de que existe na ponderação discricionariedade estrutural para sopesar, Alexy pretende refutar a crítica de Böckenförde, de que o balanceamento exclui toda e qualquer liberdade do legislador ("Perda da liberdade de conformação política do legislador").

1.6 DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA ORDEM PRÉ-DEFINIDA DAS MÁXIMAS PARCIAIS NO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE[66]

Na teoria alexyana, os direitos fundamentais tem caráter *prima facie*[67]. Assim sendo, qualquer afastamento de proteção a um direito fundamental deve necessariamente ser justificado por meio de uma argumentação jurídica racionalmente adequada[68], ou seja, que declare as razões pelas qual tal direito fora limitado, vez que o aplicador do direito está sujeito à regra segundo a qual "[...] todos os pontos de vista relevantes para determinado caso devem ser levados em consideração" (ALEXY, 2015, p .330).

A partir da análise do art. 5º, §3º, 1, da Constituição Federal que garante liberdade de ação no âmbito artístico, Alexy expõe suas premissas. Essa norma veda intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico (ALEXY, 2015). No entanto, a proibição que se intervenha nesta atividade é apenas "prima facie", pois, se a vedação à prática desta atividade fosse compreendida como uma "[...] regra completa, estar-se-ia diante de um direito irrestringível, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sob o princípio da liberdade artística" (ALEXY, 2015, p. 142). Assim, é necessário que se inclua a esta norma uma cláusula de restrição. A cláusula restritiva pode assim ser expressa:

> [...] São proibidas intervenções estatais na liberdade se elas não tiverem baseadas em uma lei ou não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que, devido às circunstâncias do caso, tenham primazia em face do princípio da liberdade (ALEXY, 2015, p. 143).

---

[66]Não há que se confundir a máxima da proporcionalidade com a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais ou subregras, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a proporcionalidade em sentido estrito, diz respeito à última etapa da ponderação, onde se analisam as possibilidades jurídicas dos princípios em colisão. Assim, quando se fala em procedimento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, refere-se apenas a última fase do balanceamento, ou seja, da etapa de verificação das possibilidades jurídicas. Já o procedimento de aplicação da máxima da proporcionalidade (ponderação propriamente dita), é o que aplica as três máximas parciais. Este último procedimento será analisado, mais detalhadamente, a seguir, já que antes de se proceder ao balanceamento, é que necessário percorrer outras etapas, como por exemplo, verificação da existência de uma real colisão de direitos fundamentais. A exposição neste tópico é, portanto, mais limitada.

[67] O caráter prima facie dos princípios fora abordado nos itens 1.1.1, 1.1.2, 1.2 e 1.2.2 deste capítulo.

[68] Trata-se, portanto, da racionalidade na perspectiva alexyana.

Em outros termos, a cláusula restritiva impõe que a intervenção destinada a fomentar P_2 seja necessária, o que também engloba a exigência de sua adequação, e que P_2 sob as condições do caso (C) tenham primazia diante do princípio da liberdade artística, designada por P_1. No fim das contas, vale a fórmula (P_2 **P** P_1). (ALEXY, 2015). Essa cláusula nada mais é do que as três submáximas da proporcionalidade. Utilizando S para preencher a cláusula, T para intervenção e R para a consequência jurídica, que consiste na proibição constitucional de intervenção na atividade artística, tem-se: T e não-S→R.

Isso demonstra que, na perspectiva Alexyana[69], é necessário, portanto, que no procedimento de aplicação da proporcionalidade a análise da adequação anteceda a da necessidade, que, por sua vez, deve preceder a da proporcionalidade em sentido estrito.

> [...] A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra nem sempre indica análise de suas três sub-regras. Pode dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca da sua necessidade. Por fim nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder a análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34-35).

Um prévio exame das etapas anteriores à proporcionalidade em sentido estrito permite, por exemplo, que uma vez identificada na análise das circunstâncias fáticas que as medidas adotadas são inadequadas ou desnecessárias, que tais sejam

[69] A antecedência no exame das circunstâncias fáticas, em detrimento das possibilidades jurídicas decorre do conceito de norma fundamental por ele desenvolvido e da adoção de uma teoria externa de limitação dos direitos fundamentais.

suspensas, tornando-se, assim, despiciendo o exame das possibilidades jurídicas [70]. Analisar a necessidade e adequação previamente mostra-se relevante, também em virtude da possibilidade de nestas etapas exsurgir a questão da discricionariedade epistêmica[71]. A observância à ordem pré-definida permite, ademais, que se identifique se o caso concreto é ou não uma hipótese de falsa colisão[72] entre princípios.

> [...] Parece-nos que a aplicação de um instituto jurídico como a proporcionalidade, não pode ficar submetida única e exclusivamente ao alvedrio ou capricho daquele com poder para decidir, pois, a sua natureza procedimental, como elemento constituinte essencial do processo decisório inerente as colisões entre direitos fundamentais, impõe ao juiz a necessária observação de uma metodologia para chegar a sua decisão final (MORAIS, 2011, p. 128).

Ressalte-se que a não observância da ordem pré-fixada, além de desvirtuar-se das premissas alexyanas, torna o balanceamento uma espécie de "*katchanga jurídica*"[73]:

> [...] No fundo a ideia de sopesamento, balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas, justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a *Katchanga* real (LIMA, 2008, p. 01).

---

[70] Dai decorre a afirmação de Alexy, que uma vez identificada uma medida inadequada/desnecessária, em regra, declarasse a norma inconstitucional, extirpando-a do ordenamento.

[71] Este assunto fora abordado no item 1.4.2.1 e 1.5 deste capítulo.

[72] Sobre as falsas colisões discorreremos adiante.

[73] Expressão extraída do texto: "Alexy à brasileira ou Teoria da Katchanga", de autoria de George Marmelstein Lima. Disponível em:< https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/> Acesso em: 22.mar.2017. Explica o autor que o termo "Katchanga" fora extraído de uma anedota, assim resumida: Um rico senhor se dirige a um cassino e senta-se sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco de dinheiro daquele homem, perguntou se ele não desejaria jogar. Em resposta, o rico senhor afirmou que só jogava a Katchanga. O dono do cassino pergunta aos demais presentes que espécie de jogo seria aquele. Contudo, ninguém lhe soube responder. Foi então que teve a ideia de designar os melhores jogadores da casa, mesmo sem conhecer as regras, para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, extraíssem o máximo de dinheiro possível do rico senhor. E assim foi feito. Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou: "Katchanga!" E levou todo o dinheiro que estava na mesa. Na segunda mão, a mesma coisa. Katchanga! E novamente o cliente limpou a mesa. Assim foi durante a noite toda. Sempre o rico senhor dava o seu grito de Katchanga e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos jogadores. De repente, um dos jogadores teve uma ideia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, rapidamente gritou com ar de superioridade: "Katchanga!" Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o homem rico, com uma voz mansa, mas segura, disse: "Espere aí. Eu tenho uma Katchanga Real!". E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa.

A falta de rigor técnico na aplicação da máxima da proporcionalidade faz com que se torne:

> [...] Panaceia para tudo. Ele é empregado de forma tão desenfreada que basta o magistrado citá-lo para que se considere pronta a fundamentação de sua decisão. Não é preciso detalhar nada. Se há incidência da proporcionalidade, de certo se cumpriu a exigência do art. 93, IX, de nossa carta atual (CRUZ, 2007, p. 205).

Tem-se, desta forma, que no procedimento de aplicação da proporcionalidade, deve primeiramente proceder-se ao exame da adequação. Uma vez superada esta fase, segue-se a análise da necessidade e, segue-se a proporcionalidade em sentido estrito.

1.7 DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CLASSIFICAR A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY[74]. O PARADOXO METODOLÓGICO

À luz da teoria de Robert Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo seja feito na maior medida possível, considerando-se, para tanto, as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. São, portanto, comandos de otimização[75].

A completa realização do princípio pode ser obstada pela realização de outro, dai decorre a necessidade do balanceamento.

> [...] Como se percebe, Alexy se preocupa em não chamar a própria proporcionalidade de princípio, mas de máxima por três razões simples: 1) a proporcionalidade é um critério de decisão entre princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra em definitivo; 3) a proporcionalidade não entra em colisão com nenhum outro princípio. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser encarada como regra, e não como princípio (JEVEAUX, 2015, p. 134).

---

[74] Neste tópico serão feitas considerações a respeito da classificação da proporcionalidade apenas à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Uma análise mais refinada a respeito da natureza jurídica do instituto requer pesquisa destinada precipuamente a este fim. Ademais, não será analisado o conceito de proporcionalidade no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Eleitoral, no qual, por certo, assume contornos completamente distintos. Por fim, não aventar-se-á considerações a respeito da adequação/inadequação de critérios utilizados para se distinguir regras e princípios. Os assuntos aqui elencados demandam analise em separado.

[75] No tópico 1.1.2 fora exposto o caráter dos princípios como mandamentos de otimização.

Sob a ótica alexyana, a proporcionalidade, composta de suas três máximas parciais, não entra em colisão com outros princípios. Tampouco é concretizada em vários graus, como os princípios.

> [...] A proporcionalidade, desde a teoria estrutural de Alexy, não pode ser concebida enquanto princípio, vez que não produz efeitos de forma gradual, nem sequer é aplicada mediante regras no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas. O próprio Alexy categoriza explicitamente a proporcionalidade enquanto regra, afastando a possibilidade de enquadrá-la como princípio nos termos de sua proposta de modelo normativo (FREIRE, 2005, p. 11).

No entanto, comumente, a proporcionalidade é classificada como princípio.

> [...] a existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível haurí-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais (TOLEDO, 1996, p. 91).

> [...] O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão (BARROSO, 2010, p. 255).

> [...] O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos dos bens jurídicos de qualquer espécie. Assim por exemplo, pode-se fazer apelo ao princípio do campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através da sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas (CANOTILHO, 2000, p. 272).

As regras, por sua vez, são aplicadas por subsunção e expressam deveres definitivos. Essa sucinta retomada de conceitos já expostos anteriormente serve precipuamente para explicitar que em Alexy a classificação da norma como princípio dá-se exclusivamente em virtude de sua estrutura normativa.

O conceito de princípio é, nessa perspectiva, axiologicamente neutro.

> [...] Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do nulla poena sine lege, em princípio da legalidade, princípio da anterioridade entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras (SILVA, 2003, p. 613) [76].

Isso se torna relevante, pois, frequentemente, classifica-se a proporcionalidade como "[...] 'princípio dos princípios', verdadeiro *principium* ordenador do direito" (GUERRA FILHO, 2008, p. 614).

> [...] O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio-jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral) (CUNHA, 2000, p. 51).
>
> [...] Revela-se não só um importante- o mais importante, como em seguida proporemos- princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral (GUERRA FILHO, 2008. p. 609).

Nesse ponto, se se classifica a proporcionalidade de acordo com a fundamentalidade, faz-se necessário explicitar qual o critério de classificação de princípio esta se adotando, vez que, para Alexy, a fundamentalidade não é critério para se classifique uma norma como princípio. Classificações ou são metodologicamente coerentes ou são "[...] contraditórias, quando são misturados, por exemplo, diversos critérios distintivos, e por isso pouco ou nada úteis" (SILVA, 2003, p. 614)[77].

---

[76] Neste item, não aventar-se-á considerações a respeito da adequação/inadequação de critérios tradicionalmente utilizados para se distinguir regras e princípios, apenas será demonstrado que a depender da classificação, torna-se incompatível com o conceito de princípio de Robert Alexy.

[77]Tem-se o que Virgílio Afonso da Silva denomina de sincretismo metodológico. In: SILVA, Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos. Disponível na **Revista Latino Americana de estudos constitucionais, nº 1,** ano, 2003. Como exemplo desse sincretismo, pode se mencionar, ainda, a "[...] a recepção da distinção entre regras e princípios proposta por Alexy e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Müller. Um dos traços fundamentais da teoria de Müller é a separação entre programa da norma e âmbito da norma, separação que visa, nas palavras do próprio Müller, a superar a concepção positivista segundo a qual a aplicação do direito seria um mero processo de subsunção do fato a uma norma preexistente a esse mesmo fato. Mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a rejeição expressa do sopesamento

> [...] Ora, diante dessa complexidade de critérios doutrinários a respeito de como se pode caracterizar os princípios de direito, quais seriam as funções do mesmo em um determinado ordenamento jurídico e quais as diferenças entre estes e as demais normas dessa mesma ordem jurídica, parece-nos haver uma forte ausência de coerência teórico-argumentativa nos posicionamentos que denominam a proporcionalidade como princípio, sem ao menos identificar qual a definição de princípios adotada por quem assim a classifica e quais as características dos princípios poderiam permitir essa classificação (MORAIS, 2011, p. 103).

Ademais atribui-se à proporcionalidade duplo caráter. Tratam-na como norma procedimental e princípio concomitantemente. Nessa perspectiva,

> [...] Debaixo de certos aspectos a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes...(p. 399) (proporcionalidade como regra).
>
> [...] Em rigor, não pode tais fins contrariar valores e princípios constitucionais, um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e a essência mesma do Estado de Direito (p. 400) (proporcionalidade como princípio constitucional implícito).
>
> [...] Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo um princípio geral de direito. (p. 401) (proporcionalidade como princípio geral de direito) (BONAVIDES, 2004, p. 399-401)[78].

Em sentido análogo são as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 121), que entendem ser a proporcionalidade princípio de interpretação constitucional e norma princípio, simultaneamente:

---

como método de aplicação do direito. Segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de sugestionamento linguístico, pré-compreensões mal esclarecidas e envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos, cujo resultado não passa de mera suposição. A distinção entre regras e princípios tem como uma de suas principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplica-los. Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de serem incompatíveis, sejam, defendidas no Brasil, como se complementares fossem? Responder a essa pergunta é tarefa difícil, já que não se costuma deixar clara a forma de harmonizar ambas as teorias, sendo elas apenas apresentadas, ficando apenas implícito o caráter complementário delas" (SILVA, 2003, p. 626).

[78] Paulo Bonavides, explica que não definir a natureza da proporcionalidade, mostra-se prudente e cauteloso. Explica, citando o alemão: L. Hischberg, que arrimar posição quanto a este assunto representa: "[...] risco de graves mal entendidos ou ambiguidades derivadas de linguagem, nem sempre clara, uniforme ou inequívoca, relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto a proporcionalidade" (BONAVIDES, 2004, p. 406). Em sentido similar, manifesta-se Luís Roberto Barroso, segundo o qual não é necessário "[...] investir energia nesse passo, na questão de ser a proporcionalidade um princípio (terminologia dominante, que aqui é adotada), uma máxima (terminologia adotada por Alexy), uma regra (seguida por Luís Virgílio Afonso da silva) ou postulado normativo aplicativo (Humberto Ávila) (BARROSO, 2009, p. 257).

> [...] O princípio da proporcionalidade, em essência, consubstancia um pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação legislativa, inclusive a de nível constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

À luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, a proporcionalidade, composta de suas três máximas parciais, não entra em conflito com outros princípios e não é concretizada em vários graus, como os princípios.

> [...] Robert Alexy critica a terminologia princípio da proporcionalidade, chamando atenção para o fato de que esse instituto não é um princípio propriamente dito, mas uma máxima (regra). A cultura jurídica alemã, assim como a brasileira, não emprega o termo princípio de forma unívoca. É usual que chamemos de princípio qualquer norma desde que ela seja ou muito importante ou de aplicação muito genérica-e Alexy critica duramente essa tendência a chamar a de princípios todas as regras que tenham alto grau de generalidade (COSTA, 2008, p.152-153).

Se a proporcionalidade em Alexy é aplicada como norma metodológica (BUSTAMANTE, 2012), ou seja, como método procedimental a ser observado nas hipóteses de colisões entre princípios, que tem a função de aferir no caso concreto as consequências fáticas e jurídicas, não há como classificá-la concomitantemente como regra e princípio.

A classificação da proporcionalidade como princípio e regra contribui para que seja o “instituto jurídico Bombril” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 324), pois, com mil e uma utilidades jurídicas, sua utilização se aplica para inúmeras hipóteses, que vão desde o afastamento de uma multa tributária por ser “desproporcional” até a ponderação de princípios.

Ademais, adotando-se duplo caráter para a proporcionalidade (regra e princípio), abre-se espaço para que uma simples menção à proporcionalidade justifique a decisão judicial[79].

---

[79] Afirma Daniel Sarmento (2006, p. 200) que: “[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua

Assim, ao menos sob a ótica de Alexy, a proporcionalidade não pode ser classificada, simultaneamente, como princípio e como uma regra procedimental, tampouco como princípio isoladamente considerado.

Em sentido contrário, uma vez admitida a proporcionalidade como princípio, não há que a utilizar como "[...] método que especifica as variáveis que devem ser ponderadas, segundo o qual se explicitará como a ponderação foi feita pelo julgador, indicando a qual elemento foi atribuído maior peso" (BRASIL JÚNIOR, 2007, p.111). Ter-se-ia, na hipótese de alocação da proporcionalidade concomitantemente como princípio e regra a ser aplicada em casos de colisões entre direitos fundamentais, um paradoxo metodológico[80].

1.8 DO PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO

Para que a ponderação seja devidamente justificada, à luz de Alexy, é necessário que primeiro se verifique se o caso em análise trata-se efetivamente de uma real colisão de direitos fundamentais, já que, existindo precedente ou regra aplicável ao caso, não será caso de balanceamento.

---

retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser".

[80] Os princípios na ótica alexyana não contém um mandamento definitivo e expressam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Em um dado caso concreto nem sempre incidirá o que o princípio exige. O comando que ele dispõe, portanto, não é definitivo. Eles não dispõem da extensão de seu conteúdo a depender do caso. Como exemplo de princípio tem-se o inciso IV, do art. 170, da CF/88: "A ordem econômica, deve observar a livre concorrência". Já as regras por sua vez contêm determinações, se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Como regra pode-se mencionar o art. 242, II, CF/88: "o colégio Dom Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal". Se se classifica a proporcionalidade como princípio, em caso de colisão entre, por exemplo, dois princípios P1 e P2, recorrer-se-ia, nesta perspectiva, a um terceiro princípio P3, qual seja a proporcionalidade, o que seria inadmissível, pois, esta por ter-lhe sido atribuído caráter de princípio, não seria apta a fornecer critérios para que tal impasse fosse solucionado. Ademais, da aplicação da proporcionalidade é possível extrair a Lei de colisão, que, por sua vez, fixa uma regra: Se um princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra, que tem R como consequência jurídica. Ou seja, é possível se extrair após a aplicação da proporcionalidade uma regra R que deverá ser observada, sempre que presentes as condições C, o que não seria possível caso fosse classificada como princípio. Ademais, se a proporcionalidade for norma princípio, será dotada de imperatividade, se for método de interpretação, não terá qualquer imperatividade. Dessa forma, não há como um dispositivo ser ao mesmo tempo destituído de imperatividade e ter normatividade.

Sendo hipótese de colisão, passa-se à aplicação da regra da proporcionalidade, devendo o procedimento iniciar-se necessariamente pela etapa da adequação, em seguida pela necessidade. Nesse sentido, tem-se que a máxima (regra) da proporcionalidade e a proporcionalidade em sentido estrito (máxima parcial) não se confundem.

A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais ou sub-regras, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já o procedimento de aplicação da máxima da proporcionalidade (ponderação propriamente dita), é o que aplica as três máximas parciais.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à última etapa da ponderação, onde se analisam as possibilidades jurídicas dos princípios em colisão. Assim, quando se fala em procedimento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, refere-se apenas a última fase do balanceamento, ou seja, da etapa de verificação das possibilidades jurídicas, para que se identifique no caso em análise qual princípio terá precedência. Uma vez realizada a ponderação, é necessário que dela decorra uma regra ("lei de colisão") que será aplicada sempre que se estiver diante das mesmas condições fáticas[81].

Sendo assim, tem-se, portanto, que o balanceamento deve observar três fases distintas: i) fase prévia; ii) aplicação da máxima propriamente dita e de suas submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e iii) universalização da decisão tomada por meio da proporcionalidade a outros casos idênticos.

[81] [...] Para solucionar as denominadas colisões de direitos não basta uma alusão genérica à técnica da ponderação. É preciso uma ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações, ou melhor, de uma regra que nos diga como ponderar. É este o terreno da máxima da proporcionalidade, que aparece como o principal comando para otimizar princípios jurídicos. A argumentação jusfundamental se diferencia da argumentação jurídica ordinária pelo fato de colocar a máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais...Sua fundamentação, em tornos dogmáticos, está na própria existência de princípios jurídicos (BUSTAMANTE, 2012, p. 273).

1.8.1 Da fase prévia

Na fase que antecede ao balanceamento e, consequentemente, à aplicação da proporcionalidade, deve se primeiramente verificar se para o caso em análise existe no ordenamento jurídico solução positivada ou precedente aplicável à hipótese. Inexistindo, ainda é necessário que se verifique a existência de uma real colisão entre direitos fundamentais.

Alexy propõe que se inclua no âmbito de proteção dos direitos fundamentais tudo aquilo que "[...] milite em favor de sua proteção". Essa "ideia exige, portanto, uma teoria ampla do suporte fático" (ALEXY, 2015, p. 322).

> [...] Nesse sentido, a teoria ampla contém um feixe de regras que se referem às diferentes formas dessa inclusão. Menciono aqui apenas duas especialmente importantes: (1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que-considerada isoladamente-seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa se outras características estiverem presentes; e (2) no campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas (ALEXY, 2015, p. 322).

Considerando, no entanto, que um modelo como este aumentaria o número de casos cuja solução deveria ser encontrada por intermédio de um balanceamento entre uma razão- no âmbito do suporte fático-para proteção constitucional e uma razão- no âmbito das restrições contrárias a essa proteção, propõe que a teoria ampla do suporte fático conduza a um modelo em dois âmbitos (ALEXY, 2015).

O primeiro âmbito é o dos casos de potenciais colisões e o segundo é o âmbito das reais colisões. Sempre que um princípio for relevante, em tese será caso de uma potencial colisão:

> [...] Um exemplo disso é a proibição de furto. O indivíduo tem a sua liberdade geral de ação restringida por essa proibição. A liberdade geral de ação é prima facie constitucionalmente protegida pelo princípio da liberdade de ação. No caso do furto esse princípio é, sem dúvida, corretamente superado por princípios colidentes. Ele é, portanto, um caso meramente potencial de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 328).

Ainda que seja um caso meramente potencial de colisão, não deixa de ser um caso de direito fundamental, razão pela qual o ordenamento jurídico assume o caráter de

um sistema abrangente de soluções para colisões entre direitos fundamentais (ALEXY, 2015). Os casos potenciais integram o verdadeiro âmbito dos problemas de direitos fundamentais e na argumentação desses direitos, que é o âmbito dos casos reais de colisão.

O âmbito dos casos reais de colisão é o que abarca tudo aquilo que é duvidoso e polêmico, está apoiado naquele primeiro, no qual se inclui a massa daquilo que é livre de dúvidas e consensual (ALEXY, 2015). Assim, o balanceamento só pode ser efetuado se, e somente se, estiver diante de uma real colisão entre direitos fundamentais[82].

Alexy afirma, ademais, que não é possível efetuar o balanceamento quando já há uma restrição definitiva ao direito fundamental, imposta pelo próprio constituinte.

> [...] A cláusula "pacificamente e sem armas", pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos prima facie decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem nesse sentido, a natureza de regra. Mas, por trás do nível da regra, o nível do princípio mantém sua importância. Se está claro que uma reunião não é pacífica, ela não goza da proteção do art. 8º. No entanto, para se avaliar se uma reunião não é pacífica é necessária em todos os casos duvidosos, uma interpretação do conceito de não-pacificidade...Os problemas suscitados pelo caráter restritivo da cláusula pacificamente e sem armas, fundam-se essencialmente no fato de que essa cláusula é uma parte do enunciado que garante o direito fundamental (ALEXY, 2015, p. 288).

Nesse caso, o próprio legislador constitucional "[...] fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia de fazer" (NOVAIS, 2006, p. 51). Nesse caso, tanto o legislador infraconstitucional quanto o juiz estão vedados de construir novas limitações a partir de ponderações que a constituição não cogitou (BRANCO, 2009).

---

[82] Alexy reconhece, contudo, que "[...] o mais importante no modelo em dois âmbitos é o fato que a inclusão em um ou outro desses âmbitos não é algo que possa ser decidido de forma definitiva. Se houver alguma dúvida, um caso pode deixar o âmbito do induvidoso, ou seja, o âmbito dos casos potenciais; da mesma forma, o outrora duvidoso pode, por meio de decisão, argumentação e/ou práxis, deixar o âmbito dos casos reais e voltar a ser um caso potencial. A possibilidade de se ultrapassar uma fronteira de um lado para outro deve permanecer aberta em ambos os sentidos. Não se deve evitar por meio de uma concepção restrita do suporte fático, que o caso se torne um caso real de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 329).

Assim, em se tratando de uma restrição definitiva estabelecida por uma regra constitucional e de um caso de mera potencial colisão entre direitos fundamentais, não será possível submetê-las ao procedimento da proporcionalidade.

1.8.2 Da aplicação das submáximas da proporcionalidade e da universalização decorrente do balanceamento

Aplicada à máxima da proporcionalidade, que deverá necessariamente começar pela verificação do âmbito das possibilidades fáticas-adequação e necessidade-sempre nessa ordem, e finalizar com a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, identificar-se no caso em análise o princípio que terá precedência.

Da ponderação decorre uma regra ("lei da colisão"), que será aplicada sempre que se estiver diante das mesmas circunstâncias fáticas. Isso porque, de acordo com a essa lei: "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência". "Se um princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C [(P1 **P** P2)] e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem como C o suporte fático e R como consequência jurídica: C→R.

> [...] Desta lei de colisão pode derivar também uma outra afirmação correlata que é crucial para compreender o fenômeno dos conflitos normativos: as regras, se racionalmente justificáveis, resultam de uma ponderação de princípios...**Toda regra tem de ser formulada em uma linguagem universal...Essa relação de princípios e regras está pressuposta na Teoria de Alexy e deve ser preservada se se quiser vincular a teoria dos princípios ao discurso prático geral, como pretende Alexy. Com efeito a vinculação entre a teoria dos princípios e o discurso prático geral é um aspecto nuclear de sua teoria. É por essa via que se estabelece uma teoria da argumentação, que converte o modelo de ponderação de um modelo de decisões acerca do peso dos direitos fundamentais em um modelo de fundamentação, ou seja, de um modelo voluntarista em que a ponderação pode ser apresentada como o resultado de uma simples decisão em um modelo onde as regras adscritas de uma disposição de direito fundamental podem ser apresentadas como o resultado de um processo argumentativo** (BUSTAMANTE, 2010, p.156). (Grifamos).

Assim, todas as vezes que princípios colidirem sob as mesmas circunstâncias fáticas, o caso não será mais de colisão entre princípios, mas sim de observância a uma regra (R) já fixada anteriormente.

2 BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS A RESPEITO DA MUDANÇA DE PARADIGMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O NOVO CPC COMO EIXO DO PROCESSO NACIONAL

O Código de Processo Civil de 1973, ou "Código Buzaid", estava inserido em uma concepção significativamente positivista. O sistema processual por ele concebido era estritamente fechado com previsões normativas rígidas e poucas cláusulas gerais.

> [...] Essa insistência em estabelecer conceitos e definir institutos processuais está ligada aos velhos paradigmas pandetísticos da autonomia do direito e do papel sistematizante da ciência jurídica. Quase uma defesa contra o bartolismo, típico da tradição luso-brasileira, que era corrente na jurisprudência brasileira na época em que Buzaid elaborou o projeto, verificando-se então grande abertura para a doutrina nos pronunciamentos judiciais (OLIVEIRA, p. 2).

O CPC/73 aduzia, desta forma, uma nítida concepção liberal, tendo como valor supremo a segurança jurídica. Como decorrência desta visão, poucos eram os dispositivos que se referiam a demandas de caráter social e coletivo (MAZZEI, 2014). O direito processual constitui a expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, inerentes a determinada sociedade. O Código de 1973 mostrou-se, no entanto, destoante frente à realidade na qual estava inserido. A discrepância tornou-se mais clara com a promulgação da constituição de 1988:

> [...] Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que a seguiram infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro espírito de cidadania. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com as expectativas de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas. Diante desse fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário... E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem duvida, maior judicialização dos conflitos (TUCCI, 2015, p. 55).

Não apenas o advento de uma nova ordem constitucional fora decisiva para a mudança de paradigma[83] do processo civil, mas, também, a criação dos

[83] Explica Alexandre de Castro Coura (2009, p. 42), que: "[...] segundo Habermas, um paradigma jurídico delineia ou conforma uma determinada concepção de sociedade, a fim de explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados, para que possam

microssistemas de processo coletivo advinha com o Código de Defesa Consumidor, bem como as diversas alterações introduzidas no próprio CPC/73 em virtude das reformas que lhe foram implementadas, como, por exemplo, a decorrente da Lei 11.232/2005.

> [...] Vale notar que, de um modo geral, afirma-se que com a Carta Magna de 1988, o direito processual passou por um processo de reformulação que não só adotou novos instrumentos legais (como é o caso do mandado de injunção), como também potencializou outros já existentes (em exemplo a ação popular). No entanto, houve, tímida abordagem científica sobre os efeitos da Carta Política de 1988 acerca de institutos processuais forjados em períodos em que a democracia estava longe de estar instalada, marca efetiva das codificações processuais de 1939 e de 1973..tal missão reclama a análise dos paradigmas constitucionais (alguns já previstos antes da Carta de 1988 e outros inseridos como novidades), expressados através de princípios, pois estes, além de nortear nova inspiração para o legislador ordinário, conformaram o direito infraconstitucional vigente (açambarcando, assim, o direito processual como um todo), eis que este não pode substituir à margem das diretrizes, sob pena de não recepção. Não resta dúvida que as bases constitucionais em que se repousam o Estado Democrático de Direito e as garantias que lhe são inerentes deveriam ser imediatamente absorvidas pelo sistema legal vigente, ou seja, são autoaplicáveis como regra, pois não se pode pensar em represar a norma constitucional por falta de disciplina da legislação infraconstitucional, exceto se assim constar de forma clara do diploma magno (MAZZEI, 2014, p. 199).

Nos quadros de uma democracia participativa, retomada com o advento da CRFB/88, o processo civil passou-se a orientar, portanto, por um novo paradigma, qual seja, o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

> [...] O conceito de paradigma possibilita explicar o desenvolvimento do conhecimento humano como um processo de rupturas, mediante a tematização e explicitação de aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensão e visões do mundo, em vez de um mero acúmulo e conclusões sequencialmente coerentes. O segundo aspecto, por outro lado, correlaciona-se, às obvias simplificações das quais a noção de paradigma padece, mas que são válidas, na medida em que viabilizam a apresentação de tais grades seletivas gerais, pressupostas e compartilhadas, em determinadas sociedades, de forma tendencialmente hegemônica, por certos períodos de tempo e em contextos determinados. No âmbito jurídico, as discussões acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, recorrentemente associadas à exigência de legitimidade das decisões judiciais, também correspondem a reflexos de concepções paradigmáticas. Como visto, toda interpretação, bem como qualquer atividade humana, vincula-se, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado (COURA, 2009, p. 42).

---

cumprir naquele dado contexto, as funções que lhe são normativamente atribuídas, orientando, assim, o projeto de realização de uma comunidade jurídica".

Nesse contexto, pautando-se neste paradigma jurídico, elabora-se, então, uma nova codificação processual civil, aprovada em março do ano de 2015, entrando em vigor no dia 18.03.2016.

> [...] O novo Código de Processo Civil foi elaborado, desde a sua primeira versão-anteprojeto apresentado ao Senado, e assim se manteve até final aprovação-com a finalidade de atender aos anseios da população em geral. Priorizar a rapidez, a isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descurar das garantias processuais constitucionais, tendo com meta inafastável um resultado necessariamente justo. Para alcançar este desiderato, o novo Código de Processo Civil, logo no Livro I, criou uma parte geral com um título único, "Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais", contendo dois capítulos. O primeiro trata das normas fundamentais do processo civil e o segundo da aplicação das normas processuais. Esta importante inovação trouxe para a parte inicial do Código as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil-ressalva merece ser dada para o caráter não taxativo deste rol. Todos os demais livros, com seus respectivos títulos e capítulos, foram desenvolvidos a partir destes vetores normativos, podendo-se afirmar que existe uma relação direta entre eles (CARNEIRO, 2015, p. 57).

Ressalte-se, porém, que o novo código, embora regido por um novo paradigma, não representa uma total ruptura com a ordem jurídica passada, isso porque o CPC/15 foi elaborado a partir de uma perspectiva de recodificação (MAZZEI, 2005) [84].

---

[84] "[...] Recodificação, ao revés da descodificação, implica em reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da codificação. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela recodificação, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a recodificação é compatível com a preservação de disposições do texto revogado, ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na recodificação o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em dialogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio as posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a recodificação tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16)". MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 67-68. Na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, o legislador registrou de forma inequívoca, a adoção de uma perspectiva de recodificação, conforme se depreende de trecho extraído da exposição de motivos: "Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos 1992 até hoje, criou-se um Código Novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas, um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência...Em suma para elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados". Disponível em: < http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 22.mar.2017.

Diversas foram às alterações. Dentre as quais se destacam: a inserção de um dever de cooperação entre partes (art. 6º), reconfiguração do contraditório (art. 10º) e do dever de fundamentação das decisões (judiciais), codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de competência (IAC), extinção do agravo retido, alteração de prazos processuais, inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, de um modelo de precedentes[85], delineado art. 926 e seguintes e de um capítulo com normas processuais fundamentais, composto de 15 (quinze) artigos-do 1º ao 15.

> [...] Há um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de Direito processual fundamental ou Direito processual geral. A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis. Uma parte dessas normas fundamentais decorre diretamente da Constituição Federal-é o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental constitucional. A outra parte decorre da legislação infraconstitucional, mais especificamente do Código de Processo Civil, que dedica um capítulo inteiro a essas normas (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 62).

As normas fundamentais constituem, portanto, um eixo normativo a partir do qual o direito processual deve ser interpretado, aplicado e estruturado.

---

[84] Na exposição de motivos do Código de Processo Civil ressalta o legislador que “muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, para deixar o código expressamente adequado à Constituição Federal da República, garantindo assim um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”. Disponível em: < http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 22. mar.2017.

[85] Sem imiscuir-se na polêmica inerente a nomenclatura, tema este, que por si só, demandaria análise em separado, adota-se a expressão “precedentes” para se referir-se ao rol de provimentos judiciais elencados no art. 927 do CPC/2015 e seguintes, com força vinculante, que os juízes e tribunais devem observar ao proferirem decisões, para que a “jurisprudência” se mantenha estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926, do CPC/2015. Apenas para mencionar a problemática em torno do tema, dentre outros, afirmam Lênio Luis Streck e Georges Abboud inexistir “Sistema de Precedentes”, existindo, contudo, um conjunto de provimentos judiciais legalmente vinculantes (In: “O que é isto- o sistema (sic) de precedentes no CPC”?. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 22 mar. 2017). Para Hermes Zaneti Júnior, há que se falar “Precedentes Normativos formalmente Vinculantes” (Confira-se: “O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes”. Ed: Juspodivm, 2016). Luiz Guilherme Marinoni adota a terminologia “precedentes judiciais”. (Vide: Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015). Registre-se, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), por outro lado, parece entender que com o advento do novo CPC, há que se falar em um “microssistema de Precedentes”. É o que se extrai dos enunciados 459 e 460, respectivamente: “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o *microssistema* de formação dos precedentes”, e, “O *microssistema* de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação do amicus curiae”. Esta rápida menção, feita aqui em nota de roda-pé, a algumas das variadas nomenclaturas utilizadas pela doutrina, ilustra parte da polêmica envolvida na temática em questão.

> [...] O CPC é a lei processual infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional. O CPC/2015 é norma nova e não é mera alteração cosmética, significa uma mudança profunda de paradigmas. A ausência de normas específicas que regulem os demais processos eleitorais, trabalhistas, administrativos, penais etc., atrai a aplicação supletiva e subsidiária do CPC (art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP). Considerando o sistema processual como um todo o CPC compõem o núcleo, entorno do qual gravitam os demais ordenamentos processuais. Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação. O CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re) Codificação, portanto, permeável, plástico e adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. Aplica-se, igualmente, o diálogo de fontes entre o CPC e os demais diplomas processuais, naquilo que faltar ao CPC. A aplicação do CPC é, portanto, transetorial (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 461) [86].

O art. 15 do CPC/15, ao aventar que as disposições do Código serão aplicadas supletiva e subsidiariamente: "[...] Opera em ambas as dimensões: tanto supre lacunas quanto serve de subsídio a casos em que a lei específica não se mostra constitucionalmente adaptada à situação concreta" (KOURY, 2012, p. 257).

Assim, percebe-se que o Código de Processo Civil de 2015 funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção[87] (MAZZEI, 2016) [88].

---

[86]Explica Rodrigo Reis Mazzei (2016, p. 528) que: "[...] A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. A premissa é falsa, pois, o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Note-se que para encaixe do novo CPC como fonte (supletiva, subsidiária e residual), deve se entender que não basta que ocorra a omissão no diploma externo a esse, mas que a regra que se pretende exportar seja também compatível com o diploma de recepção. No particular, o art. 769 da CLT possui superfície redacional que permite desvendar melhor os contornos no art. 15, pois seu desenho é mais claro que o dispositivo do direito processual comum... Ademais, a falta de referência expressa do art. 15 do CPC/15 em relação ao processo penal se torna mais simples de superar ainda na medida em que o art. 3º, do CPP prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica. Há que se distinguir, contudo: interpretação analógica, interpretação extensiva e analogia". Sobre a aplicação do CPC/15 ao processo penal, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 525-553.

[87] Tal quadro fica mais evidente a partir de vários dispositivos no novo CPC, como por exemplo, o art. 771 (que faz comunicação com todas as leis que tratam da execução) ou art. 1.072 (que trabalha com rol de revogações de outras legislações, para que o processo comum seja melhor encaixado e compatibilizado com outros diplomas).

[88] Embora o novo código de processo civil oriente-se por um novo paradigma e tenha positivado diversos institutos que possibilitem a coletivização de demandas, como por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), insculpido nos arts. 976 e seguintes, necessário se faz

2.1 OS ARTIGOS 8º E 489, § 2º[89], DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os arts. 8º e 489, § 2º, do CPC/15, ao aventarem, respectivamente, que o juiz ao "aplicar o ordenamento jurídico deve observar a proporcionalidade", e que ao julgar, "em caso de colisão entre normas, justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão", remetem, *prima facie*[90] à Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy[91].

---

reconhecer, que não há nenhum livro ou capítulo destinado a regulamentar precipuamente o processo coletivo e as diversas questões que lhe são inerentes. "[...] A verdade é que, apesar da dita preocupação coletiva do CPC de 2015, houve na verdade ausência de disciplina do processo coletivo". O CPC de 2015 muito bordejou o processo coletivo — ele se remeteu ao sistema da tutela coletiva das leis especiais (art. 139, X), criou o IRDR (arts. 313, IV, 928, I, 921, I, 976), tentou criar o incidente de transformação da lide individual em coletiva (art. 333, vetado), previu a reclamação da parte ou do Ministério Público para garantir a observância de súmula ou de acórdão proferidos em IRDR e em incidentes de assunção de competência (art. 985, § 1º, e 988, IV)... E por que, exatamente, o processo coletivo deveria ter sido disciplinado no novo processo civil? Primeiro pelo lugar que assumiu no Direito brasileiro, se não a partir da Lei n. 7.347/1985, ao menos a partir da Constituição de 1988, daí sua importância, ao servir como meio fundamental de acesso à Justiça para grupos que não teriam como ver reparadas suas lesões por meio de ações individuais, que são custosas, de decisão contraditória, e frequentemente levam ao abandono do direito. Depois, porque ele tem peculiaridades que não podem ser resolvidas pelos mecanismos clássicos do processo individual, como a conflituosidade de grupos (não se trata apenas de conflito de autor contra réu, mas muitas vezes de conflitos entre grupos sociais que se contrapõem), como a legitimação para agir (pois quem invoca a prestação jurisdição não é o titular do interesse a ser defendido), como a destinação do proveito obtido (que não se destina a integrar o patrimônio das partes formais do processo coletivo), como a coisa julgada (que pode ultrapassar as partes formais do processo). E, sobretudo, numa nova disciplina codificada, além de promover pela primeira vez a harmonia adequada e sistêmica entre os processos individuais e o processo coletivo — coisa que jamais se fez até hoje —, ainda se deveria buscar mais: muitas imperfeições atuais do processo coletivo poderiam e, sobretudo, deveriam ser corrigidas. Assim, ao proceder à revisão supostamente completa do processo civil brasileiro, é injustificável que o novo código de 2015 não tenha um livro, um título ou sequer um único capítulo sobre a tutela coletiva, com que tanto se preocupara o constituinte. O CPC de 2015 não só omitiu a disciplina global do processo coletivo, como ainda perdeu a oportunidade de corrigir os graves erros existentes.... Não dá para imaginar que, em pleno Século XXI, se faça um novo Código de Processo Civil, e não haja um livro, um título, um capítulo sequer para disciplinar a mais importante realidade de hoje do processo civil, que é a tutela coletiva. Em conclusão, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe alguns institutos notáveis, alguns dos quais vão realmente melhorar a distribuição da Justiça; contudo, no tocante ao processo coletivo, decepcionou. Não correspondeu às expectativas: de um lado, omitiu-se na disciplina do processo coletivo, e, de outro lado, nos poucos dispositivos que dedicou esparsamente a ele, foi insatisfatório e, em vários casos, instituiu dispositivos inconstitucionais. No tocante à tutela coletiva, o novo código já nasceu velho — e deverá ser refeito, pois um código de processo civil moderno não pode ignorar a disciplina da tutela coletiva (MAZZILLI, 2015, p. 15-19, 21-23).

[89] Art. 8º: "Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

[89] Art. 489: "São elementos essenciais da sentença:...§2º: No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

[90] A utilização do termo "*prima facie"* no parágrafo, não se confunde e não se relaciona com o caráter prima facie das regras e princípios desenvolvidos por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, e, exposto no tópico 1.2.2 dessa dissertação. Adiante será demonstrado, que tanto a

> [...] O código de Processo Civil da Lei 13.105/2015 consolida o retorno do direito processual à teoria do direito ao abandonar a visão tecnicista do processo como alheio as mudanças culturais e filosóficas que afetaram a nossa ciência...prova disso é que uma leitura do **Código demonstrará a incorporação da terminologia de Robert Alexy, quando determinou-se que "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade e a eficiência (art. 8º) e que no caso de colisão entre normas (normas princípios), o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão** (art. 489, §2º) (ZANETTI JR; PEREIRA; 2016, p. 13) (Grifamos).

Em sentido similar, manifesta-se Flávio Tartuce (2016, p.1):

> [...] O novo CPC consagrou expressamente um mecanismo importante para solução de problemas jurídicos qual seja, a técnica de ponderação de princípios. O seu artigo 489, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece que no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. **A sistematização dessa ideia de pesagem ou sopesamento remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da universidade de Kiel Alemanha. Parece-nos que foram as lições do jurista que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no CPC/2015.** (Grifos nossos).

Lênio Streck (2016, p. 689) também pressupõe que o Código de Processo Civil remete à teoria alexyana. Para tanto, ao referir-se ao artigo 489, §2º, afirma que:

"proporcionalidade", como a "ponderação", ainda que sejam conceitos extraídos da teorização alexyana, podem também, mesmo que com distintas acepções serem encontrados em outras teorias. Soma-se a isso o fato de que o próprio CPC/15 não adotou irrestritamente a teoria de Robert Alexy. Assim, é que se afirma, que os artigos 8º e 489, §2º, CPC/15, incorporaram, apenas *prima facie,* as teorizações de Robert Alexy.

[91] Ressalte-se que, embora, se afirme que estes dispositivos tenham incorporado *prima facie* as teorizações de Robert Alexy, não se pode extrair como decorrência lógica dessa afirmação, a assertiva que o CPC/15 adotou de forma forte, ampla e irrestrita a teoria alexyana. Análises mais aprofundadas a respeito da matriz teórica adotada pelo novo código desvirtuar-se-iam e ampliariam demasiadamente o objeto da pesquisa aqui proposta. Sobre esta temática, registre-se o posicionamento de Hermes Zaneti Jr (2016, p. 13), segundo o qual, o CPC, é união de duas tradições filosóficas distintas, qual seja a analítica e a hermenêutica. "[...] O código de processo civil estabeleceu um dever de fundamentação adequada de cariz analítico no art. 489, §1º e 2º, além de deveres de coerência e integridade de cariz hermenêutico para as decisões judiciais no art. 926...Prova disso é que uma leitura do código demonstrará a incorporação da terminologia de Dworkin (hermenêutica) ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926). Também foi prevista a terminologia de Robert Alexy (Arts. 8º e 489, §2º). Está finalmente superado o paradoxo metodológico que afligiu a justiça brasileira, ter uma justiça civil ampla e uma legislação processual voltada para o modelo europeu...a decisão judicial tem um duplo compromisso: o primeiro, de caráter interno, voltado à prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva (art. 4º); o segundo, de caráter externo, voltado à unidade do direito através da preservação da coerência e integridade do ordenamento jurídico".

> [...] Quando o dispositivo alude a ponderação, temos de entender o termo como proveniente da palavra abwagung da teoria proposta por Alexy. Do mesmo modo, ao invocar uma “colisão entre normas”, o dispositivo reportou-se a isso...a abwagung (sopesamento-ponderação), por intermédio da qual Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios.

Todavia, maiores imersões na temática ainda se fazem necessárias.

Na ótica de Alexy, apenas normas da espécie princípios são suscetíveis de serem ponderadas. No entanto, há quem avente a tese de que a ponderação prevista no novo CPC é ainda mais ampla do que a proposta por Alexy, visto que também abrangeria normas da espécie regras. Essa é “[...] a diferença essencial entre as duas ponderações, a conduzir a uma espécie de ponderação à brasileira” (TARTUCE, 2016, p.1).

> [...] É possível haver conflito entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios. Costuma-se dizer que o conflito entre regras resolve por um dos três critérios: hierarquia, cronologia ou especialidade, de forma que a norma superior prevalece ante a inferior, a posterior revoga a anterior e a especial prevalece em relação à geral. **Além desses critérios de solução de conflitos, as regras podem ser passíveis de ponderação para serem aplicadas ou afastadas, construindo-se, neste último caso, exceções à sua aplicação. É o caso da execução de alimentos, em que se pode afastar, por ponderação, a regra da perpetuatio jurisdicionis prevista no art. 43 do CPC.** O conflito entre regra e princípio resolve-se, geralmente, pela prevalência da regra, sem ambos estiverem no mesmo patamar hierárquico (CUNHA, 2015, p. 1.236).

No sentido de ser admissível a possibilidade de ponderar regras, Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 325), entendem que:

> [...] a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar no sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos legais indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão da ponderação. (…). Por outro lado, Ávila entende que nem mesmo o sopesamento é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visavam resguardar.

De forma similar:

> [...] O primeiro ponto a destacar é que o art. 489, §2º, CPC/15, não fala em colisão de princípios, mas de normas. Quer isso dizer que admite a ponderação diante da colisão de princípios, na colisão de princípios com regras e na colisão de regras. Trata-se, pois, de uma ampliação significativa da proposta clássica de ponderação (MOREIRA, 2016, p.78).

Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2015, p. 494), ao comentarem sobre a "colisão" limitaram-se a aventar que:

> [...] Não é incomum que diferentes princípios apontem para finalidades opostas ou de algum modo colidentes que devem ser ao mesmo tempo promovidas. Não é incomum igualmente, dada a defectibilidade das regras, que ocorram situações em que a aplicação da regra geral ao caso particular não se harmoniza com o fim para o qual a regra foi em tese pensada. Em outras palavras, não é incomum a existência de exceções implícitas às regras (defeasibility). Em todas essas situações, é preciso estruturar a interpretação normativa com outras normas, destinadas justamente a estruturar a aplicação racional dos princípios e das regras. São os chamados postulados normativos. A fim de que o processo normativo seja o mais racional e controlável possível, é preciso que se identifique, em qualquer caso, exatamente quais as finalidades em jogo (no caso dos princípios) e qual a incompatibilidade entre o caso concreto e a norma geral que aponta para existência de exceções implícitas (no caso das regras), além de mostrar de que modo essas espécies normativas contribuem para a solução do caso concreto (art. 489, §1º, I, CPC). **É isso que o art. 489, §2º, do CPC, quer dizer: é preciso identificar as normas que devem ser aplicadas e o respectivo postulado que estrutura a correlata aplicação. Fora daí há arbitrariedade na solução dos conflitos normativos por ausência de adequada fundamentação** (Grifamos).

Ressalte-se, ademais, que a "ponderação", a depender da concepção teórica do intérprete, ainda pode ser compreendida como o *"test of balancing"* do direito americano. "Ponderar", segundo a tradição norte-americana, consiste em nada mais do que se refletir sobre uma coisa, de tal forma que Dworkin se propõe a ponderar sobre princípios e não ponderar princípios.

> [...] Não é preciso vislumbrar a questão a partir da ótica do conflito entre interesses a serem ponderados, desse modo, ele assinala uma importante diferença que parece ser olvidada pelos seus defensores: nem sempre ponderar significa colocar interesses concorrentes (ou princípios) em uma balança e sopesá-los. Dentro da tradição norte-americana, ponderar acaba por significar, ainda, refletir, de modo que a solução dos conflitos entre princípios envolve muito mais um exercício de reflexão que vai culminar com uma construção teórica acerca do princípio adequado do que um tratamento axiológico (FERNANDES, 2010, p. 89).

Nessa perspectiva, tem-se que o termo “colisão”/ “ponderação” não é destituído de intenções teóricas prévias, “[...] a ponderação ainda depende do esgotamento de um debate teórico, circunstância que prejudica sua colocação em um texto de lei nestes moldes” (STRECK, 2016, p. 691)[92]

> [...] No âmbito da técnica da ponderação, a qual das formas de ponderar a lei processual teria feito alusão? Digo isso, porque diversamente do que se pode pensar em um primeira e superficial visada, não apenas o jurista Robert Alexy sistematizou a referida técnica; há outros autores que também o fizeram, como, por exemplo, Aleksander Peczenik, e Aulis Arnio, cada qual com pressupostos e marcos teóricos diferenciados, além de particularizadas formas de ver a técnica em si e o direito como um todo...Se o NCPC escolheu uma delas, não se sabe, porque nada explicitou a respeito (ALBERTO, 2016, p. 1).

Essa mesma constatação aplica-se para a “proporcionalidade”, visto que é classificada das mais diversas formas, ora como rega procedimental, ora como princípio e como sinônimo de razoabilidade[93].

> [...] Como decorrência da legalidade, deve o juiz igualmente ater-se à razoabilidade e à proporcionalidade, sem que isso, desde logo, represente que ao juiz seria lícito agir discricionariamente...Ao fixar a indenização por danos morais, nos termos do art. 944 do CC/2002, **o juiz deverá verificar a extensão dos danos e condenar o réu ao pagamento de quantia que seja proporcional ao dano causado. A proporcionalidade leva em consideração a extensão e intensidade necessárias à consecução da finalidade de determinado ato**. No exemplo acima, a indenização a ser fixada pelo juiz deve levar em consideração a extensão e a intensidade do dano, de modo que o valor atenda à finalidade da norma, que é ressarcir o prejuízo experimentado pelo autor (NASSER, 2016, p. 35).

Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 49), embora afirme que na aplicação da proporcionalidade exista um juízo de ponderação, não deixou de classificá-la como um princípio.

> [...] Há, contudo, diferenças entre a razoabilidade e a proporcionalidade. A razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado irá agir, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos. Em outras

---

[92] Ressalte-se que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), evento que reúne processualistas civis de todo o país, coordenado por Fredie Didier Jr, aprovou o enunciado Nº 562 nos seguintes termos: “Considera-se omissa a decisão que não justifica o objeto e os critérios de **ponderação do conflito entre normas**”. Na ótica de Alexy, só seria caso de conflito, se o caso envolvesse normas do tipo regras e, ponderação só se aplica a casos de colisões entre princípios. Regras conflitam, princípios colidem. Este enunciado demonstra o quadro de embaraço teórico no qual está inserido o balanceamento/ponderação.

[93] Essa distinção será exposta em item específico neste capítulo.

> palavras, **enquanto a proporcionalidade permite observar a mera relação meio-fim inerente à medida estatal, a razoabilidade considera a relação da medida estatal (já considerada proporcional) com as situações pessoais dos indivíduos por ela afetados. Na aplicação tanto da razoabilidade como da proporcionalidade há um juízo de ponderação. E a ponderação exige fundamentação detalhada, com a demonstração dos critérios utilizados, tal como exigido pelo art. 489, §2º, do CPC** (Grifamos).

Assim sendo, tem-se que os arts. 8º e 489, § 2º, do CPC/2015, transportaram para o processo civil e, consequentemente, para os demais diplomas normativos nos quais o código de processo civil é aplicado supletiva, subsidiária e residualmente, em virtude do comando previsto no art. 15, CPC/2015[94], problematizações que estavam mais afetas a questões atinentes á teoria do direito.

Ressalte-se, por oportuno, que no art. 6º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil[95], que equivale ao 8º do atual CPC/2015, não havia menção à proporcionalidade. Por certo, se essa proposta tivesse sido mantida, embora não eliminasse a indefinição teórica do instituto[96], restaria enfraquecida a tese de que razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos, bem como a de que o CPC/15 positivou o princípio da proporcionalidade.

De todo modo, tem-se que aludidos artigos incorporaram, apenas *prima facie,* as teorizações de Robert Alexy.

---

[94] Art. 15, CPC/2015: Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

[95] Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 22.mar.2017.

[96][...] Nesse particular, anota-se o profundo estado de embaraço teórico em que se encontram enveredadas algumas posturas teóricas brasileiras. Com efeito, há vários constitucionalistas propondo que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma ponderação entre regras (sic). O que chama mais atenção numa proposta como essa é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção). E mais: se a ponderação é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida no caso concreto, o que temos como resultado da ponderação de regras? Um regra da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios?“(STRECK, 2016, p. 287).

2.2 DA ANÁLISE DO ARTIGO 8º DO CPC/15 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

O art. 8º do CPC/2015 aduz que:

> Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e **observando a proporcionalidade,** a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015).

O artigo 8º do CPCP/15 encontra-se inserido no Título Único, capítulo I, que elenca as normas fundamentais do processo civil e regula a aplicação das normas processuais[97]. As disposições contidas neste capítulo ou servem como parâmetro interpretativo ou prescrevem regras a serem observadas nos processos de aplicação do direito processual.

O art. 8º do CPC/15 remete *prima facie***,** conforme já exposto anteriormente, à proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais. À luz dessa teorização, portanto, não pode ser concebida como princípio, mas sim como regra procedimental a ser aplicada às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais[98]. Ademais, a razoabilidade na teoria alexyana assume papel de critério para "[...] um mínimo de correção moral como precondição para a razoabilidade de qualquer decisão" (BUSTAMANTE, 2008, p. 329).

Assim, nessa perspectiva, o art. 8º teria duplo caráter. Ao aduzir que na aplicação do ordenamento jurídico o juiz atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, bem como que observe a razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, tem natureza principiológica e, no que diz respeito à exigência de observância a proporcionalidade, assume o caráter de regra.

> [...] O postulado da proporcionalidade resulta da necessidade de otimização do princípio da liberdade e impõe que os meios sejam proporcionais aos fins buscados. Aplicação proporcional de normas jurídicas **significa a aplicação em que os meios são necessários, adequados e proporcionais em**

[97]Enunciado 370 do FPPC: (Arts. 1º a 12): "Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio".
[98] No tópico 1.7 o tema fora detalhadamente exposto.

> **sentido estrito. A proporcionalidade serve para estruturar a aplicação de outras normas que se colocam em uma relação de meio e fim.** (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.106).

As normas processuais contidas nos artigos 1 ao 15 do CPC/15 ora são princípios ora são regras.

> [...] O direito processual fundamental não é composto somente por princípios. A observação é importante. A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São normas com estrutura distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por padrões de "argumentação" específicos que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva, por meio da solução jurisdicional (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 62).

O duplo caráter do art. 8º assume contornos significativos, pois, se classificado como um dispositivo estritamente principiológico, "a proporcionalidade" nele inserida não poderia ser utilizada como método a ser aplicado na ponderação prevista no art. 489, §2º, CPC/15, a ser perpetrada nas hipóteses de colisão entre princípios[99], pois perderia seu caráter de regra procedimental. Isso porque sendo o art. 8º, CPC/15 uma norma que contenha exclusivamente princípios em sua estrutura, não há que se falar em resolução de eventual colisão entre direitos fundamentais recorrendo-se "ao princípio da proporcionalidade", ao menos sob a ótica alexyana.

Ademais, comumente, a proporcionalidade é compreendida como sinônimo de razoabilidade[100].

Nesse sentido, afirma Marcelo José Magalhães Bonício (2006, p. 33) que "[...] não há mesmo diferença entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade".

> [...] A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem **peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio, ou regra da proporcionalidade, conforme seja o**

---

[99] Conforme será exposto em tópico posterior, a colisão mencionada no art. 489, §2º, só pode ser entendida à luz de alexy, como colisão entre princípios, já que regras não colidem.

[100] Explica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 166) que: "[...] A imprecisão e o sincretismo caracterizam também a recepção da teoria da proporcionalidade no Brasil. Entre outros problemas, ocorre a tentativa de redução da ideia da proporcionalidade a um mero exame de razoabilidade que seria intrínseco a tradição de Common Law e também aceito em vários países europeus afirmando que a razoabilidade e proporcionalidade são praticamente sinônimos".

> **pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres da proporcionalidade ou razoabilidade (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 68) (Grifamos).

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (p. 304, 2003), por sua vez, afirmam que:

> [...] Sem embargo da origem e desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª Edição de meu Interpretação e aplicação da constituição, que é de 1995.

Suzana de Barros Toledo (1996, p. 57) afirma que a proporcionalidade "[...] como uma construção dogmática dos direitos fundamentais corresponde a nada mais do que o principio da razoabilidade".

No entanto, tratam-se de institutos distintos[101]. Em Alexy, a razoabilidade funciona como um critério para um mínimo de correção moral como condição para a razoabilidade de qualquer decisão (BUSTAMANTE, 2008). Na perspectiva alexyana, acrescenta-se ao trinômio "lógica, verdade empírica e racionalidade meio/fim", outros três elementos:

> [...] 1) Correta compreensão dos interesses de terceiros- eventualmente afetados pela medida; 2) Tratamento fundamentalmente adequado dos interesses de todos; e 3) discussão crítica dos vários interesses, tradições e convenções em conflito, a fim de adaptar o instituto a uma concepção contemporânea de pós-positivismo jurídico sob o qual o direito não pode mais limitar-se as variáveis da validade formal e da eficácia social, devendo compreender também a variável da correção substancial (BUSTAMANTE, 2008, p. 329-330).

A atribuição de duplo caráter ao art. 8º do CPC/15 assume também nesse ponto, significativa importância. Ela serve para evidenciar que razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos, bem como para reforçar o caráter de regra da proporcionalidade. Se sinônimas fossem, ter-se-ia um equívoco, pois, se há distinção terminológica, como o CPC/2015 assim o fez, resta evidenciada a intenção do legislador infraconstitucional em distinguir ambos os institutos. Não é "[...]

[101] No próximo tópico será exposto mais detalhadamente a distinção entre ambos os institutos.

desimportante, muito pelo contrário, utilizar o termo corretamente, com o significado técnico exato, porque é lesiva à ciência a utilização corriqueira de expressões técnicas diversas como sinônimas" (GORDILHO, 1977, p. 67).

A razoabilidade prevista no art. 8º do CPC/15 é, assim, um princípio que estipula a vedação de posturas arbitrárias do julgador ao longo do processo e a razoável duração do iter procedimental, não se confundindo com a proporcionalidade (regra) prevista neste mesmo dispositivo, que deve ser utilizada no âmbito de uma colisão entre direitos fundamentais[102].

2.2.1 Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade: breves considerações[103]

A proporcionalidade não pode ser compreendida como sinônimo de razoabilidade. Entender como sinônimos conceitos distintos contraria a clareza analítico-conceitual que é condição elementar da racionalidade de qualquer ciência, tornando-se isso muito mais grave no direito, onde o postulado da clareza analítico-conceitual tem um significado ainda maior (ALEXY, 2015).

> [...] Aquele que se propõe a analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho -ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa-como desproporcional. Poder-se-ia dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode valer também no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados em sentido laico. Mas, quando se fala, em discurso jurídico, ou em principio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio

[102] Assim por exemplo, se no caso concreto, houver uma colisão entre o princípio do contraditório e o princípio da razoabilidade, recorrer-se-á a proporcionalidade prevista no art. 8º para determinar qual princípio terá prevalência.

[103] A distinção entre razoabilidade e proporcionalidade é tema amplo, de forma que uma exposição minuciosa à respeito da diferença entre ambos demanda análise própria. Assim, neste tópico serão expostos apenas os principais pontos que demonstram a diferença entre eles. Sobre este assunto, tem-se vasta bibliografia, dentre as quais se destaca: "O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, de Carlos Roberto de Siqueira Castro.

> de ambos controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de formas diversas, caso seja aplicado um outro critério. A tendência a confundir a razoabilidade e proporcionalidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, mas, também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Executivo (SILVA, p. 27-28).

Embora a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade não raramente ganhe contornos retóricos e destituídos de fundamentação convincente, há relevantes elementos históricos e teóricos que apontam para existência de importantes diferenças no esquema de aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, bem como de suas respectivas conexões ou assentos constitucionais (CASTRO, 2006)[104].

A proporcionalidade fora desenvolvida a partir da jurisprudência do TFC, após a segunda grande guerra (CRUZ, 2007).

> [...] Na Alemanha, a vinculação dos órgãos dos três poderes, e, principalmente, do legislador aos direitos fundamentais obrigou o Poder Judiciário a encontrar um critério para avaliar as intervenções estatais, que dificultem ou impeçam o exercício destes direitos, decidindo que tais intervenções somente podem ser admitidas na medida em que respeitarem o mandamento da proporcionalidade. O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia de proporcionalidade no direito constitucional. Com uma abrangência material, que, em termos históricos, conheceu um grande crescimento nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, verdadeiros óbices à ação do Estado que se dá em razão de interesses coletivos (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p.160).

As primeiras linhas deste instituto foram expostas em um julgamento proferido pela corte constitucional em 1971 com o seguinte teor[105]:

---

[104] Embora os elementos históricos sejam aptos a demonstrarem a existência de diferenças entre razoabilidade e proporcionalidade, serão analisados superficialmente, pois, análises históricas requerem, por vezes, metodologia de pesquisa mais afetas à outros ramos do conhecimento, razão pela qual analisar dados históricos sem o domínio de metodologia própria, compromete o resultado dos dados colhidos. Assim, optou-se por demonstrar a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, priorizando outros elementos, que não o histórico.

[105] Explica Alexandre Araújo Costa (p.170, 2008), no entanto, que: "[...] O TCF já tinha empregado as sub-regras da adequação e da necessidade muito antes do referido julgamento, propriamente no célebre "Caso das farmácias" de 1958, sendo efetivamente neste caso de 1971 a primeira vez que o TCF expressamente definiu como a corte compreendia as referidas sub-regras, tal como se referenda a seguir: "A classificação dos desdobramentos internos é da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina. Em alguma legislação do começo da década de 50, o legislador distingue inequivocamente necessidade (adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito, embora sem os batizar. Este evolução é acompanhada pela doutrina e pelo BVerFG que, em 1958,

> [...] O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (MARTINS, 2005, p.96).

Nesse sentido são também as lições de Virgílio Afonso da Silva (2002, p.31):

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

A razoabilidade[106], ainda que seja comum apontar sua origem na Magna Carta de 1215, originou-se na verdade em decisão proferida em 1948 na Inglaterra, que ficou conhecida como “Caso Wednesbury”. Em resumo, o caso destinava-se a apreciar uma licença concedida pela Wednesbury Corporation para operar um cinema, com a condição de que menores de 15 (quinze) anos não entrassem no estabelecimento nas tardes de domingo (GUERRA FILHO, 2001).

Ao longo do julgamento assentou-se a premissa de que o judiciário poderia intervir para alterar um ato administrativo, desde que: A) na decisão, foram considerados elementos estranhos ao caso; b) na escolha feita pela autoridade pública, não foram considerados todos os elementos relevantes e; c) a decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução.

> [...] O termo Wednesbury unreasonableness é usado para descrever a terceira condição: nenhuma outra autoridade pública razoável poderia decidir daquela maneira (irrazoabilidade da escolha feita). Ao julgar o caso, os juízes da Court of Appeal of England and Wales estabeleceram que não

---

na decisão sobre as farmácias, distingue a necessidade e a adequação, da proporcionalidade em sentido estrito”.

[106] Em relação à razoabilidade: [...] Pode se traçar uma mapa semântico sob as diversas concepções e relações a ela conferidas, como (i) razoabilidade e aceitação social em Chaim Perelman; (ii) razoabilidade em sentido amplo: um conceito compreensivo; (iii) razoabilidade como proporcionalidade; (iv) razoabilidade como equidade, razoabilidade como dever de congruência; (v) razoabilidade e a relação entre critérios de diferenciação e as medidas adotadas pelo legislador e; por fim, (vi) razoabilidade como um mínimo de justiça material (BUSTAMANTE, 2008, p.305).

> bastaria a mera alegação de irrazoabilidade subjetiva. Seria imprescindível passar-se pelas condicionantes acima citadas, subsumindo-se a alegada violação a uma das categorias supra para invalidar a decisão administrativa desarrazoada. Desse modo, firmou-se um padrão que serviria para testar as situações de aparente unreasonableness. Naquele caso específico, entendeu-se que a limitação (proibição de menores de 15 anos frequentarem o cinema aos domingos) não violaria qualquer das condicionantes, motivo pelo qual o Judiciário não poderia invalidá-la (BUGARIN; MENEGUIN, 2015, p. 15).

Neste ponto, já se constata, que em suas origens proporcionalidade e razoabilidade se distinguem, pois o teste sobre irrazoablidade destina-se exclusivamente a afastar atos nitidamente irrazoáveis.

> [...] A não identidade entre proporcionalidade e irrazoabilidade fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1988 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade irá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável. Por fim, não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência fixou na decisão Wednesbury, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário, que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões na Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente neste sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade (SILVA, 2002, p. 31).

Em sentido semelhante, manifesta-se Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 80):

> [...] Fato é que a metodologia (ou critério) de “proporcionalidade” tem seu desenvolvimento nos trabalhos do Tribunal Constitucional alemão e, nessa perspectiva, é muito mais complexa que a noção tópica de “razoabilidade”, pois envolve mais que uma simples pauta que sugere que os atos estatais devem ser razoáveis a partir de uma relação simples de meio-fim. Isto porque ela se desenvolve a partir de três sub-regras (postulados ou máximas, para alguns autores) independentes, mas obrigatoriamente observadas em sequencia: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito.

Outro ponto que afasta a sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade:

> [...] Relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a primeira constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a segunda foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados, na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, necessidade e a ponderação (CRISTÓVAN, 2008, p. 196).

Ademais, por vezes, associa-se a proporcionalidade com a razoabilidade desenvolvida no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, relacionando-a com a acepção de devido processo legal (*Due process*), que passou a ser utilizado pelos norte americanos para:

> [...] Exercer um controle sobre a legislação e a jurisprudência federais e estaduais de modo que as restrições a liberdade ou à propriedade dos cidadãos apenas seria reconhecidas como legítimas por ele se fossem, segundo a sua apreciação razoáveis (DAVID, 1997, p. 399).

O desenvolvimento do devido processo legal no direito norte americano deu-se em três fases:

> [...] Uma primeira fase de 1890 a 1937, em que o princípio, agora com caráter substantivo e não meramente processual, passa a ter incidência sobre direitos econômicos, por força do caráter protecionista necessário a preservação do próprio regime liberal econômico norte americano; uma segunda fase, a partir de 1937, devido a modificação do regime liberal clássico por um Estado Social, dotado de uma feição mais intervencionista, em que se pretende possibilitar a maximização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, elevando-se a autonomia individual (GOÉS, 2004, p.58).

A razoabilidade, nessa perspectiva, desenvolve-se como uma espécie de controle judicial dos atos do Poder Público, por intermédio da análise da razoável compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados pelo legislador ou pelo administrador.

> [...] No direito norte-americano constata-se, portanto, que os excessos cometidos pelo Poder Público são verificados e repelidos por meio de interpretação e aplicação do princípio da razoabilidade. Se o enunciado jurídico decorrente do Poder Legislativo não estiver balizado pela racionalidade e igualdade, como instrumento de defesa dos direitos individuais, o Poder Judiciário desconsidera a norma posta pelo Poder Legislativo e não a aplica, embasando-se, no princípio da razoabilidade, como parâmetro para a aceitação da decisão pela sociedade (GOÉS, 2004, p. 58).

Como decorrência do devido processo legal, que visava permitir a sindicabilidade dos atos normativos, para manter a rigidez constitucional, a razoabilidade passou então, a ser utilizada como fundamento de controle dos atos do legislador. Logo, “[...] o propósito do princípio da razoabilidade e da racionalidade no direito americano é de fornecer um critério para um controle de constitucionalidade” (JEVEAUX, 2015, p. 135).

> [...] Ela (a razoabilidade) passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame do seu acordo com a razão (reasonableness). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se (...) na consideração mais importante do direito constitucional americano. E, uma vez que, pela aplicação da regra da razão (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do devido processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo (RODRIGUES, 1958, p. 139-140).

Em resumo, é possível dizer que a razoabilidade, como decorrência de um devido processo legal, passou a ser utilizada como fundamento para legitimar o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Poder Público, visto que "[...] a ideia de *reasonableness,* derivada do substantive *due process of law,* desenvolveu-se, mais acentuadamente, nos Estados Unidos, onde o Judiciário concentrou grande poder, dada a enorme desconfiança que pairava sob o legislativo" (BRAGA, 2008, p. 49). Através deste fundamento, "[...] abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade" (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 302) [107].

A Constituição Alemã, em seu art. 93, atribui expressamente ao TCF a competência para o exercício da jurisdição constitucional. Desta forma, a proporcionalidade não é cláusula que fundamenta o controle de constitucionalidade, como é a razoabilidade no direito norte-americano.

A proporcionalidade, por sua vez, serve para solucionar colisões entre princípios, e é aplicável sob uma perspectiva procedimental.

---

[107] A utilização da razoabilidade como fundamento para controle de atos normativos pode ser demonstrada no julgamento do caso Plessy v. Fergusson, no qual a Suprema Corte analisou a constitucionalidade de ato normativo da Louisiana de 1980, em que se conferiam iguais condições escolares a crianças brancas e negras, mas em ambientes separados. A corte proferiu decisão nos seguintes termos: "[...] Todo o exercício do poder de polícia deve ser razoável, e exercido sempre por meio de leis editadas, de boa fé, com vistas à promoção do interesse público, e não apenas à criação de incomodo ou opressão para uma classe particular. Ao determinar a questão da razoabili dade, a assembleia tem liberdade de tomar como referencia os usos comuns e as tradições do povo e de ter sempre como finalidade a promoção de seu conforto e a preservação da paz e da ordem pública. Medido por esse padrão, não podemos dizer que essa lei é irrazoável ou que é mais odiosa frente à 14ª Emenda que as leis que exigem escolas separadas para crianças de cor, cuja constitucionalidade nunca parece ter sido questionada". (COSTA, 2008, p.116), Este posicionamento só fora revisto em 1954, no julgamento do caso *Brow v. Board of Education,* onde a corte entendeu ser inconstitucional essa segregação.

> [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a realização das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para adoção de uma medida quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Na primeira hipótese, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim. Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre um meio e um fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco dela (ÀVILA, 2007, p.159).

A aplicação da proporcionalidade requer uma motivação procedimental da decisão que determina a prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro no caso concreto. A legitimidade desse procedimento decorre, portanto, da observância às três etapas que fazem parte do iter procedimental, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A razoabilidade, por sua vez, não requer, para ser aplicada, um procedimento que deve seguir regras de conteúdo pré-definido, sua aplicabilidade, segue uma “[...] espécie de referência ao senso comum, de padrões de normalidade que servem como parâmetro para a avaliação de alguns comportamentos” (COSTA, 2008, p. 54).

Da razoabilidade decorre, portanto,

> [...] A obrigatoriedade de que as leis reflitam o consenso público, significando, essa satisfação, a obediência ao princípio da razoabilidade. Observe-se que, nesse sentido, se o próprio processo de elaboração da norma não for razoável, ou seja, se as opções feitas pelo elaborador não estiverem pautadas pela sensatez, estará a norma fadada à invalidação-daí porque alguns autores correlacionam a reasonableness com o princípio da finalidade e com a legitimidade (BRAGA, 2008, p. 55).

Ademais, ainda que a análise da razoabilidade dirija-se a avaliar a relação entre os meios e os fins, assemelhando-se, neste ponto, com a adequação, uma das

máximas parciais da proporcionalidade[108], isso por si só não consiste em autorização para que sejam tratadas como sinônimos. A relação entre meios e fins corresponde a somente uma das três máximas parciais da proporcionalidade, qual seja, a adequação. Nesta etapa, além de se analisar se o meio é adequado para alcançar um fim, analisa-se também se este mesmo meio é apto para fomentar, ajudar ou auxiliar o alcance do fim.

A proporcionalidade postula uma "[...] fundamentação procedimentalizada e devidamente encadeada concomitantemente com os três elementos mencionados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)" (GOÉS, 2004 p. 61). Ela é, portanto, uma regra procedimental, inerente à solução de colisões entre direitos fundamentais. Já a razoabilidade não tem por objetivo solucionar eventual restrição a direitos fundamentais, mas, sim, servir de fundamento para controle jurisdicional sobre atos do poder público.

> [...] O fato é que a proporcionalidade e razoabilidade, a despeito dos pontos de contato, não podem ser equiparadas. A estruturação da metódica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal como desenvolvida na Alemanha e amplamente recepcionada, não se confunde com o raciocínio (embora haja pontos de contato) utilizado quando da aplicação da razoabilidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 223).

Ademais, não há que se associar a proporcionalidade com vedação de excesso. Assim o fazendo, associa-se a proporcionalidade com proibição de condutas arbitrárias, vez que o "[...] estado somente poderia limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos" (BONAVIDES, 2004, p. 407). Nesse sentido, assemelhar-se-ia à razoabilidade. No entanto, ainda que a proporcionalidade esteja significativamente relacionada à proibição de excesso:

---

[108] Explica Geovany Cardoso Jeveaux (2015, p. 135) que há entre a adequação, uma das submáximas da proporcionalidade, e a razoabilidade uma grande afinidade. "[...] Em caso de tratamento desigual dado pela lei, por exemplo, exige-se que a classificação diferencial seja razoável e racional...Se o meio empregado não atingir o fim desejado pela norma constitucional, a autoridade que o editou terá exorbitado de sua competência, praticando um ato de abuso de poder, e como todo sistema constitucional se encontra construído com o objetivo de evitar tal abuso, segue-se que tal meio será inconstitucional".

> [...] Há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre sua utilização para finalidade oposta, isto é, instrumento contra a omissão ou contra ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em übermabverbot, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em Untermabverbot, que poderia ser traduzido por proteção de insuficiência. O debate sobre aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso de regra da proporcionalidade e proibição de excesso (SILVA, 2002, p. 27) [109].

Em conclusão, é possível afirmar que, enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, a proporcionalidade é regra que "[...] constitui instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos" (PONTES, 2000, p. 89).

2.3 BREVES NOTAS SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O art. 489 do CPC/15 insere-se no Capítulo XII "Da Sentença e da Coisa Julgada", Seção II "Dos elementos da Sentença". Este dispositivo, além de elencar os elementos essenciais da sentença, fixa os parâmetros de como deve ser a fundamentação não apenas da sentença, mas de qualquer tipo de decisão judicial, conforme aventa o parágrafo primeiro[110].

---

[109] Explica Ingo Wolfang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 223) que: "[...] Paralelamente à difundida função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. O sentido mais comum da proibição de excesso é o de evitar cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares...Ambas as dimensões da proporcionalidade implicam controle da ação ou da omissão do Poder Público".

[110] Art. 489, § 1º: Não se considera fundamentada **qualquer decisão judicial** seja ela interlocutória sentença, ou acórdão.

O dever de motivação das decisões judiciais decorre do art. 93, IX, da Constituição Federal[111].

> O sistema processual atual, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – artigo 1º da atual Carta Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação (seja no âmbito judicial, seja no espectro administrativo). A base para tal garantia, como é de trivial sabença, está firmada nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, pois tais dispositivos determinam que as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas, não se admitindo as sem fundamentação (MAZZEI, 2015, p. 212).

O Dever de fundamentação

> [...] Tem significados endoprocessual (impõe ao juiz um controle crítico sobre o juízo, torna funcional a relação entre julgamentos de primeiro e segundo grau e oferece às partes oportunidade de melhor avaliar a oportunidade de impugnação) e extraprocessual (é uma garantia geral, trazida pela publicidade, de controle popular dos atos do Estado, mudando os destinatários da decisão, tornando-se um controle social, democrático e difuso sobre como o juiz exerce o poder que lhe foi confiado) (FRANCO, 2008, p. 151).

Decorre do dever de fundamentação à necessidade de observância ao art. 10, do CPC/15, que estabelece: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2015).

> [...] Todas as decisões judiciais devem, como se sabe, ser fundamentadas, tal como exigem o art. 93, IX, da CF/1988 e o art. 11 do CPC. O dever de fundamentação é exigência do devido processo legal, decorrendo do princípio do contraditório. O art. 10, do CPC estabelece o dever de consulta, a ser observado pelo juiz. Significa que não é possível que se decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. Os fundamentos contidos na sentença devem ser somente aqueles que tenham sido objeto de debate no curso do processo ou, ao menos, que tenham sido alvo de oportunidade conferida às partes para manifestação. Em virtude do exposto no art. 10, impõe-se a adoção de um contraditório substancial. Realmente, o exercício pleno de fatos, implicando a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. É preciso observar

[111] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]
IX Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação.

> o contraditório, a fim de evitar um julgamento surpresa. E para evitar "decisões surpresa", toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório (CUNHA, 2015, p. 1.231).

Por vezes, embora uma decisão judicial possa ser reduzida a termos objetivos e impessoais, muitas vezes o que juiz está descobrindo no texto normativo não são os valores constitucionais, mas seus próprios valores pessoais. Assim, a coerência entre as decisões judiciais é fundamental, não apenas para conferir autoridade e credibilidade ao Poder Judiciário, mas é também imprescindível ao Estado Democrático de Direito (MACCORMICK, 1995) [112].

> [...] O direito processual vincula, dessa forma, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico polo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder (OLIVEIRA, 2008, p. 74).

A decisão não fundamentada é eivada de nulidade[113], conforme dispõe o art. 93, IX e X, da CRFB/88 e do art. 11, *caput,* do CPC/15[114]. A decisão devidamente fundamentada deve expor as questões de fato e de direito que o levaram a decidir daquela forma (NERY JÚNIOR, 2009).

> [...] Observe-se que ao se perquirir os motivos que justificam a decisão, a motivação (fundamentação) utilizada pelo julgador deverá ser apresentada de forma coerente, completa e clara, capaz de permitir a identificação da imparcialidade do julgador, o controle da sua legalidade, assim como aferir se a garantia de defesa foi exercida. Por tal passo, não se pode imaginar que a motivação se esgota na existência de fundamentos decisórios, mas na apresentação destes dentro de um gabarito mais amplo, a saber:
>
> (a) *Coerência* - os fundamentos necessitam ser *coerentes*, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se fundamentos outros – que não os dos autos - fossem aplicados.

---

[112]Maccormick, "[...] acrescenta uma importante característica que distingue a consistência e a coerência em termos lógicos: a ligação entre a ideia de coerência e caráter valorativo do ordenamento jurídico. Assim, enquanto a consistência é ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras, a coerência é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum" (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 215).

[113] Explica Rodrigo Reis Mazzei (2015, p. 211-212) que: "[...] É de bom alvitre notar que a pena de nulidade cominada no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, em relação as decisões sem fundamentação, não tem campo de atuação apenas judicial, pois, aplicável também às decisões no âmbito administrativo (embora o inciso X do artigo 93 seja omisso no sentido). Isso porque deve prevalecer interpretação que prestigia os cânones de um Estado Democrático de Direito em descarte a uma hermenêutica puramente literal da Carta Magna, pois a motivação decisória (qualquer que seja o ambiente que for proferida a decisão) faz parte de orquestra, regida pelo due process of law Ademais, é engano pensar que a decisão não fundamentada padece exclusivamente do vício da omissão (ou incompletude de motivação), eis que a matriz constitucional em debate, ao reclamar decisão fundamentada, impôs a necessidade de fundamentação clara, coerente (lógica) e completa".

[114] Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

> (b) *Completude* - a fundamentação necessita também ser *completa,* eis que não se permite que a não análise de questões importantes possam levar a resultado diferente.
>
> (c) *Clareza* - finalmente, a fundamentação há de ser *clara*, haja vista que deve ser não só compatível, mas também permitir a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta (MAZZEI, 2015, p. 215).

Assim sendo, uma decisão devidamente fundamentada é clara, coerente e completa. Decorre da coerência, também denominada de não contradição interna que a fundamentação da sentença seja coerente com os demais elementos aduzidos no decorrer do iter procedimental. No entanto, o decisum deve também ser dotado de coerência externa, em virtude do comando contido no art. 926, do CPC/15.

> [...] Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. O art. 926 é potencializado pelo art. 10 em suas garantias de influencia e não surpresa... a coerência e integridade são, assim os vetores principiológicos do CPC. Em qualquer decisão judicial, a fundamentação deve respeitar a coerência e a integridade...Toda decisão em que se constata que não foi obedecida a coerência é recorrível (STRECK, 2016, p. 1.187).

Não há que se confundir, no entanto, coerência com uniformidade.

> [...] Primeiramente, é, por um lado, necessário que ao redor do mesmo tema haja somente uma jurisprudência no Tribunal: se em torno do tema A só há a jurisprudência x, existe uniformidade; se há as jurisprudências x e y, existe desuniformidade. Se a 1ª Turma entende que só o agravo de instrumento impede a estabilização da tutela antecipada contra a Fazenda Pública e se a 2ª Turma entende que a suspensão de segurança também impede, há desuniformidade; se as duas turmas entendem que só o agravo impede, há uniformidade. Por outro lado, é necessário que o Tribunal parta das mesmas premissas para enfrentar temas diferentes. Havendo uma unidade lógica entre os temas M e N, o Tribunal: atuará com coerência se partir da premissa-para resolver M e da premissa-para resolver N. Quem diz que a legitimidade passiva no mandado de segurança é da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público, há de dizer que as informações prestadas pela autoridade impetrada são elemento de prova, que elas não se submetem ao princípio da eventualidade e que a falta delas não implica revelia; em contrapartida, quem sustenta que aí a legitimidade passiva é da pessoa física da autoridade impetrada, acaba por sustentar que as informações por ele prestadas têm natureza de resposta, razão pela qual estão submetidas ao principio da eventualidade e a falta delas importa em revelia. Se assim é, atua com coerência o plenário do tribunal que em um determinado caso aplica os efeitos da revelia a mingua de informações e em outro não permite que elas sejam ulteriormente complementadas; entretanto, o mesmo órgão atua com incoerência se num determinado caso não aplica os efeitos da revelia a mingua de informações e em outro não permite que elas sejam posteriormente aditadas (COSTA, 2016, p. 1.123).

A decisão precisa ser, nessa perspectiva, justificada interna e externamente. Entende-se por justificação interna, o controle lógico formal do raciocínio judicial a partir do conteúdo do próprio ato decisório. O objetivo da justificação interna é conferir a validade das inferências baseando-se nas premissas estabelecidas na própria decisão. Justificando corretamente, será possível "[...] verificar a existência dos elementos ou grandezas que foram manipulados e encontrar os motivos que levaram os julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles (AVILA, 2007, p.141)".

A justificação externa, por seu turno, diz respeito à fundamentação das premissas da decisão, seus aspectos fáticos e jurídicos, que dependem do controle da correta argumentação do juiz ou tribunal no momento da decisão, "[...] referem-se ao ponto de vista substancial do direito em um determinado ordenamento, em um dado momento histórico, e aos fatos concretos relacionados à causa" (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 147). É um controle jurídico e fático, examina-se não apenas a validade das inferências, mas, também a fundamentação das premissas. O objeto da justificação externa é o controle da solidez, da correção, dos pressupostos fáticos e jurídicos da decisão (ZANETI JÚNIOR, 2016).

Justificar um ato, nada mais é do que demonstrar que ele é correto, ou seja, demonstrar que, desde qualquer ponto de vista objetivo sobre a questão, o ato deve ser praticado, tendo em vista o caráter do ato e as circunstâncias do caso (MACCORMICK, 1978). Existe uma conexão inseparável entre as ideias de justificação e universalização. "[...] Não há justificação sem universalização" (BUSTAMANTE, 2012, p. 112). A combinação de ambos os métodos de justificação, permite o resgate do silogismo, como forma de controle interno da fundamentação.

2.4 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E O ART. 489, § 2º, CPC/15

O art. 489, § 2º, CPC/ 15 assim dispõe:

> [...]
>
> §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ao contrário do § 1º, do art. 489, que se limitou a aventar o que não será considerada uma decisão fundamentada, o § 2º dispôs os moldes em que se deve desenvolver a justificação interna de um decisum que afasta, em um caso concreto, a incidência de uma norma, seja ela do tipo regra ou princípio [115]-[116].

> [...] Como quer que seja, o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre o outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção – e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 325-326).

O art. 489, §2º, é aplicado de forma supletiva, subsidiária e residual aos demais ramos processuais, em virtude do que dispõe o art. 15, CPC/2015[117].

Há que se destacar, por oportuno, que o art. 489, § 2º, CPC/2015 só deve ser utilizado para fundamentar decisões que dizem respeito a casos em que restar configurada uma real colisão entre princípios, que poderá ser suscitada pelo juiz[118]-

---

[115] À luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, o art. 489, § 2º CPC/2015 só deve ser aplicado em casos de colisão entre princípios, visto que normas do tipo regra não são suscetíveis de serem ponderadas. Em Alexy, o conflito entre regras é resolvido declarando-se a invalidade de uma delas ou inserindo-se em alguma delas uma cláusula de exceção.

[116] Conforme já exposto no tópico 2.1, há na doutrina o entendimento de que o art. 489, §2º, aplica-se também para as hipóteses em que a incidência de uma regra deve ser afastada em um caso concreto.

[117] Entendimento similar a este, é o adotado por Rodrigo Reis Mazzei (2015, p. 2.284) ao comentar o art. 1.025, CPC/15 que trata do prequestionamento. "[...] não existindo dispositivo semelhante em outros ambientes processuais, tais como nos processos trabalhista e eleitoral, sua aplicação deve se efetuar de forma supletiva e subsidiária (art. 15 do NCPC). No âmbito do processo penal, o art. 1.025 do NCPC também merece ser recepcionado, em razão do disposto no art. 3º do CPP, que prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica".

[118] Neste caso, o magistrado deverá obedecer ao comando previsto no artigo 10, CPC/2015, que assim diz: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito

ou pelas partes, bem como para as hipóteses em que uma regra deve ser afastada[119].

A não incidência de uma lei ou uma regra jurídica a um caso concreto só se justifica, em síntese, nas hipóteses de: 1) inconstitucionalidade do dispositivo[120], que precisa ser formalmente declarada[121]; 2) aplicação dos critérios de resolução de antinomias; 3) interpretação conforme a constituição; 4) nulidade parcial sem redução de texto, 5) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e; 6) conflito entre uma regra infraconstitucional e um princípio constitucional (STRECK, 2016)[122]-[123].

Dentre as hipóteses acima elencadas, a única a ser justificada com fulcro no art. 489, §2º, é a que diz respeito ao embate entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.

> [...] Toda regra traz consigo um princípio que a fundamenta e constitui a sua ratio ou razão de ser, então não é razoável aplicar essa regra quando se puder concluir de forma segura que essa razão de ser não teria prioridade no caso concreto se este estivesse sido previsto, tendo em vista certas particularidades que não foram e não puderam ser antecipadamente conhecidas pelo legislador. Uma decisão contra legem pode ser justificada quando se puder estabelecer que embora uma regra R não seja

---

do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

[119] "[...] Um juiz pode ser autorizado ou obrigado a recusar aplicação a uma lei de seu ordenamento em razão da respectiva incompatibilidade com lei "mais alta", como a constituição nacional ou obrigação supranacional que vincule o estado, mas não pode agir assim pela mera razão de que, a seu ver, a lei ser injusta" (JOLOWICZ, 2007, p. 161).

[120] Dispositivo engloba lei ou regra.

[121] Esse fora o entendimento adotado pela Reclamação Constitucional Nº 2.645.

[122] Poder-se-ia, elencar além destas seis situações, os casos em que uma norma deixa ser aplicada em virtude de alteração ou modificação de precedente. No entanto, em tais casos, a fundamentação não se desenvolveria com base no art. 489, §2º, CPC/2015.

[123]Explica Lênio Streck (2016, p. 416) que quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, estes devem ser [...] "entendidos não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de "insignificância"). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (ontologische Differenz) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto".

> inconstitucional, a sua aplicação ao caso concreto leva a uma inconstitucionalidade (BUSTAMANTE, 2010, p. 174).

Um princípio constitucional pode não oferecer razões para que se declare a invalidade da regra, mas apenas para que se introduza uma exceção a sua hipótese de incidência.

> [...] Nesse caso, pode-se falar em uma ponderação entre P1 e o princípio P2, que se esconde por de trás de R e lhe serve de fundamento axiológico. P2 terá sempre ao seu lado os princípios formais como o princípio da segurança jurídica e o princípio democrático, que estabelecem a regra da vinculação do juiz ao legislador positivo. Não obstante, casos anormais ou genuinamente excepcionais podem justificar a criação de uma regra excepcional que derrote a norma R. (BUSTAMANTE, 2010, p. 173).

Ainda que a regra não seja inconstitucional, se aplicada ao caso concreto conduziria a uma inconstitucionalidade. Para que decisões deste tipo sejam racionalmente justificáveis, é necessária a observância de alguns quesitos:

> [...] (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte do tipo formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas, apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual (BUSTAMANTE, 2010, p. 23)[124].

[124] "[...] Uma breve explicação dos elementos dessa definição é conveniente. Quando se diz que a norma superada é uma norma do tipo regra (i), faz-se referência à já mencionada circunstância de os princípios não conterem uma hipótese de incidência determinada, de sorte que não é possível se falar em uma exceção à sua hipótese de incidência. Um princípio estabelece um valor a ser buscado ou um fim a ser concretizado, e é por isso que eles devem ser otimizados antes de que se possa determinar com certeza quais consequências deles se seguem. A característica ii, por sua vez, refere-se à hierarquia da fonte formal do direito em que a norma afastada deve estar estabelecida. Só se torna problemático decidir contra o texto de uma norma jurídica quando se reconhece uma vinculação geral a esta norma. O caráter problemático desparecia, no entanto, se não estivesse presente a característica iii. A circunstância iv, por sua vez, delimita o universo de conflitos que podem ocorrer em uma decisão contra legem. Um conflito normativo em sentido estrito, que se dá na dimensão da validade, gera a eliminação da norma afastada, ao passo que uma colisão compreende conflitos que se colocam na dimensão da aplicabilidade. Uma decisão deixa de ser contra legem para se transformar em uma declaração de inconstitucionalidade, quando passa a discutir a validade geral da norma afastada. A característica v, de igual modo, é uma propriedade constitutiva das decisões de contra legem. Só se pode decidir contra uma regra se não houver dúvida de que os fatos do caso são subsumíveis na moldura de tal norma jurídica. A circunstância vi, por outro lado, se refere ao princípio da universabilidade. Finalmente, a circunstância vii é o que determina o caráter jurídico de uma decisão contra legem (BUSTAMANTE, 2010, p. 176).

Há que se esclarecer, porém, que decisões deste tipo impõem ao aplicador um alto ônus argumentativo, pois em favor da regra há o princípio democrático e a presunção de legitimidade das leis. Nessa perspectiva, existe risco de que este tipo de decisão se configure em usurpação de prerrogativas pelo julgador. Para que isso não ocorra, é necessário que a decisão seja revestida de uma pretensão de juridicidade.

> [...] Essa pretensão de juridicidade é algo que tem de ser fundamentado juridicamente em um discurso ou uma argumentação racional a partir de um princípio que fornece um conjunto de razões contributivas para a decisão excepcionadora. Como se trata de uma pretensão, não há nenhuma garantia inicial de que essa decisão poderá ser considerada legítima ao final do processo de argumentação (BUSTAMANTE, 2010, p. 176).

Essas decisões são reservadas a casos excepcionalíssimos, visto que dela decorrerá o afastamento de uma norma no caso concreto, o que pode comprometer sensivelmente o caráter vinculante da constituição e do ordenamento jurídico como um todo[125].

> [...] A lei se apresenta como ponto fulcral da vida jurídica desde a revolução francesa, mas não pode prescindir na sua aplicação de um esforço que se realize a mediação entre o comando universal e a situação específica do mundo fenomênico na qual ela incide, constituindo este um problema perene do afazer do trabalhador no campo do direito. Já a motivação das decisões judiciais, garantia do Estado democrático de direito, exige a atenção às regras norteadoras das práticas argumentativas-presentes no mais diversos aspectos da vida forense-sobretudo quando da justificação racional das decisões dos magistrados, sem a qual não podem estes funcionários do Estado agir de acordo com os princípios que legitimam a democracia (MAIA, 2001, p. 281).

Assim sendo, em se tratando de uma hipótese em que a incidência de uma regra deve ser afastada, o julgador deverá, nos termos do art. 489, §2º, enunciar as razões que autorizam o afastamento desta espécie normativa ao caso concreto.

> [...] Exige-se uma motivação para não aplicar determinada norma. A palavra razão não está aí por acaso. Ela é um marco hermenêutico para diminuir o espaço de intuicionismos e achismos pessoais. No caso, a palavra razão tem duplo aspecto: primeiro finca seu valor filosófico e científico, que harmoniza a convivência entre subjetividade e objetividade. Seu segundo aspecto é técnico, no sentido de impregnar a ponderação da racionalidade processual dialógica (MOREIRA, 2016, p.80).

---

[125]"[...] Não há dúvida: os princípios tornam a ciência jurídica muito mais complexa do que os positivistas imaginavam e os casos de aplicação do direito muito mais difíceis do que eles aparecem nos livros tradicionais de teoria do direito. Tornam a aplicação das regras, também, muito mais problemáticas (BUSTAMANTE, 2010, p. 177).

Ou seja, deve o magistrado demonstrar que a aplicação da regra à situação que lhe é submetida ensejaria uma inconstitucionalidade ou que a mera subsunção da regra a hipótese fática faria com que “[...] o componente substancial (prático-discursivo) da pretensão de correção do direito prevalecesse, no caso concreto, sobre o componente formal (institucional em sentido estrito)” (BUSTAMANTE, 2010, p. 174). Ademais, é necessário que se demonstre que não é possível interpretar a regra, de forma que se encontre uma norma diferente, que se preste a solucionar o caso, sem que se extrapolem os limites semânticos do texto interpretado. Se “[...] a lei concede ao juiz a possibilidade de optar por várias soluções, ele há de explicar por que uma lhe pareceu mais apropriada que as outras” (MOREIRA, 2004, p.119).

Por fim, há que se esclarecer que o afastamento da incidência de uma regra ao caso concreto não compromete a universabilidade da decisão judicial, pois,

> [...] Quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto. Essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário... A palavra universal possui um sentido mais exato que a palavra geral; quando utilizamos o termo geral, marcamos uma diferença de grau, não de lógica. Assim, a proposição toda discriminação entre pessoas está proibida é mais geral que a proposição toda discriminação entre pessoas fundada nas origens nacionais está proibida, mas todas as duas são universais em suas proposições. A exigência de justiça formal faz com que todas as decisões judiciais devam ser justificadas a partir de uma regra universal (universalizável). Ainda quando o juiz estiver em posição de afastar a incidência de uma regra por excesso de generalidade, isso só será possível se a regra excepcional criada para o caso for igualmente aplicável a todos os casos análogos (BUSTAMANTE, 2010, p. 158).

Em se tratando de colisão entre princípios, deverá o julgador ponderá-los para que se determine qual terá precedência no caso sob julgamento. Para que se justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, é necessário que se explicite como se promoveu “[...] o ajuste de prevalência e satisfação de um princípio sobre o outro que foi afastado” (MOREIRA, 2016, p. 80). Para tanto, deve o julgador explicitar qual a sua concepção teórica de ponderação, bem como sua compreensão

sobre como esta técnica pode ser utilizada para solucionar o embate entre os princípios[126].

> [...] Na medida em que o positivismo expungiu a moral do direito (portanto, os valores ficaram de fora), para esse grupo de juristas (especialmente os neoconstitucionalistas e parcela expressiva dos adeptos da ponderação alexyana), a solução era/é propiciar uma intepretação aberta para superar o pretenso fechamento das regras e permitir que os princípios fossem os veículos do ingresso dos valores no direito. Isso se mostrou equivocado, na medida em que o principal problema do direito está exatamente nos diversos positivismos voluntaristas-axiologistas que frutificaram depois do pós-exegetismo de Kelsen, que, com seu positivismo normativista, possibilitou a cisão entre o discurso da Ciência do Direito (neutral) e o discurso feito pelos aplicadores do direito (que ele chamou de política jurídica). Resultado: surgiu o fenômeno do pan-principiologismo e o uso desmesurado dos conceitos indeterminados. O CPC parece ter dado uma resposta direta a esse problema, ao estabelecer que o uso desses conceitos é incompatível com a fundamentação da decisão. Assim, cada conceito desse tipo, deve vir acompanhado de seu contexto de uso, o que se pode chamar, a partir de Wittgenstein, "uso pragmático da linguagem". Esse contexto é que propiciará um grau elevado de fechamento do conceito (STRECK, 2016, p. 684).

Isso é valido tanto para os casos em que o julgador utiliza a ponderação alexyana, como para as hipóteses em que recorre a outros tipos de ponderação, como, por exemplo, a desenvolvida por Peczenik, Ferrajoli, dentre outros[127].

> [...] É preciso que o juiz esclareça, na fundamentação de sua decisão, como resolve o conflito de normas, justificando a razão da utilização de

[126] Afirma Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 343) que: "[...] muitos são os julgados que, diante de um 'conflito entre princípios' pretendem fazer uma ponderação deles, mas sem a devida técnica, isso quando expõem na decisão o procedimento usado".

[127] Explica Hermes Zaneti Jr (2016, p. 141) que: "[...] Luigi Ferrajoli propõe que o espaço para a ponderação, na solução de conflitos entre princípios, seja reservado a duas instâncias diferentes e separadas. A primeira, as soluções em abstrato, as quais confia à atividade da jurisprudência e da doutrina para efetuar propostas de solução para os conflitos, sempre opináveis, com validade geral, sem fazer referência a casos concretos e sem caráter vinculante. As normas constitucionais deveriam ser as mais precisas e unívocas, contando igualmente com a formulação dos limites explícitos que uns direitos fundamentais impõem aos outros. A segunda instância, ao lado da solução em abstrato, de caráter geral e sempre opinável, diz a doutrina, refere-se a existência de uma solução concreta de caráter individualizado, a ponderação equitativa, caracterizada especialmente pelo caráter irrepetível e singular dos conotados de cada caso concreto. Aquilo que muda não são as normas, mas os fatos, mesmo que interfiram, sempre segundo Ferrajoli, em uma intepretação operativa". Já para Peczenik, a ponderação, perpetra-se a partir da coerência das razões, de forma que a melhor ponderação é a mais coerente. Para ele a ponderação fundamenta-se na sociedade e não no esgotamento de uma formulação teórica. Isso porque, a identificação da razão que vai gerar uma regra, é feita a partir da herança cultural e de uma moral social (PECZENIK, 2009). "[...] Peczenik olha para dentro do sistema para, a partir da herança cultural e de uma moral social que considere a ponderação dos princípios com o direito sancionado, seja possível identificar a razão última (*all-things-considered*) que gerará a regra (*statement*) a partir do qual a solução dos casos será visualizada. A herança cultural faz parte dos critérios de coerência que inexoravelmente serão considerados pelo juiz para decidir. Isso porque, como observa e denomina Peczenik, até mesmo para um egoísta seria melhor agir de maneira coerente" (ALBERTO 2016, p. 01).

> determinado princípio em detrimento de outro, a capacidade de ponderação das normas envolvidas, os critérios gerais empregados para definir o peso e a prevalência de uma norma sobre a outra e a relação existente entre esses critérios, o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de uma norma e o grau de restrição da outra, bem como os fatos considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados (CUNHA, 2015, p. 1.236).

No entanto, há que se esclarecer que:

> [...] A técnica da ponderação como técnica de controle da discricionariedade judicial somente pode ser usada quando, por qualquer razão, exista tal discricionariedade e, a depender do ordenamento jurídico, será mais ou menos ampla sua margem de abrangência (ZANETI JR, 2016, p. 144) [128].

No mesmo sentido, são as lições de Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 221):

> [...] A assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reitere-se, aqui são utilizadas como sinônimas) **nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo cometido e mediante o atendimento de determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação.** Quando, todavia, a própria constituição tiver estabelecido regras abstratas de prevalência, ou seja, quando a constituição exigir seja dada preferência a determinado bem jurídico ou interesse, o conflito deverá ser resolvido mediante observância da ponderação em abstrato feita pelo constituinte e que vincula o intérprete e aplicador (Grifamos).

Considerando-se que o Código de Processo Civil incorporou prima facie a ponderação alexyana[129] a ser utilizada em caso de colisões entre princípios[130], para que se proceda ao balanceamento é necessária a utilização da regra da proporcionalidade.

Primeiramente, é necessário que se identifique os princípios em colisão. Uma vez identificados, passa-se ao exame da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, seguindo, imprescindivelmente, esta ordem.

> [...] Após os exames prévios da adequação e necessidade, o que Alexy apresenta é a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, que

[128] Nesse sentido, são também as lições de Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso (2003, p. 256), que aduzem que a técnica da ponderação, só deve ser utilizada nas "[...] hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer".

[129] No próximo tópico será analisado o art. 489, §2º, CPC/15 à luz da teoria de Alexy. Assim sendo, a análise que ora se faz, é apenas tangencial.

[130] Nesse ponto, já se pressupõe que o caso em análise é de uma real colisão entre princípios.

> fornecerá a lei do sopesamento responsável por fazer o balanceamento dos princípios em colisão, graduando-os de tal forma que se possa perquirir todas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise (BARBA, 2017, p.119).

Ressalte-se que se algum dos princípios envolvidos na colisão não passar pelo exame de alguma das máximas parciais, o caso será de declaração de invalidade (inconstitucionalidade) [131]. "[...] O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não- satisfação tem como consequência uma ilegalidade" (ALEXY, 2015, p. 117).

No exame das máximas parciais da adequação e da necessidade, pode ser que exista equivalência entre as razões para intervenção no princípio e a intensidade da intervenção. Tais hipóteses dizem respeito à margem de livre apreciação do legislador, são afetas, desta forma, ao Poder Legislativo. Em tais casos, ao legislador é permitido agir, como também é permitido não agir.

> [...] A questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. A insegurança pode ter suas causas na insegurança das premissas empíricas ou normativas. Insegurança empírica pode se tornar um problema em qualquer fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Ela tem um papel especial nos exames da adequação e da necessidade (ALEXY, 2015, p. 613).

Nesse caso, deverá o judiciário manter a restrição ao princípio, pois "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser as premissas nas quais essa intervenção se baseia[132]-[133]".

---

[131] Conforme já exposto, Alexy cita como exemplo a decisão do TFC que considerou desnecessária, e, portanto, inválida, a proibição de comercialização de produtos que eram feitos de flocos de arroz, prevista em portaria ministerial. Tem-se, ademais, a decisão proferida pela corte, que entendeu inadequada, a exigência de comprovação de expertise profissional de cabelereiro que instalou em seu estabelecimento máquina de venda automática de cigarros, visto que tal requisito violava o direito fundamental à liberdade profissional. Em ambos os casos se constatou, desproporcionalidade das medidas adotadas, em relação aos fins que se pretendia alcançar. Analises deste tipo, são afetas a constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma.

[132] Este tema foi exposto detalhadamente no tópico 1.4.2.1

[133] Aplicando-se esse raciocínio decisões a respeito da descriminalização do aborto em caso de interrupção voluntária da gestão no primeiro trimestre como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 124.306, e da autorização de utilização de *cannabis* para fins medicinais, deveriam ser tomadas no âmbito do Poder Legislativo e não no Judiciário.

Satisfeitas as etapas da adequação e da necessidade, passa-se para a proporcionalidade em sentido estrito. Nesta fase, serão analisadas as possibilidades jurídicas e proceder-se-á ao balanceamento. Nesta etapa deve ser demonstrado que "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2015. p. 593).

A ponderação pode, desta forma, conduzir a três situações distintas:

> [...] (I) A restrição está conclusivamente determinada pela constituição no caso concreto, ou seja, é possível inferir diretamente da constituição a conclusão de que o princípio P1 deve ser restringido com fundamento em P2; (II) a restrição está conclusivamente proibida pela constituição, ou seja, ao se ponderar P1 e P2 se chega com segurança à conclusão de que o princípio restringido tem peso superior ao princípio que justifica sua restrição; (iii) a restrição não está nem conclusivamente proibida nem conclusivamente permitida pelas normas de direito fundamental diretamente instituídas pela Constituição...Nesse ultimo caso, estamos diante da margem de livre apreciação do legislador (BUSTAMANTE, 2010, p. 172),

Assim, considerar-se-á não fundamentada a decisão judicial que limitar-se a mencionar que, com fulcro na proporcionalidade, afasta-se a incidência de um princípio em detrimento de outro ao caso em análise, pois é necessário que se demonstre minuciosamente o procedimento de aplicação desta regra, bem como qual fora o resultado encontrado com o balanceamento.

Aplicar a proporcionalidade sem que se justifique a referida aplicação expõe "[...] a fragilização não virtuosa do sistema codificado de corte romano-germânico sob a qual surge uma elite judicial que cria seus próprios códigos e procedimentos ao arrepio do direito legislado, resultando no subjetivismo judicial" (ZANETI JR, 2007, p. 248), o que conduz a [...] "um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da constituição e da lei por aquela subjetiva do juiz" (BONAVIDES, 2004, p. 433).

Ademais, é necessário, ainda, para que uma decisão seja corretamente justificada nos termos do art. 489, §2º, que o julgador enuncie as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. As premissas fáticas dizem respeito ao conjunto probatório constante nos autos que o julgador apreciou para formar seu convencimento, nos termos do art. 371, CPC/2015.

> [...] Pelo princípio da unidade probatória, revela-se que o juiz no momento da decisão deve ter o cuidado de analisar todas as provas produzidas, ainda que na fundamentação selecione as que para cada questão fática levaram-no ao convencimento. Há disposto no art. 371 do CPC/2015 um dever de apreciação da prova constante nos autos, sendo a desconsideração uma omissão violadora da norma. Se por um lado não existe um sistema de provas legais, por outro lado, não se admite julgamento sem a consideração do acervo probatório (FERREIRA, 2015, p.1.002).

No entanto, para que uma decisão seja devidamente fundamentada com fulcro no art. 489, §2º, CPC/15 não é suficiente apenas enunciar as razões que autorizam a interferência na norma afastada, o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada, bem como as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. É necessário que também se enfrente todos os fundamentos aduzidos pelas partes, nos termos do inciso IV do art. 489, CPC/15.

> [...] O juiz tem o dever de enfrentar todos os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais. Isso porque o juiz, por força da caracterização do direito ao contraditório como direito de influencia (arts. 5º, LV, CF, e 9º e 10, CPC) constitui sujeito do contraditório, tendo dever de debate com as partes (arts. 93, IX, CF, e 11 e 489, §1º, IV, CPC). Se texto e norma não se confundem (em outros termos, se a norma é resultado da intepretação e não seu objeto), então é evidente que a sua legitimidade está atada à participação das partes na formação, o que é realizado pelo direito ao contraditório como direito de influencia e aferido pelo dever de debate. A norma jurídica é fruto de uma colaboração entre o legislador e o juiz, de modo que a sociedade civil tem o direito não só de influir no momento da sua formação legislativa, mas também no momento da sua reconstrução jurisdicional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 493).

Não há que se confundir, nessa perspectiva, fundamentos com argumentos.

> [...] Argumentos são tão somente raciocínios para fortalecer os fundamentos, estes sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário. **Em suma, a garantia que envolve a motivação decisória estará circunscrita aos fundamentos na forma resumida, isto é, em relação as proposições que podem levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, sejam por razões de forma (questões processuais), sejam por questões de conteúdo de fundo (questões materiais). O argumento, por sua vez, estará caracterizado como retórica que gravita em torno do fundamento, ou seja, está atrelado à manifestação de convencimento em relação à questão que pode levar ao sucesso ou insucesso da postulação. Merece alerta que em alguns momentos a diferença entre fundamentos e argumentos pode não estar tão evidente (ao menos na percepção do julgador)...a depuração e demonstração apresentada (envolvendo fundamento e argumento), como se percebe, passará, pela seguinte indagação: a falta de motivação está atrelada a algum fundamento relevante do desfecho da causa? Certamente se à resposta à pergunta for positiva haverá a violação do dever de motivação (que não pode ser suplantado pelo argumento solteiro do livre convencimento). De**

> **toda sorte se a situação for inversa, ou seja, a resposta for negativa, verificando-se que a questão não tem calibre para alterar o rumo decisório, estar-se-á, provavelmente, diante de um argumento que foi utilizado como reforço de convencimento** (Grifamos) (MAZZEI, 2015, p. 218-219).

Explica Rodrigo Reis Mazzei (2015, p. 219), ademais, que em algumas situações:

> [...] As palavras fundamento e argumento são utilizadas quase como sinônimos...exemplo, frisante (e bem atual) pode ser colhido do artigo 489 do Novíssimo Código de Processo Civil, na medida em que, embora o desenho de fundamentação seja trazido de forma simétrica ao que aqui propomos em partes capitais do dispositivo (artigo 489, inciso II, §1º), consta que não será fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. A atenta observação do inciso IV, do § 1º, do artigo 489, contudo, revela que o novo código busca compelir o magistrado ao dever de fundamentar em relação às questões (= fundamentos) que sejam capazes de sustentar (ou contrariar) a conclusão adotada pelo julgador. Tal fato demonstra que não se trata de simples argumentação (= retórica de convencimento), mas da própria matriz do fundamento, já que esta que será capaz de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Assim, não é a literalidade das palavras fundamento e argumento que deve ser tirada como pedra de toque no enfrentar da problemática, pois, na realidade, o que deve ser analisado é a densidade jurídica da questão, a fim de saber se ela terá (ou não) potência para interferir no sucesso ou insucesso da ação e/ou do (s) pedido (s), caso seja apreciada com perfeita motivação decisória.

Considera-se omissa, e, portanto, não fundamentada a decisão que deixa de justificar o objeto e os critérios da ponderação, bem como as razões que autorizam a interferência na forma afastada, ou, que não aprecia as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Para sanar a omissão, utiliza-se dos embargos de declaração, previsto no art. 1.022 e seguintes do CPC/2015.

> [...] O NCPC, através do art. 1.022, adota o princípio da ampla embargabilidade, na medida em que permite a apresentação dos embargos de declaração contra qualquer decisão judicial bastando, para tanto, a abstrata exigência dos deslizes decisórios que a figura se propõe a corrigir: omissão, obscuridade e erro material. Não poderia ser diferente, eis que o princípio da ampla embargabilidade-aplicável aos embargos de declaração-está autorizado pela Constituição Federal especialmente pelos incisos IX e X do art. 93 e pelo inc. XXXV do art. 5º, pois não há espaço-pelo texto constitucional-para qualquer ato decisório sem fundamentação hígida (isto é: clara, completa e não contraditória) e que, se judicial, negue o direito a jurisdição...O órgão julgador fica obrigado, sob pena de nulidade, a decidir (e motivar) sobre todo o material relevante trazido pelas partes em seus respectivos atos postulatórios, através dos contornos que são dados à lide com base no princípio dispositivo. Fica o julgador compelido, também, a decidir (e motivar) sobre as questões que são remetidas ao seu domínio independentemente de requerimento das partes, bastando, para tanto, que seja invocada a prestação jurisdicional (princípio inquisitório). Assim, ao

> decidir, o julgador estará jungido a observar as questões relevantes colacionadas pelas partes (princípio dispositivo) e, ainda, as que, em razão de seu dever de ofício (princípio inquisitório), devem ser alvo de analise (MAZZEI, 2015, p. 2.275).

Nesse sentido, os embargos de declaração:

> [...] ocupam cada vez mais posição de destaque no nosso sistema processual, admitindo-se, em julgamento do recurso de saneamento, até mesmo a anulação ou modificação da decisão embargada. Com efeito, a decisão fundamentada reclama a clareza, a coerência (lógica) e completude, sob pena de nulidade e os embargos de declaração, por sua vez, são a postulação mais adequada para sanar tais vícios de fundamentação (obscuridade/clareza contradição/coerência lógica e omissão/completude). De toda sorte, os embargos de declaração somente têm sido recepcionados com êxito para o saneamento da motivação decisória em situações em que os fundamentos apontados no recurso estão devidamente descriminados, com o indicativo da consequência jurídica que a falha decisória causou (MAZZEI, 2015, p. 221).

Por fim, em decorrência do requisito da universalização e da coerência, este último previsto no art. 926, CPC/15 é necessário que se extraia da sentença, uma norma geral construída a partir do caso concreto, apta a ser utilizada de modelo para a solução de casos semelhantes. “[...] Tal norma geral é extraída da fundamentação e constitui precedente a ser seguido em casos sucessivos” (CUNHA, 2015, p. 1.237).

> [...] Para que seja dotada de racionalidade-e, portanto, para que seja aceitável do ponto de vista do Estado Constitucional- a sentença deve ser estruturada não só a partir da fórmula apresentada no art. 489, caput, CPC, mas também a partir da necessidade de racionalidade decisória: daí que é imprescindível reconhecer a necessidade de termos para cada decisão correlata justificação. A justificação deve ser interna (lógica) e externa (argumentativa). Além da imprescindibilidade de a atividade interpretativa desenvolvida pelo interprete ser racional, também o resultado da interpretação deve sê-lo: daí as decisões interpretativas, devem ser coerentes e universalizáveis (art. 926, CPC) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 492).

Seguindo estes requisitos será possível [...] “controlar a decisão judicial através do conteúdo da fundamentação, pois, a falta de raciocínio ou de previsibilidade da decisão, poderá conduzir a ausência de aplicação de uma norma, apenas porque o julgador não gostou da lei” (BRASIL JÚNIOR, 2007, p.111-112).

Assim, resta claro, que a utilização do art. 489, §2º, CPC/15, pelo magistrado para fundamentar uma decisão judicial, requer, um elevado ônus argumentativo. Ademais, aludido dispositivo, só deve, portanto, ser utilizado em caso de ocorrência

de real colisão entre princípios, ou, para afastar a incidência ao caso concreto de uma regra. O dispositivo em epígrafe é, portanto, de aplicação residual.

2.5 O ARTIGO 489, § 2º CPC/15 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

À luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, o art. 489, §2º, CPC/15 só deve ser aplicado às hipóteses de colisão entre princípios, pois regras não são suscetíveis de serem ponderadas. Uma colisão entre regras só seria possível se "[...] se admitisse também uma ponderação de regras, o que me parece uma contradição nos próprios termos, as regras jamais se deixam ponderar" (BOROWSI, 2010, p. 21). Somente poderia se falar em colisão ou ponderação de regras jurídicas se "[...] as palavras colisão e ponderação fossem empregadas em um sentido radicalmente diferente daquele utilizado por Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais" (BUSTAMANTE, 2010, p. 168).

> [...] O legislador, ao estabelecer, de forma atécnica, a ponderação de "normas", "esqueceu" que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua Teoria da Argumentação Jurídica...Explicando melhor, há dois modos de tratar a complexa problemática da ponderação. O primeiro modo, que advém da vulgata que se fez da teoria alexyana no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior relevância para se aplicado ao caso, e, assim, no caso do art. 489, §2º, do CPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em face da ponderação. Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. Outro caminho, muito mais sofisticado, é aquele decorrente da aplicação rigorosa da teoria discursiva de Robert Alexy, observando todas as suas exigências. **Veja-se: Alexy nem de longe admite ponderação de regras...nos termos como quer Alexy, a questão da ponderação apenas surge a partir da estrutura semanticamente aberta das normas de direitos fundamentais, e que, por essa razão, podem entrar em colisão. Assim, normas de direitos fundamentais assumem natureza de princípio e, por consequência, estes -os princípios- são considerados mandamentos de otimização, isto é, eles exigem uma metodologia distinta da mera subsunção para poder ser aplicados nos casos concretos** (Grifamos) (STRECK, 2016, p. 689-690).

Portanto, à luz da proposta alexyana o art. 489, §2º, só deve ser utilizado em caso de colisão entre princípios.

> [...] deve-se tomar a linguagem em sua especificidade própria, à luz da dogmática jurídica. Assim, interpretar-se-á "colisão entre normas" como "colisão entre princípios jurídicos" ou "direitos fundamentais com caráter de princípios" e não como qualquer conflito normativo (BRINGEL; MACEDO, 2015, p. 167).

Assim sendo, primeiramente, deve o aplicador verificar se a hipótese em análise diz respeito a uma real colisão entre princípios[134]. Em caso positivo, antes de se proceder à ponderação, deverá verificar se para o caso existe um precedente ou regra a ser aplicada.

A aplicação do art. 489, §2º, conforme já aventado, é residual. Da mesma forma, o manejo da técnica da ponderação na teoria de Alexy também só deve ser utilizada em casos de reais colisões entre princípios e desde que não exista regra ou precedente a ser aplicado ao caso concreto. Inexistindo, passa-se ao balanceamento.

A ponderação desenvolve-se por intermédio da aplicação da regra da proporcionalidade, que, reitera-se, é composta de três máximas parciais: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Nas duas primeiras fases, verificam-se as possibilidades fáticas dos princípios em colisão. Na proporcionalidade em sentido estrito, é que se procede a análise das possibilidades jurídicas[135].

Estas etapas correspondem, simultaneamente, "a enunciar as razões que autorizam a interferência na norma afastada" e "a justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada", previstas no art. 489, §2º, CPC/2015.

Na teoria Alexyana, a justificação externa da decisão referente a uma colisão entre princípios desenvolve-se por intermédio da lei de colisão, já a justificação interna perpetra-se pela lei de ponderação[136].

---

[134] Nesta fase identifica-se os princípios em colisão.

[135] A ponderação proposta tal como delineada na Teoria de Alexy, fora explicada de forma pormenorizada no capítulo 1. Repeti-la incidiria em redundância, razão pela qual, optou-se por explica-la suscintamente.

[136] Do balanceamento, em Alexy, decorrem duas leis, a lei de colisão e a lei de ponderação.

Para Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

> [...] De importância central é o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas de discurso se preocupam com afirmações normativas. Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. O discurso jurídico é um caso especial da argumentação prática geral, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do direito, bem como- é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica- sua sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual (ALEXY, 2001, p . 26-27).

Alexy entende que:

> [...] Uma teoria da argumentação jurídica só revela todo seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Essa última teoria teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o sistema jurídico como sistema de procedimentos e o sistema jurídico como sistema de normas. O primeiro representa o lado ativo, e se compõe de quatro procedimentos: o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial. O segundo é o lado passivo, e, de acordo com Alexy, deve mostrar que o direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios (ATIENZA, 2002, p. 236).

Os princípios se submetem, assim, a um balanceamento para que se determine qual deles terá precedência em um caso concreto. Deste procedimento é possível extrair uma regra denominada de lei da colisão, que preconiza: “As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalente”. Assim sendo, todas as vezes que princípios colidirem sob as mesmas circunstâncias fáticas o caso não será mais de colisão entre princípios, mas sim, de observância a uma regra já fixada anteriormente[137].

> [...] a razão teleológica da ponderação é determinar um enunciado de precedência, por meio do mecanismo de precedência condicionada (e não preferência incondicionada), que permitirá a formulação de uma regra de direito fundamental a ser aplicada por subsunção, de forma que se permita

[137]Ressalte, contudo, conforme afirmado por Karl Larenz (1997, p. 378-379), que a relação condicionada de princípios decorrente da fórmula da ponderação, deve ser interpretado com cautela, pois: “[...] não existe, no entanto, uma intepretação absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tampouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre em referencia de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes”.

> um teste/controle intersubjetivo da decisão. A fundamentação do alcance deste enunciado de precedência é que permitirá a racionalização das decisões judiciais e a aplicação da mesma regra aos casos idênticos (se não idênticos, reclama-se uma nova ponderação, nos mesmos moldes), fortalecendo um sistema íntegro e estável de precedentes judicias (BRINGEL; MACEDO, 2015, p. 168).

Traçando-se um paralelo com o art. 489, §2º, CPC/15 a formulação da lei de colisão corresponde à enunciação das premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

> [...] ao referir-se às premissas fáticas adotadas, exige-se que o julgador não deixe de lado as circunstâncias fáticas que, ao fim e ao cabo, contribuem que para a formação da norma. A formação da norma requer uma relação entre o texto e os fatos aos quais ele se aplica (BORNHOLDT, 2015. p.1).

Na teoria de Alexy,

> [...] Os princípios não funcionam como topoi. Ao longo do tempo, a operação do direito estabelece entre eles uma ordem frouxa, que se refere, em primeiro lugar, a um sistema de condicionantes de prioridade, estruturado a partir de um conjunto de decisões pregressas tomadas mediante ponderação de princípios. Este sistema, mesmo contingente, serve como referência para o aplicador, funcionando como uma espécie de horizonte de sentidos normativos. Ele também permite afirmar que vigora o princípio da universalidade no tratamento dado à solução de conflitos entre princípios. Liga-se a ele, em segundo lugar, um sistema de prioridades prima facie, o qual estabelece que aquele que deseja refutar a prioridade estabelecida em prol de um determinado princípio responderá pelo ônus da prova, isto é, a responsabilidade por fundamentar de maneira convincente tal pretensão. Em terceiro lugar, a ordem estabelecida entre os princípios seria garantida por um sistema de estruturas de ponderação. Tais estruturas dizem respeito à dupla exigência dos princípios, como mandados de otimização dirigidos às possibilidades fáticas e às possibilidades jurídicas de seu cumprimento (BARBOSA, 2008, p. 26).

O sistema de condicionantes de prioridade determina que é possível estabelecer uma relação de prioridade entre os princípios, aptas a auxiliarem novos casos concretos, visto que “[...] as condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suporte fático de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente” (ALEXY, 1998, p. 147).

Já o sistema de prioridade *prima facie* objetiva delinear certa ordem no âmbito dos princípios, porque, para afastar um principio, é necessário que se faça uma devida argumentação, pois “[...] la prioridad que se establece de um princípio sobre otro

puede cambiar en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridade corre con la carga de la prueba" (LARRAÑAGA, 1994, p. 223)[138].

Por fim, o sistema de estruturas de ponderação (sopesamento) aduz que as prioridades prima facie deverão ser analisadas em um contexto que deve necessariamente extrair as possibilidades fáticas e jurídicas de um direito fundamental sob a máxima da proporcionalidade e suas submáximas. Compatibilizando estes dois institutos: "[...] uma teoria dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional, que não valem para um simples catálogo de topoi" (ALEXY, 1998, p. 147-148).

> [...] A fundamentação de um enunciado de preferência condicionada não coincide com a fundamentação do processo de ponderação. A fundamentação do enunciado de preferência condicionada é, de fato, a fundamentação da regra de precedência, ao enunciar a lei de colisão. No entendimento de Alexy, esta regra, que estabelece a precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições, é uma norma subordinada a disposições jusfundamentais, e sua fundamentação se dá em concreto. Ela pode recorrer a "cânones de intepretação", argumentos dogmáticos, prejudiciais, práticos e empíricos em geral, como também às formas de argumentos especificamente jurídicos. Teríamos este tipo de fundamentação diante de uma justificativa para a prevalência do princípio P1 em face do princípio P2, diante de uma determinada situação concreta (C). O que Alexy procura, entretanto, é o fundamento da ponderação como método. É até agora nada se disse a respeito disso, já que a regra de precedência é, de acordo com a lei de colisão, tão somente o resultado deste procedimento de ponderação (BARBOSA, 2008, p. 26).

Para que a ponderação seja devidamente fundamentada como método, Alexy propõe uma lei de ponderação, que vale abstratamente para solucionar a colisão entre quaisquer princípios, redigida nos seguintes termos: "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, 2015, p.593). Com a lei de ponderação, Alexy pretende unir o modelo de ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional.

Assim, como a lei de colisão se presta a justificar externamente um juízo que contrapõe dois princípios que colidem entre si, a decisão judicial que efetua uma

---

[138] Tradução: "A prioridade previamente fixada de um princípio em detrimento do outro, pode futuramente ser afastada, no entanto, impõe-se a quem pretender mudar tal prioridade o ônus da prova".

ponderação, nos termos do art. 489, §2º, determinando no caso concreto a precedência de um princípio em face do outro, para estar justificada interna e externamente, nos termos do art. 926, CPC/15, a fim de que a jurisprudência se mantenha íntegra, coerente e estável,

> [...] Tem de ser redigida em termos universais. Ela tem de apresentar as suas conclusões como emanando de uma regra que pode ser generalizada e deve ser repetida em todos os casos semelhantes, sob pena de séria violação aos princípios gerais da imparcialidade e da justiça formal. A norma especial que se estabelece para justificar a superabilidade é uma regra que se repete por força da vinculação ao precedente judicial (BUSTAMANTE, 2010, p. 175).

Em síntese, tem-se que o novo código de processo civil, ao impor que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas internas e externamente (art. 489, CPC/15 e 926/CPC), e considerando não fundamentada à decisão que afasta a incidência de um princípio em detrimento do outro, sem que se explicite as razões que autorizam tal interferência e se justifique a ponderação, e, ao exigir, em virtude da adoção de um modelo de precedentes, que as decisões judiciais sejam proferidas de forma isonômica, sempre que existirem pretensões fundadas em questões de fato e de direito similares, evitando-se, com isso, provimentos jurisdicionais arbitrários, que reconduzem a indeterminação do discurso jurídico, pode oferecer parâmetros seguros para que a ponderação se desenvolva tal como Robert Alexy propôs na Teoria dos Direitos Fundamentais. Todavia, eventual, descumprimento do dever de fundamentação, comprometerá sensivelmente a correta aplicação da teoria alexyana.

3 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[139]

O Supremo Tribunal Federal, sistematicamente, tem recorrido à técnica da ponderação como critério a ser utilizado nos casos de colisões entre direitos fundamentais.

A consolidação da utilização do balanceamento como metodologia a ser adotada para solucionar o embate entre direitos fundamentais deu-se no âmbito do julgamento do Habeas Corpus Nº 82. 424-2/RS conhecido como "Caso Ellwanger[140]". Nesse julgamento, "[...] o autor alemão Robert Alexy, foi citado como referência teórica para a técnica da ponderação e o exame da proporcionalidade no novo paradigma da jurisdição constitucional brasileira" (COURA; AVANCE, 2014, p. 2).

[139] Optou-se pela análise de julgados do Supremo Tribunal, em virtude de ser essa corte, destinada, precipuamente ao exame de questões eminentemente constitucionais. Ademais, em virtude da adoção de um modelo de precedentes previsto nos arts. 926, CPC/2015, tem-se, que os demais tribunais deverão observar as decisões proferidas no âmbito dos tribunais de vértice (vinculação vertical), sendo assim, a metodologia utilizada pelo STF quando da resolução de colisão entre princípios deverá ser observada pelos demais.

[140] O caso Ellwanger pode assim ser resumido: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger por editar, distribuir e vender livros antissemitas de sua autoria, como incurso nas penas do art. 20, da Lei 7.716/89 (Praticar, induzir ou incitar por publicações, a discriminação ou preconceito de raça, religião ou procedência nacional). Em virtude da condenação, recorreu ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer o seu direito de liberdade de expressão. No julgamento do caso entendeu-se que o "princípio da proporcionalidade" permitira que fosse verificada a constitucionalidade ou não de uma restrição a um direito fundamental, fixando o "limite do seu limite", seu núcleo essencial ou eventual proibição de excesso da intervenção. O ministro Gilmar Mendes aventou que o "principio da proporcionalidade" deveria ser concebido como um método para resolução de conflitos entre princípios, ponderando-se o peso relativo de cada um deles na sua condição de bens constitucionais. Para ele a aplicação do princípio da proporcionalidade deveria se dar sempre que se pretenda verificar a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental ou um conflito entre os direitos fundamentais-princípios constitucionais- determinando-lhes o seu peso relativo em um dado caso concreto. Aplicando a proporcionalidade e suas três submáximas, entendeu Gilmar Mendes que a condenação de Ellwanger seria o meio adequado para alcançar o fim adequado, qual seja uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância. No que diz respeito a necessidade, afirmou que a sentença condenatória seria o meio menos gravoso para proteger a liberdade, dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Por fim, analisando a proporcionalidade em sentido estrito, entendeu que deveria prevalecer a intervenção no direito de liberdade de expressão do paciente, garantindo a preservação de valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana. Os ministros Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio, também recorreram à ponderação. Aquele entendeu que havia contradição entre princípios jurídicos, aplicando a proporcionalidade para determinar a atipicidade da conduta diante da liberdade de expressão. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, utilizou a proporcionalidade para harmonizar a colisão entre a liberdade de expressão e a vedação ao racismo. Ao final, entendeu que a liberdade de expressão gozava de primazia. Ao final do julgamento, o Habeas Corpus foi indeferido, reconhecendo-se a prática de racismo a e sua imprescritibilidade.

Nesse contexto, insere-se a pesquisa que objetiva avaliar se o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a ponderação, aplica-a da forma como fora desenvolvida por Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais.

O exame propõe-se, portanto, a examinar na prática jurisdicional do STF, se a técnica da ponderação, e, por conseguinte, a utilização da proporcionalidade, vem sendo aplicada, de acordo com a proposta metodológico- teórica proposta por Alexy.

3.1 METODOLOGIA DE COLETA DE DADOS [141]

Para se proceder à análise de julgados necessário se faz expor com precisão o meio pelo qual as informações colhidas e avaliadas foram obtidas, "[...] o caminho da pesquisa é nada menos que sua metodologia: critérios de coleta e análise de dados, entre outros" (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012, p. 155).

Ressalte-se, todavia que:

> [...] Em razão da especialidade desse tipo de pesquisa, alguns cuidados devem ser tomados. A metodologia de uma pesquisa de jurisprudência deve, conter, ainda, os seguintes elementos que lhe são peculiares: i) formação do conjunto de casos a serem examinados (amostra) e ii) método para responder à questão que tome por base as decisões contempladas (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012, p. 156).

No que diz respeito "aos casos examinados", escolheram-se seis decisões, que recorreram à técnica da ponderação como critério a ser utilizado para resolução das controvérsias envolvendo colisões entre direitos fundamentais.

Dentre essas, três delas foram escolhidas em virtude da repercussão e relevância social do caso, em virtude da matéria apreciada, quais sejam: Recurso Extraordinário Nº 543.974-7/MG ("Caso Gleba"), Recurso Extraordinário Nº 511.961/DF ("Inexigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista") e Habeas Corpus Nº 124.306/RJ ("Inconstitucionalidade da incidência

[141] Além das obras referenciadas neste tópico, a metodologia de coleta de dados adotada nesta dissertação, seguiu, ademais, o método empregado por Tainá Aguiar Junquilho em dissertação intitulada de "A Teoria dos precedentes judiciais e a responsabilidade da Suprema Corte no Controle de Constitucionalidade Difuso", disponível na íntegra em: <http://www.direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-tese?id=9922>. Acesso em: 22. mar.2017.

do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestão no primeiro trimestre”). As demais são: Habeas Corpus Nº 122.694/SP, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 16.26/UF e Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4825/MS.

Portanto, para obtenção destes dados, utilizou-se a “amostragem não probalística intencional”.

> [...] é que, com bom julgamento e uma estratégia adequada, possamos escolher os casos que devem ser incluídos na amostra e, assim, chegar amostras que sejam satisfatórias para nossas necessidades (JAHODA et.al., 1974, p. 578).

Quanto ao lapso temporal para análise das decisões, exceto para as classificadas como “repercussão ou relevância social em virtude da matéria a ser apreciada”, estabeleceu-se o marco de 2014 até 2017, ano em que se realizou a dissertação.

O modo pelo qual as decisões serão analisadas seguirá o binômio “fôlego” e “suficiência” (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012). Nesse sentido:

> [...] Deve-se buscar analisar um número de decisões analisar um número de decisões que permita o diagnóstico proposto pelos objetivos do estudo e que seja possível dentro das possibilidades temporais atribuídas à investigação. Cabe, então, evidenciar as seguintes questões: (i) como foram obtidas as decisões?; (ii) uma vez obtidas as decisões, quais foram selecionadas e por qual razão? (JUNQUILHO,P. 93, 2016).

As decisões foram obtidas por meio de busca no site oficial do STF utilizando a seção “pesquisa de jurisprudência”, tendo como critério de busca os termos “ponderação”, “sopesamento”, “proporcionalidade” e “colisão entre direitos fundamentais”. Descartaram-se as decisões que utilizaram a proporcionalidade com critério para aferir valor de penalidade a ser imposta em virtude de descumprimento de obrigações das mais variadas espécies, tais como, por exemplo, multas tributárias, (proporcionalidade aritmética), haja vista não ter pertinência temática com a colisão entre direitos fundamentais.

O modo de seleção dos julgados observou três etapas distintas na análise de decisões: 1) formação e organização do banco de dados; 2) fase de avaliação das considerações formadas nas decisões e, 3) apreciação crítica dos fundamentos

encontrados (FREITAS; LIMA, 2010). Baseando-se nos resultados, partiu-se para análise dos julgados à luz da teoria de Alexy. As conclusões da pesquisa serão apresentadas na seção de encerramento do capítulo.

3.2 RE 543.974-7/MG (“CASO GLEBA”)

3.2.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Acórdão
PARTES	Olivinho Fortunato da Silva União Federal
PEDIDO	Expropriação de propriedade rural em toda extensão
CAUSA DE PEDIR	Violação ao artigo 243 da Constituição Federal
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO	-Negou provimento a Apelação; -Entendeu que apenas a área onde efetivamente fora cultivada a planta psicotrópica que deveria ser desapropriada, porque a perda da propriedade em sua total extensão violaria o princípio da proporcionalidade
RE STF	Deu provimento ao Recurso por entender, dentre outros, não afronta ao princípio da proporcionalidade.
MINISTRO RELATOR	Eros Grau

Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594713>

Em resumo, por intermédio do RE 543.974-7/MG, a União objetivava que o STF reformasse a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região que admitiu a desapropriação de somente parte de uma propriedade rural onde foram encontradas plantações de plantas psicotrópicas. Em resumo, seriam desapropriados 150 $m^{2,}$ sendo que a propriedade possuía 25,8 hectares. Sustentava, em síntese, a União, que houve afronta ao artigo 243 da Constituição Federal, que determina a desapropriação de terras onde forem encontradas aludidas substâncias, para que sejam destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular. Considerando a relevância da matéria, o relator afetou ao plenário do STF o julgamento do Recurso.

3.2.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

Na primeira parte do Recurso Extraordinário, fora argumentado se o conceito de gleba, previsto no art. 243, correspondia à propriedade em toda a sua extensão, ou apenas à parte em que se encontravam as plantas psicotrópicas. Sobre este ponto, adotou-se o entendimento de que a "gleba" referida no artigo 243, da CF/88 correspondia à propriedade envolvida em toda a sua extensão.

No entanto, considerando que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao decidir por desapropriar apenas parte da propriedade, fundamentou a decisão, dentre outros fundamentos, com base no "princípio da proporcionalidade", o ministro Eros Grau também enfrentou este fundamento. Sobre este ponto manifestou-se nos seguintes termos:

> [...] Por fim o Tribunal Regional Federal afirmou que **"o perdimento da totalidade do imóvel, afrontaria o princípio da proporcionalidade".** Essa é, porém, uma oposição ao que o Poder Constituinte estabeleceu. Oposição que não cabe ao Poder Judiciário formular. Diz-se , **em outros termos, que a expropriação da totalidade da gleba onde foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas é desproporcional. Como se o Tribunal Regional Federal apontasse, corrigindo-o um desvio do** Poder **Constituinte. Como se o principio da proporcionalidade a ele, Poder Constituinte, se impusesse, limitando-o.** O Poder constituinte seria soberano nos limites da proporcionalidade... não seria soberano! Um coisa nunca vista!...**Tenho reiteradamente discordado da banalização da proporcionalidade.** Não irei mais bater nesta tecla. **Desejo exclusivamente valer-me, agora, de observação do Canotilho, atinente ao que ele mesmo chama de desvio do poder legislativo**. Faço-o adaptando o seu texto à situação de que se trata, para indagar se a fundamentação da decisão judicial pode assentar em vícios...digo vícios entre aspas...vícios produzidos no âmbito da liberdade de conformação do Poder Constituinte ou no exercício da soberania do Poder Constituinte. Não me abalarei, em nome do respeito que devo a essa corte, tal a sua obviedade, a dar resposta a essa questão. Reporto-me unicamente ao que anotei em texto da doutrina, quando me detive, criticamente, sobre o tema do controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, expandindo-me inclusive em considerações a respeito da construção do Ministro Celso de Mello quanto a ele. Não vos cansarei reproduzindo neste passo essas anotações, que não obstante, peço sejam tidas agregadas a este voto (Grifamos).

Os demais ministros acompanharam o voto do relator. Assim, ao final, adotou-se o entendimento de que a gleba referida no artigo 243, da CF/88 correspondia à

propriedade envolvida em toda a sua extensão, razão pela qual o recurso fora por unanimidade conhecido e provido.

Extrai-se desta decisão, que o caso não envolvia colisões entre direitos fundamentais, razão pela qual, à luz de Alexy não seria necessário recorrer à ponderação, tampouco à proporcionalidade. Discutia-se apenas se o vocábulo "gleba" referia-se à toda extensão da propriedade ou somente a uma parte.

Uma vez definida a extensão, ainda, poder-se-ia indagar se seria razoável determinar que toda à área fosse expropriada, sendo que as plantas foram encontradas somente em parte da propriedade. No entanto, este exame é afeto à razoabilidade e não a proporcionalidade. Extrai-se do próprio voto do relator que, neste caso, utilizou-se proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade.

3.3 RE 511.961/SP ("INEXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA")

3.3.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Acórdão proferido em Ação Civil Pública
PARTES	Sindicato das empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo, Ministério Público Federal, União Federal
PEDIDO	Prática do jornalismo sem o diploma
CAUSA DE PEDIR	Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso V, do Decreto Lei Nº 972, 1969
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO	-Julgou procedente a apelação interposta pela União declarando que todas as normas veiculadas pelo Decreto-Lei nº 972/69 foram integramente recepcionadas pela Constituição, sendo legítima a exigência de diploma para o livre exercício da profissão de jornalista
RE STF	Deu provimento ao Recurso e declarou a não recepção pela constituição de 1998 do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69
MINISTRO RELATOR	Gilmar Mendes

Fonte:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>

No Recurso Extraordinário RE 511. 961/SP analisou-se a constitucionalidade do art. 4º, V, do Decreto-Lei Nº 972/169, que exigia diploma para o exercício da profissão de jornalista. Sustentou os recorrentes, em síntese, que aludido artigo não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em virtude da liberdade de profissão e expressão prevista no art. 5º, IX e XII e art. 220, caput e §1º.

Ao final deu-se provimento ao recurso extraordinário, por maioria, declarando-se a não recepção do art. 4º, V, do Decreto- Lei 972/1969.

3.3.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

Na primeira parte de seu voto, o ministro relator analisou se o Ministério Público Federal teria legitimidade para propositura da ação civil pública, superada esta questão preliminar, e entendendo ser o *parquet* detentor de legitimidade ativa, passou-se a análise da fundamentação.

Preliminarmente, Gilmar Mendes enfatizou a “importância do julgamento em questão e o profundo impacto social” (fl. 733). Após, entendeu que o “tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim com a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas” (fl. 736).

> [...] O tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas. Como tenho defendido em estudos doutrinários, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental 7. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições) 8 . O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (Tatbeständen) contemplados na norma jurídica (v.g. , reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental

> 9 . Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (Lebenswirklichkeit) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outra s palavras, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental 10. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo = rechtsoder norm- geprägter Schutzbereich). Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais 11. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação 12. Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (O que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição 13 . Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito 14. Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional 15. Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo 16. Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento. Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais 17. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito (fls.737-739).

Entendeu, ademais, que:

> [...] Dessa forma, enquanto principio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. **A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o principio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o principio da reserva legal (Gesetzes vorbehält) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) , pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).** (p. 743). (Grifamos).

Seguindo a linha de raciocínio até então desenvolvida, passou a analisar o art. 4º, inciso do Decreto-Lei nº 972/1969 que contém em seu cerne a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Primeiramente, aduziu que no exame da proporcionalidade, o dispositivo legal em epígrafe, não passaria sequer no teste da adequação.

> [...] **No exame da proporcionalidade, o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/1969 não passa sequer no teste da adequação (Geeignetheit**). **É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros.** De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. **O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros.** As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão. (fl. 756)

Os demais ministros, com exceção da ministra Ellen Gracie, que também recorreu à proporcionalidade para fundamentar seu voto, e do ministro Marco Aurélio, que negou provimento ao recurso, entenderam que o art. 4º, inciso V, do Decreto Lei Nº 972, 1969, não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, baseando-se em diversos outros fundamentos. A ministra mencionada em epígrafe na primeira parte do voto manifestou nos seguintes termos:

> [...] Assim, a autorização constitucional à imposição de restrições legais aos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento de um Estado de Direito no qual mesmo os direitos mais caros e indispensáveis a uma determinada coletividade não podem ter seu pleno exercício garantido incondicionalmente, sob pena de nulificação de outros direitos igualmente fundamentais. Esse reconhecimento é fruto de amadurecimento, da evolução social e política de um povo. Demonstra valores como o equilíbrio, a ponderação e a equidade. E é esse mesmo equilíbrio que impede que, de outro lado, a concretização das restrições legais aos direito fundamentais constitucionalmente autorizadas termine por esvaziá-los. As restrições legais não podem servir de instrumento de grupos que, sob pretextos políticos variados, busquem estrangular ou alijar os direitos fundamentais gerados pelo constituinte originário, pois aquelas (as restrições) servem ao exercício equilibrado, justo, possível e real destes últimos (os direitos fundamentais). **Daí a utilidade do juízo de proporcionalidade ou de razoabilidade no exame da norma restritiva de direito fundamental, que deve passar pelo crivo dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No caso sob exame, tem-se,**

> **claramente, norma restritiva da liberdade de exercício profissional do jornalismo. Portanto, faz-se necessário averiguar, para fins de reconhecimento de sua recepção pela ordem constitucional vigente, se a grave restrição nela contida está ou não autorizada pelo art. 5º , XIII, da Carta Magna. É preciso ter em mente, nessa análise, que a restrição legal a direito fundamental constitucionalmente autorizada é aquela estritamente indispensável, ou seja, cuja ausência tornaria o exercício individual do direito um verdadeiro risco aos demais integrantes da coletividade. E nessa perspectiva que a expressão "atendidas as qualificações profissionais", constante do inciso XIII do art. 5º da Constituição, deve ser entendida.** (fl. 819).

Prossegue aduzindo que:

> No excelente parecer que emitiu, no ano de 1999, na qualidade de professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, já advertia o eminente Ministro Eros Grau que "não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita; passaria a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, oficio ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preenchesse os requisitos que, a seu talante, viesse a reclamar; esses requisitos só podem ser os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade". Ainda no mesmo estudo, explica o notável jurista e colega, no que diz respeito às qualificações profissionais específicas, que será razoável sua exigência legal quando "o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos**". É o caso, portanto, das profissões relacionadas à vida, à saúde, à liberdade e à segurança das pessoas, que necessitam de um conjunto de conhecimentos técnico-científicos para que possam ser exercidas sem o risco do surgimento de graves danos por ignorância, imperícia ou inabilitação. No presente caso, a exigência de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista é, sem dúvida alguma, restrição estatal inadequada, desnecessária e desmedida**. Isso porque não é a ausência de qualificações técnicas específicas da atividade jornalística que poderá causar danos à coletividade, mas o modo com que o profissional da comunicação lidará com os fatos, a verdade, a moral e a ética, seu grau de responsabilidade, argúcia e comprometimento com o bom-senso e a seriedade. Como bem equacionou o eminente Ministro Eros Grau no parecer já mencionado, o risco de dano proveniente da atividade do jornalista "não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação”. Estamos tratando, em outras palavras, de um ofício humano no qual a qualificação profissional, não obstante o seu imenso valor, situa-se, num plano secundário, logo atrás do talento, da habilidade e do caráter do profissional. **Assim, entendo que a restrição legal ora em exame, advinda de outros tempos, não se compatibiliza nem com o direito fundamental da liberdade de exercício profissional, nem com a restrição legal constitucionalmente autorizada, intrinsecamente ligada à indispensabilidade de qualificações específicas para o exercício da profissão. É norma que não foi, portanto, recebida pela nova ordem inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988** (fl.820). (Grifamos).

Embora tenha-se recorrido à aplicação da proporcionalidade em suas etapas procedimentais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), para analisar se a exigência contida no decreto lei, restringia indevidamente o exercício da profissão de jornalista, se os parâmetros de Alexy tivessem sido devidamente aplicados, o exame da restrição contida na lei, já pararia na etapa da adequação, sendo desnecessário percorrer as demais fases como fez o ministro Gilmar.

No que diz respeito ao voto da ministra Ellen Gracie, equiparou proporcionalidade e razoabilidade, afirmando, que a norma contida no art. 4º, V, do Decreto-Lei Nº 972/169 deveria ser submetida ao exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, não há no seu voto submissão da norma restritiva a estas três etapas. A menção a desnecessidade e inadequação da exigência de diploma frente à constituição já foram suficientes para o afastamento da norma.

3.4 HC Nº 124.306 (“INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE”).

3.4.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Acórdão
PARTES	Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira, Jair Leite Pereira e Superior Tribunal de Justiça.
PEDIDO	Revogação de prisão preventiva, com expedição de alvará de soltura
CAUSA DE PEDIR	Ausência dos requisitos previstos no art. 312, CPP para decretação de prisão preventiva
ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	Não conheceu do Habeas Corpus
HC STF	Concedeu de ofício a ordem de Habeas Corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes estendo-as aos corréus .
MINISTRO RELATOR	Marco Aurélio

MINISTRO REDATOR PARA O ACÓRDÃO	Luís Roberto Barroso

Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>

No HC Nº 124.306, os impetrantes requereram a concessão de medida cautelar, em face do acórdão proferido pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ. O recolhimento à prisão fora motivado pelo fato dos pacientes manterem clínica de aborto, sendo presos, como incursos nos tipos penais previstos no art. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha), ambos do Código Penal.

Em 08.12.2014 o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada e estendeu os efeitos da decisão para os demais corréus. Iniciado o julgamento, votou pela admissão do Habeas Corpus e no mérito pelo deferimento da ordem para afastar a prisão preventiva. Nesse ponto, o ministro Luís Roberto Barroso, pediu vista antecipada dos autos.

3.4.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

Na primeira parte do voto, o ministro Luís Roberto Barroso, analisou se seria cabível a impetração de Habeas Corpus. Entendeu que na hipótese em tela, o processo deveria ser extinto sem resolução de mérito, visto que não seria cabível, pois neste caso o HC estaria funcionando como substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional, mas, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passaria a examinar a possibilidade de concessão de ordem de ofício.

> [...] Inicialmente, verifico que se trata de habeas corpus , substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ. Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Nada obstante isso, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício (fl. 11).

Em seguida, passou a analisar se incidiam no caso, os elementos autorizadores da prisão preventiva. Entendeu que não restava configurada no caso, hipótese que autorizava a medida prevista no art. 312, CPP. Assim, manifestou-se nos seguintes termos “a ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, no entanto, há outra razão que conduz a concessão à ordem” (fl. 12), que seria a inconstitucionalidade do tipo penal tipificado nos arts. 124 e 126, CP, que punem aborto provocado pela gestante e por terceiros com o consentimento da gestante.

Na terceira parte do voto examinou a constitucionalidade do tipo penal tipificado no art. 312 do Código de Processo Penal.

Primeiramente, afirmou que:

> [...] No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. **O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade** (fl.13) (grifamos).

Após, entendeu que a relevância e delicadeza da matéria justificariam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais, e que o caso em análise, deveria ser resolvido por intermédio da aplicação da proporcionalidade.

> [...] A relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. A história da humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último procura conformar a moral social dominante. O produto deste embate milenar são os direitos fundamentais, aqui entendidos como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional. Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas . Deles resultam certos deveres de abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanação da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis

> às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto **nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde. A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, consequentemente, o controle intersubjetivo das decisões.** (fl. 15) (Grifamos).

Em sequência, passou a analisar quais direitos fundamentais estariam em colisão. Primeiramente, apontou que a criminalização do aborto atinge diretamente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. Seguindo na análise, aventou considerações a respeito do status jurídico do embrião:

> [...] Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. **De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno. Não há solução jurídica para esta controvérsia.** Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher (fl. 17). (Grifamos)

A seguir, o ministro expôs quais direitos das mulheres estavam sendo violados com a punição do aborto. Em síntese: violação da autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação dos direitos sexuais e reprodutivos da

mulher e violação a igualdade de gênero. Entendeu que tipificação desta conduta, produz impacto social sobre “mulheres pobres” [142].

> [...] Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito (fl. 20).

Entendeu ainda, que a criminalização da interrupção da gestão no primeiro semestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher.

> [...] Em suma: na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis. **O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.** (fl.20). (Grifamos)

Feitas essas considerações, afirmou que: “na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

No exame da adequação, assim se manifestou:

> [...] Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito

[142] Expressão extraída na íntegra do HC em análise.

> semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos17. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para a cada 1 mil mulheres 18. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014. **Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando "o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, às chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe", e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa** (fl.24). (Grifamos)

No que diz respeito à submáxima da necessidade:

> [...] Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres. Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. **Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida.** É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica. **Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade** (fl. 24). (Grifamos).

Por fim, passou-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito:

> [...] Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto

> produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso Roe v. Wade, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade. De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um standard capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.

Em conclusão, o ministro concedeu de ofício a ordem de habeas corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-as aos corréus.

Da análise do voto, é possível extrair algumas premissas:

a) A ponderação, na perspectiva, alexyana é um método a ser utilizado em caso de colisão entre princípios. As regras por sua vez, são aplicadas por subsunção. Incidiam no caso em análise, duas regras, quais sejam os tipos penais do art. 124 e 26, CP, o que por si só, à luz de Alexy afastaria a utilização do balanceamento;

b) O ministro equipara proporcionalidade à razoabilidade, ao mesmo tempo, que utiliza a proporcionalidade como regra a ser aplicada para solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

c) Também extrai-se que a proporcionalidade fora associada a ideia de proibição de excesso e insuficiência de proteção aos direitos fundamentais.

Passa-se, a análise do procedimento de aplicação da máxima da proporcionalidade. No exame da adequação, seguindo-se a lógica do ótimo de pareto[143], devem ser eliminados os meios empregados que além de não proteger a finalidade a qual se destinam prejudicam outros direitos.

O ministro explica que a tipificação do aborto, não protege adequadamente a vida do feto, conforme extrai-se deste trecho:

> **[...] A criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando "o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe", e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.**

Embora mencione que a tipificação do crime não protege suficientemente a vida do feto, não aponta qual outro meio seria eficaz para alcançar este fim. Ademais, o grau de eficácia social da norma penal, não é critério a ser utilizado para verificar se o

[143] A ideia subjacente a aplicação do ótimo de pareto foi desenvolvida no tópico 1.4.2

meio escolhido para proteger à vida é eficaz ou não. Seguindo-se Alexy, por certo, o exame pararia na adequação.

A máxima parcial da necessidade pressupõe que existindo dois meios adequados a proteger determinado princípio, escolhe-se aquele que interfira de forma menos intensa. Sobre esse ponto, o ministro afirma que:

> [...] **Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre),** desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

No entanto, o ministro não traz nos autos nenhum dado que corrobore a alegação de que o Estado evita a ocorrência de abortos por meios mais eficazes, como por exemplo, acesso a contraceptivos. Ademais, ainda que tais políticas sejam implementadas, ainda seria necessário adotar outras medidas para se proteger o nascituro.

A ausência de certeza, por si só, à ótica de Alexy já seria suficiente para que o aborto não fosse descriminalizado, pois, incidiria no caso a segunda lei de ponderação: “Quanto mais intensa for à intervenção em um direito fundamental, tanto maior será a certeza das premissas que a sustenta”.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, é necessário verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização do aborto são ou não compensadas pela proteção ao feto. Para tanto, é necessário demonstrar que o grau de não satisfação de um princípio é proporcional ao da importância da satisfação do outro. Mas, no caso em análise, o ministro já pressupôs

que a punição à prática de aborto protege de forma insuficiente os direitos das mulheres, ou seja, os pesos abstratos dos princípios em colisão não foram isoladamente considerados para que se chegasse a uma conclusão de qual deles prevaleceria no caso concreto. Há nesse julgado, portanto, um significativo desvio da teoria de Alexy.

3.5 HC Nº 122.694/SP

3.5.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Apelação
PARTES	Bruno Leite Papa Superior Tribunal Militar
PEDIDO	Declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal
CAUSA DE PEDIR	-Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, com a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei 12.234/10, na parte que alterou o §1º, do art. 110 do CP e na parte que excluiu o § 2º do mesmo artigo.
ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR	-Negou provimento a Apelação; -Entendeu que para os delitos cometidos após a entrada em vigor 12.234, de 5 de maio de 2010, não há como aplicar analogicamente, como vinha sendo feito a antiga redação do 110, do Código Penal.
HC STF	-Denegou o Writ e; -Declarou constitucional o §1º, art. 110, do CP, com a redação dada pela Lei 12.234/10, após realizar uma ponderação entre o direito à liberdade e o direito de efetividade da execução da pena.
MINISTRO RELATOR	Dias Tofoli

Fonte:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071>

Em breve resumo, no HC Nº 122. 694/SP requereu-se incidentalmente a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 12.234/10, que alterou o § 1º, do art. 110, e excluiu o § 2º, para que então pudesse restar extinta a pretensão punitiva estatal.

Com o advento da Lei em epígrafe, vedou-se a possibilidade de utilização da pena aplicada como parâmetro para o cálculo da prescrição ocorrente entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa. Em outras palavras, a teor da redação do art. 110, § 1º, do CP, ainda que haja condenação, a prescrição entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa continuará a ser regulada pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

O impetrante alegou em síntese que a lei era inconstitucional, porque tendia a abolir a prescritibilidade dos crimes em geral ou direito à prescrição, além de afrontar os princípios do não retrocesso, proporcionalidade e duração razoável do processo.

3.5.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

Entendeu o relator que a Lei nº 12.234/10 restringia, em certa medida, o direito de liberdade, configurando assim um conflito entre o direito a liberdade o direito de efetividade da execução penal, conforme se extrai da passagem abaixo transcrita:

> [...] A Lei nº 12.234/10 importa numa intervenção no direito de liberdade. Com efeito, ao determinar que, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa - que continua a operar como marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, do Código Penal) -, a prescrição seja calculada com base na pena em abstrato, e não na pena aplicada na sentença, a lei reduz a probabilidade de extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva. Resta, então, submetê-la ao **exame da proporcionalidade, para se aferir se há justificação constitucional para essa intervenção** (Grifamos) (fl.31).

Esclareça-se que, no voto, o ministro ressaltou existir um “tormentoso campo na terminologia relativa à proporcionalidade, para definir se é critério, princípio, regra, postulado normativo aplicativo, regra de segundo nível ou metaregra”. Afirmou, ademais, que “a proporcionalidade se distingue da razoabilidade em razão de sua origem e estrutura de aplicação”.

> [...] A razoabilidade ou, mais, precisamente, o “princípio da irrazoabilidade”, tem origem na jurisprudência inglesa, que, a partir de decisão proferida em 1948, passou a rejeitar atos ou decisões que fossem excepcionalmente irrazoáveis ou que nenhuma autoridade razoável adotaria. Trata-se, portanto, de um “teste da irrazoabilidade”, para se aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado. Costuma-se ainda associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, baseada no devido processo legal em sentido material, previsto, em nosso ordenamento, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. O exame da proporcionalidade propriamente dito, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Como observa Virgílio Afonso da Silva, embora proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos semelhantes, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – v.g., uma leve intervenção em um direito fundamental desprovida de fundamentação constitucional - sem ser absurdamente irrazoável. Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério (fl.30).

Ademais, o julgador explicitou que o exame da proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida com submáximas que são aplicadas de maneira sucessiva e escalonada, tendo uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Afirmando também que “a observância dessa ordem pré-definida para aplicação é que a torna racional, e não fruto de intuição ou decisionismo judicial”. Aduz, ainda que:

> [...] Não se pode deslembrar que a proporcionalidade, como pondera Luís Prieto Sanchís, deve ser aplicada com prudência, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso, por óbvio, não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta - o que importaria na criação de um espaço isento, de uma “lacuna de constitucionalidade” -, mas, sim, validar opções políticas legítimas (fl.31).

Após expor estes argumentos, passou-se para análise das submáximas da proporcionalidade. Ao analisar a adequação, entendeu que:

> [...] O fim da Lei nº 12.234/10 é promover uma maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional penal, razão por que é constitucionalmente legítimo, na esteira do dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade. Por sua vez, o meio escolhido - impedir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa - é apto, idôneo para promover a realização daquele fim. Portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da idoneidade (adequação) (fl.33).

Superada a etapa da adequação, passou-se para a necessidade. No exame desta submáxima entendeu que:

> [...] Na espécie, para promover o fim de maximizar a efetividade das normas penais incriminadoras, os meios alternativos hipoteticamente elegíveis se mostram tão eficientes quanto a vedação da prescrição retroativa, com base na pena concretizada, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa, mas o aumento de penas e/ou de todos os prazos prescricionais indubitavelmente atingiria, com maior intensidade, o direito de liberdade. Por sua vez, a criação de novos marcos interruptivos da prescrição na fase da investigação preliminar não afetaria o direito de liberdade de modo menos intenso que a medida legislativa ora hostilizada. Dessa feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da necessidade (fl. 35).

Por fim, ao examinar a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu que:

> [...] O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei nº 12.234/10, no que tange à inviabilização da extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e a do recebimento da denúncia com base na pena aplicada, a meu sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente tendente para o leve (= moderada/leve); e) moderada propriamente dita (= moderada/moderada); f) moderada quase séria (= moderada/grave); g) levemente séria (= grave/leve); h) moderadamente séria (= grave/moderado); e i) seriíssima (= grave/grave). Poder-se-ia, também, em vez de utilizar a escala triádica (graus leve, médio e grave), atribuir elementos numéricos crescentes (1,2,3) aos níveis de intensidade da afetação de um princípio e da satisfação do outro, correspondentes àqueles graus, para melhor controlabilidade da argumentação empregada no sopesamento. De qualquer forma, como ressalta Virgílio Afonso da Silva , é mister ter presente que "não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração , pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas". Estabelecidas as premissas do raciocínio a ser empregado, passo ao sopesamento propriamente dito dos princípios ora em conflito. O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei nº 12.234/10, no que tange à inviabilização da extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e a do recebimento da denúncia com base na pena aplicada, a meu sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados. Por sua vez, o grau de importância da satisfação dos princípios colidentes - dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, à vista das razões já expendidas no item IV supra, pode ser classificado como intenso ou forte. Logo, as fortes razões para a intervenção legislativa - maximização do cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade e da efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade, tanto mais que

> os outros meios à disposição do legislador (aumento de penas ou de todos os prazos prescricionais) poderiam afetá-lo de modo muito mais intenso. A título de argumentação, ainda que se reputasse forte o grau de afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional . Dessa feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, é proporcional em sentido estrito (fl, 38).

Percebe-se, assim, que nesta decisão fora reconhecido o caráter procedimental da proporcionalidade, bem como que ela é uma máxima composta de três submáximas (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e não como princípio ao menos sob a ótica de Alexy. Constata-se também que se distinguiu proporcionalidade de razoabilidade.

3.6 ADI Nº 16.26/DF

3.6.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Ação Direta de Inconstitucionalidade
PARTES	Partido Progressista brasileiro União
PEDIDO	Ausência do pagamento de indenização à União no caso de demissão das forças armadas pelo desempenho de cargo estranho ao serviço militar
CAUSA DE PEDIR	Inconstitucionalidade da parte final do art. 117 da Lei nº 6.880 (Estatuto dos servidores militares da União)
STF	Julgou improcedente o pedido formulado na ação direta
MINISTRO RELATOR	Dias Toffoli

Fonte:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12515815>

O Partido Progressista Brasileiro propôs ação direta de inconstitucionalidade em face da parte final do art. 177 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos servidores militares da União), na redação dada pela Lei nº 9.297/1996, por meio da qual se exige o pagamento de indenização à União, no caso de demissão de oficial das Forças Armadas pelo desempenho de cargo estranho ao serviço militar.

A ação foi julgada improcedente, por entender o ministro relator, inexistir no caso em tela, violação ao princípio da proporcionalidade, na medida em que a norma é adequada para o fim que se destina, sem agressão ou nulificação do direito de liberdade profissional.

3.6.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

O ministro relator, ao analisar a ação direta de inconstitucionalidade proferiu voto nos seguintes termos:

> [...] As considerações tecidas na análise da medida cautelar, no sentido da ausência de inconstitucionalidade material do dispositivo questionado, permanecem incontrastáveis. O preceito atacado, de início, determina que o oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente estranho a sua carreira será imediatamente demitido ex officio e transferido para a reserva não remunerada. Daí surgiria a necessidade de se indenizar a União com os custos derivados da preparação e da formação do oficial militar quando esse contar com menos de 5 anos de corporação castrense. Tais disposições guardam sintonia com a antiga redação do art. 42, § 3º, da Constituição Federal, atualmente albergado no art. 142, § 3º, inciso II. Como salientado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em sua análise da medida cautelar, "em regra, o Estado não custeia a preparação dos cidadãos para o serviço público civil, salvo os casos em que esta preparação específica requer a prévia seleção dos candidatos, mediante concurso público". Por sua vez, o equilíbrio patrimonial, que veda o locupletamento sem causa, entre a Administração e seus servidores é estabelecido tendo por base a efetiva prestação do serviço público e o pagamento da respectiva contraprestação, no caso, o soldo dos militares. O desembolso pelo erário de custos adicionais, destinados à preparação e à manutenção de seus servidores, em especial dos militares, com a finalidade de aprimoramento do Corpo das Forças Armadas, não poderia ser negligenciado, em razão da própria configuração constitucional da supremacia do interesse público e da integridade do erário. A norma, por sua vez, não tolhe a liberdade individual do militar para desempenhar outras atividades (art. 5º, XIII, CF/88), vedando-se somente a acumulação simultânea da função de defesa da nação (art. 142, § 3º, inciso II, CF/88) com outra que lhe é estranha. **A determinação, porém, da reposição dos custos dispendidos pela União com o oficial militar não agride referida liberdade. Essa norma é similar a outras previstas na legislação do servidor civil que preveem a necessidade de devolução pelo servidor do valores gastos pela União com sua formação profissional. Sobrelevando-se o interesse público que permeia a situação objeto de análise, tenho por inexistente a ofensa ao princípio da proporcionalidade, na medida em que a norma é adequada para o fim que se destina, sem agressão ou nulificação do direito de liberdade profissional. Ante o exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade** (fl. 6).

Neste julgado, proporcionalidade foi utilizada como princípio, atrelada a ideia de adequação entre meios e fins.

3.7 ADI Nº 4.825/MS

3.7.1 BREVE ESQUEMA E CONTEXTO

TIPO DE PROCESSO ORGINÁRIO	Ação Direta de Inconstitucionalidade
PARTES	Estado de Mato Grosso do Sul União
PEDIDO	Inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei Federal 12.687/12 que torna gratuita a emissão da primeira carteira de identidade
STF	Julgou improcedente o pedido formulado na ação direta
MINISTRO RELATOR	Edson Fachin

Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12376446>

A ação direta de inconstitucionalidade fora ajuizada, objetivando que se declarasse inconstitucional os artigos 1º e 2º da Lei Federal 12.687/12, que tornou gratuita a primeira emissão da carteira de identidade. Sustentou o requerente, em síntese, que a lei federal estabelece uma isenção heterônoma, sem amparo constitucional, uma vez que compete aos Estados-membros e ao Distrito Federal a emissão de carteira de identidade nacional, serviço esse plausível de se tornar fato gerador da espécie tributária taxa. Alegou-se, ainda, que o diploma legislativo impugnado não indicou qualquer fonte de custeio que permitisse suportar referida gratuidade, de modo que o planejamento tributário do ente federativo foi prejudicado na espécie. Ao final a ação fora julgada improcedente.

3.7.2 EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO

Ao analisar o caso, o ministro Edson Fachin proferiu voto nos seguintes termos:

> [...] parece-nos evidente que a expedição de carteira de identidade pelos Estados-membros, Distrito Federal e Territórios se enquadra juridicamente como ato necessário ao exercício da cidadania, assim como a lei impugnada só vem a cumprir o comando constitucional de que a matéria referente aos requisitos para a fruição da gratuidade dos atos precitados esteja submetida à reserva de lei. Do mesmo modo, não é demais lembrar que o artigo 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de

> 1966, internalizado na ordem jurídica pátria pelo Decreto 592/92, assim dispõe: "Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto" Em suma, a gratuidade da emissão da primeira via da carteira de identidade não nos parece desbordar da legítima liberdade de conformação normativa do Poder Legislativo, tratando-se de cumprimento por parte do Poder Público de uma obrigação haurida das esferas constitucional e internacional. **A propósito, a presente controvérsia não é inédita, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, na espacialidade do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, o qual já assentou que não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.** Nesse sentido, não há consistência jurídica na alegação de que a União estaria a estabelecer isenção heterônoma em desfavor de eventual instituição de taxa de serviço público pelo Estado do Mato Grosso do Sul, uma vez que o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal se traduz em uma imunidade tributária com eficácia plena, não obstante esteja topograficamente deslocada do Sistema Tributário Nacional. Ante o exposto, conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade a que se nega procedência (fl.6).

Neste julgado, utilizou-se a proporcionalidade na acepção de princípio.

3.8 CONCLUSÃO DA ANÁLISE DOS JULGADOS

A partir da análise das decisões, tem-se que:

(1) Das seis decisões analisadas, em quatro se constaram a utilização da proporcionalidade como princípio, sendo equiparada à razoabilidade. Quais sejam: "Caso Gleba" (RE 543.974-7/MG), ADI 16.26/DF, ADI 4825 e HC 124.306/RJ.

(2) Em dois casos em que a proporcionalidade fora aplicada, analisando-se sequencialmente, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a medida a ser submetida a tais etapas procedimentais, pararia no teste da adequação e da necessidade. Isso restou demonstrado no julgamento do RE 511.961/SP ("Inexigência de Diploma de Curso Superior para o exercício da profissão de jornalista") e no julgamento do Habeas Corpus Nº 124.306/RJ ("Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestão no primeiro trimestre").

(3) Não foi possível identificar nas decisões que aplicaram a máxima da proporcionalidade, a construção da lei da colisão, como produto da ponderação. Tampouco há, como Alexy propõe, construção de um suporte ao silogismo da decisão, indicando as possibilidades fáticas e jurídicas levadas em consideração;

(4) Em algumas situações em que se recorreu à ponderação, não foi possível identificar com precisão os princípios jurídicos em colisão. A simples menção a um princípio jurídico, tido como violado, justificou a utilização da proporcionalidade;

(5) A proporcionalidade é associada, em alguns casos, à proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente, o que, contribui para que o instituto seja utilizado como razoabilidade em que pese serem institutos distintos.

Desta forma, conclui-se que no âmbito do STF, o desvirtuamento dos postulados constantes da teoria de Alexy ganha contornos significativos. Os julgadores, ao valerem-se da proporcionalidade, não expressam qual a compreensão teórica do instituto que adotaram quando do julgamento do caso que lhes foram submetidos, nem tampouco:

> [...] Sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitira a utilização da regra) e sobre sua compreensão de como a proporcionalidade poderia ser utilizada para solucionar um conflito na prática (PEREIRA, 2009, p. 14)

Isso justifica o questionamento aventado por MENDES; COELHO; GONET (2008 p. 98-99):

> [...] Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, essa espécie de vara de condão de que se valem as cortes constitucionais- e não apenas elas- para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus?

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida destinou-se a averiguar se o novo Código de Processo Civil oferece parâmetros suficientes, para que o balanceamento, destinado a solucionar eventual colisão entre direitos fundamentais, perpetre-se da forma como fora desenvolvido por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Exame de questões deste tipo, embora sejam eminentemente afetas à teoria do direito, justifica-se em virtude da positivação na legislação processual civil, de dois dispositivos, quais sejam o art. 8º e 489, §2º, que trazem em sua composição, dois termos, a saber: proporcionalidade e colisão, respectivamente, que remetem a conceitos jus-filosóficos extraídos diretamente da Teoria alexyana. Assim, a pesquisa não é, portanto, de matriz eminentemente teórico-filosófica, destituída de aspectos dogmáticos.

Esses artigos, ao preverem que o juiz ao julgar, observe a proporcionalidade e em caso de colisão de princípios, justifiquem os critérios da ponderação efetuada, portam desta forma, prévia intenção teórica, sendo assim analisados, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Para tanto, preliminarmente, foram expostos os principais postulados aduzidos da referida teoria. Demonstrou-se que sob a ótica daquelas teorizações, princípios e regras, são normas mas, distinguem-se gradual e qualitativamente. Aqueles são mandados de otimização, que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto estas contêm mandamentos definitivos, ou seja, determinações no âmbito daquilo que é jurídica e faticamente possível. Se válidas deve ser feito exatamente o que elas determinam. A distinção entre regras e princípios mostra-se clara nas hipóteses de colisões entre princípios e nos conflitos entre regras.

As regras, visto que contém determinações definitivas, se conflitarem, conduzem a dois juízos completamente contraditórios entre si. Assim, o conflito só pode ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção ou se uma das regras for declarada inválida.

Princípios, por serem mandados de otimização, são satisfeitos em vários graus. No entanto, a satisfação não depende apenas de circunstâncias fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Assim, a colisão de princípios só pode ser satisfeita na dimensão do peso, ou seja, em cada caso concreto, é que se deve verificar qual princípio terá prevalência. Desta forma, são as circunstâncias jurídicas e fáticas de cada situação concreta, que serão relevantes, para que se determine qual princípio terá precedência em face do outro.

Uma vez ocorrida à colisão, proceder-se ao balanceamento, pois o objetivo dessa ponderação é definir qual dos princípios que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso em análise.

O procedimento da ponderação entre princípios perpetra-se através de uma regra procedimental, denominada de máxima da proporcionalidade, que é composta de três sub-regras, que são: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, configurada a colisão, os princípios colidentes deverão se submeter a este procedimento.

As máximas parciais da adequação e da necessidade expressam a exigência contida na definição de princípio, de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com as possibilidades jurídicas, e preceitua que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância do outro.

A máxima da proporcionalidade não é nessa perspectiva um princípio, já que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. Assim, devem ser consideradas como regras. Com base nessa premissa, expôs-se que classificações da proporcionalidade como princípio, ao menos sob a ótica de Alexy são equivocadas.

Da realização do balanceamento, decorre uma lei denominada de “lei da colisão”, que é em essência uma regra, determinando, em síntese, que sob determinadas condições específicas, dado princípio terá precedência. Assim, se em um caso

posterior repetirem-se as mesmas circunstâncias, não será necessário efetuar um novo balanceamento.

Fixadas estas premissas, passou-se para análise dos artigos 8º e 489, § 2º, do CPC/15.

Demonstrou-se que tais dispositivos, ao mencionarem “proporcionalidade” e, “ponderação”, incorporaram apenas *prima facie* às teorizações de Alexy, pois mesmo que tais expressões sejam extremamente marcantes na teoria alexyana, ainda faz-se necessário maiores imersões e debates teóricos a respeito de tais premissas.

À luz dessa teorização, portanto, a proporcionalidade, prevista no art. 8º, não pode ser concebida como princípio, mas sim, como regra procedimental a ser aplicada às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais. Tampouco pode ser compreendida como sinônimo de razoabilidade.

Assim, nessa perspectiva, o art. 8º teria duplo caráter. Ao aduzir que na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, bem como que observe a razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, tem natureza principiológica e, no que diz respeito à exigência de observância a proporcionalidade, assume o caráter de regra.

O duplo caráter da norma contida no art. 8º permite que se compatibilize a exigência de se “observar a proporcionalidade”, ao aplicar o ordenamento jurídico, com a necessidade de se justificar o objeto e os critérios da ponderação efetuada em caso de colisão, visto que o balanceamento utiliza a proporcionalidade como regra procedimental.

O artigo 489, §2º, sob a ótica alexyana, só deve ser aplicado em caso de colisão entre princípios, visto que regras, na teoria de Alexy, não são suscetíveis de serem ponderadas. Assim, constatada a ocorrência de uma colisão entre princípios aplica-se este dispositivo. A aplicação, no entanto, não deve ser restrita apenas ao âmbito

processual civil, visto que, em virtude do artigo 15 do CPC, as disposições constantes no novo código, devem ser aplicadas de forma supletiva, subsidiária e residual para os demais diplomas normativos.

O dever de motivação das decisões exigido pelo art. 93, IX da CRFB/88, fora reconfigurado com o advento do novo código de processo civil. Assim, com fulcro no art. 489, §2º e no art. 926, do CPC/15, é necessário, que a decisão judicial seja justificada interna (coerência, clareza e completude) e externamente.

Aplicando-se este raciocínio para a hipótese do art. 489, §2º, CPC/15, o julgador, primeiramente, deve verificar se o caso realmente refere-se a uma colisão entre princípios, pois a utilização deste dispositivo para fundamentar uma decisão, bem como o manejo da técnica da ponderação, só pode dar-se de forma residual, visto que dela decorrerá o afastamento de uma norma ao caso concreto, o que pode comprometer sensivelmente o caráter vinculante da constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

Em Alexy, a utilização da proporcionalidade também só deve ser utilizada em casos de real colisão entre direitos fundamentais.

Considera-se não fundamentada e, portanto nula, a decisão que afastar a incidência de uma norma ao caso concreto, utilizando, para este fim, a proporcionalidade ou algum princípio, sem que se explique o motivo de sua incidência ao caso, que não enfrente todos os fundamentos aduzidos pelas partes, e que não justifique o objeto e os critérios da ponderação efetuada.

Ao ponderar, deve o juiz no âmbito do novo código de processo civil, “enunciar as razões que autorizam a interferência na norma afastada”. Em Alexy, esta fase corresponderia ao exame das circunstâncias fáticas e jurídicas, envolvendo os princípios em colisão.

Prossegue o artigo 489, §2º, afirmando que deve o julgador “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada” na ótica alexyana. Esta fase corresponderia à aplicação da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, deve enunciar as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Na teoria de Alexy, isso seria equivalente à construção da lei da colisão, como produto do balanceamento. Ter-se-ia, assim, uma regra aplicável para os casos em que se estiver diante das mesmas condições fáticas, o que equivaleria à formação de precedentes, coadunando-se com o modelo previsto no art. 926 do CPC.

Da análise, conclui-se que, em que pese o quadro de embaraço teórico no qual a “ponderação” e a “proporcionalidade” encontram-se inseridos, tanto no âmbito doutrinário, como no jurisprudencial, conforme demonstraram as sete decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o novo código de processo civil, ao passo que, em virtude da reconfiguração do dever de motivação, previsto, essencialmente, no art. 489, considera não fundamentada à decisão que afasta a incidência de um princípio em detrimento do outro, sem que justifique os objetos e os critérios da ponderação efetuada, bem como da adoção de um modelo de precedentes, que exige que os mesmos preceitos e princípios que forem aplicados em uma decisão sejam aplicados para casos idênticos, pode oferecer parâmetros seguros para que a ponderação se desenvolva tal como Robert Alexy propôs na Teoria dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **A Ponderação judicial no novo CPC**: ouro-dos-tolos? Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/ponderacao-judicial-no-novo-cpc/> Acesso em: 22. mar.2017.

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.** Palestra proferida na casa de Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. Colisão entre direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo nº 217.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.67/79.

_____.**Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução: Menelick de Carvalho Neto. Ratio Juris. v. 16, junho de 2003, p.131-140.

_____.**Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Sistema Jurídico, princípios jurídicos e razón prática.** Tradução: Manuel Atienza, Doxa n. 5, 1998, p. 139/151.

_____. Epílogo à la Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.

_____; PULIDO, Carlos Bernal; MORESO, José Juan; SANCHÍS, Luis Prieto; CLÉRICO, Laura; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde; CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón; GIL, Rúben Sánches; MESA, Gloria Patricia Lopera; SANTAMARIA, Ramiro Avila. **El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional.** Ministro de justicia y Derechos Humanos, Equador, 2008. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf> Acesso em: 22.mar.2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito.** Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy.** Salvador: Juspodivm, 2017.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: Um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n.2, jul-dez 2008, p.23-37.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional Contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Barroso, Luiz Roberto [Org.] Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

BASTOS, Hermenegildo. **A obra literária como leitura/interpretação do mundo.** 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9158/1/CAP%C3%8DTULO_IntroducaoTeoriaPratica.pdf>. Acesso em 22 mar. 2017.

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

BONÍCIO, Marcelo José Guimarães. **Proporcionalidade e Processo:** a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Ponderação no Novo CPC tem várias opções e não segue método específico.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/rodrigo-bornholdt-ponderacao-cpc-nao-segue-metodo-especifico> Acesso em 22.mar. 2017.

BOROWSKI, Martin. **The Structure of Formal Principles – Robert Alexy's Law of Combination**. In: Borowski, Martin (Org.), On the Nature of Legal Principles, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 19-35. Disponível em: <www.kayros.kiev.ua/en/store/philosophy/phil-law_1-2_14/Philosophi_Borowski_M_2014_1-2/> Acesso em 22 mar. 2017.

BRAGA, Valechka Silva e. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 543.974-7/MG,** Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594713> . Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/DF ,** Brasília, DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643> Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306/RJ,** Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345> Acesso em: 22 mar. 2017.

_____Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 122. 694/SP**, Brasília, DF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7800071> Acesso em: 22 mar. 2017.

_____Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16.26/DF**, Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12515815> Acesso em: 22 mar. 2017.

_____Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4825/MS** , Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12376446> Acesso em: 22 mar. 2017.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRINGEL, Lara Lívia Cardoso Costa; MACEDO, João Paulo. A inviabilidade Jurídica do Artigo 489, §2º da Lei Nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). **Periódico Jurídico da Faculdade Católica de Tocantins,** V 1, 2015, p. 107-176. Disponível em: < http://www.catolica-to.edu.br/portal/portal/downloads/docs/factum_01_06.pdf>. Acesso em 22. mar. 2017.

BUGARIN, Tomás T.S; MENEGUIN, Fernando**. Rational Decision Making – Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo?.** Núcleo de estudos e pesquisas da Consultoria Legislativa. Texto para discussão nº 169, Senado Federal, fev, 2015. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td169> Acesso em 22.mar. 2017

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy**:** um modelo funcional para a argumentação jurídica. In: **Teoria do Direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 305/308.

_____. **Teoria do Precedente Judicial:** a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade.** N. 37, p. 152 a 180 jul/dez 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57- 97.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____.O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, de Carlos Roberto de Siqueira Castro.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado.** Brasília: Thesaurus, 2008

COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: CÂMARA. Helder Moroni, et. Al., (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.119 a 1.175.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (In) Constitucional**: Para uma análise de crítica da “Jurisprudência de valores” à luz da Teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. O que os Direitos Fundamentais têm a ver com democracia à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas**. Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Espírito Santo**, 2014. Filosofia e direito: ética, hermenêutica e Jurisdição.

_____; ROCHA, Lívia Avance. Tutela Jurisdicional do meio ambiente e o fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ. **Revista de Direito Ambiental.** Vol. 76, 2014, RT, P. 37-60.

_____; O que os Direitos Fundamentais têm a ver com democracia à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas**. Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Espírito Santo**, 2014. Filosofia e direito: ética, hermenêutica e Jurisdição.
CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais:** razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1.ed. 3.tir. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e (m)debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.227-1.262.

_____; In: STRECK, Lênio Luiz et Al., (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27-52.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, 2015. .

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado democrático de direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.) Interpretação Constitucional – **Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica. Salvador:** Editora JusPodvim, 2010

FERREIRA, Willian Santos Ferreira. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 991-1.025.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva 1995.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Colisão de Direitos Fundamentais e a regra da proporcionalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Maranhão,** São Luís-MA, V.4, n 4, p.11-31, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p. 5238-5247.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil.** São Paulo**:** Saraiva, 2004.

GORDILHO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. In SILVA MARTINS, Ives Gandra; JOBIM, Eduardo. (Coord.) **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 607/630.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: GZ, 2015.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo nº 135**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **A Teoria dos Precedentes Judiciais e a responsabilidade da suprema corte no controle de constitucionalidade difuso.** Dissertação de mestrado. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-tese?id=9922>. Acesso em: 22. mar.2017.

KOURY, Suzy Cavalcante. As repercussões do novo Código de Processo Civil no direito do trabalho: avanço ou retrocesso. **Revista TST**, v. 78, n. 3, p. 257, jul./set. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre a facticidade e a validade. vol. 1. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.** Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego, 3.ed, 1997, FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, LISBOA. Disponível em: < http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/625/1/Karl%20Larenz%20Metodologia%20da%20Ciencia%20do%20Direito.pdf> Acesso em: 22.mar.2017.

LARRAÑAGA, Pablo. Sobre La teoria del derecho de Robert Alexy. **Revista de Teoría y filosofía del derecho n 1.** 1994. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000015.htm. Acesso em: 22.mar.2017

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira** ou Teoria da Katchanga. Disponível em:< https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/> Acesso em: 22.mar.2017.

MACCORMICK, **Neil. Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Oxford Uni. Press, 1995.

_____.The motivation of judgments in the common law. In: _; PERELMAN, Chaim (Eds). Bruxeles: Bruylant, 1978.

MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. (Posfácio) In Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: carcacterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos,** v. 16, n 2, 2011, p. 207-221.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Org. e introdução: Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning et al.) Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 33/126.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC**. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 525-553.

_____. **Notas iniciais à leitura do novo código civil**. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Breve história (ou estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 16, p. 177-203, 2014.

_____. **O dever de motivar e o "livre convencimento" (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os olhos no Novo Código de Processo Civil**. Revista Jurídica da Seção Judiciaria de Pernambuco, n.8, 2015, p. 211-224, Disponível em: < revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/134/127>
Acesso 22 mar. 2017.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.2.267-2.288.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e novo código de processo civil de 2015.** Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf.> Acesso em: 22 mar.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. **A proporcionalidade no processo civil brasileiro à luz da teoria do direito de Robert Alexy e o dever de fundamentação das decisões judiciais.** Dissertação de mestrado. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_4963_DISSERTA%C7%C3O%20DALTON%20%20%20%20%20%20MORAIS.PDF>
Acesso em 22 mar. 2017

MOREIRA, Barbosa. José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença.** In: Temas de Direito Processual. 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, Denis Gleyce Pinto. O novo CPC e a nudez da ponderação. **Revista eletrônica de direito processual.** v.17, n 1, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19077>. Acesso em: 22. mar.2017.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianopólis: Conceito Editorial, 2010.

NASSER, Paulo Magalhães. In: CÂMARA. Helder Moroni, et. Al., (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Almedina, 2016, p.21-52.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 9. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras constitucionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo Civil Brasileiro e a codificação.** Palestra proferida em evento em homenagem a Paolo Grossi, realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf> Acesso em 22 mar 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; ROSA, Alexandre Morais da. **Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexy-defensores-filosofia-logica-ornametal>. Acesso em: 22 mar. 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?. In: QUEIROS, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.), **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso,** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140-173.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason.** Lexington: Springer, 2009

PEREIRA, Bruno Ramos Pereira. **O uso da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006).** Dissertação de mestrado USP. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112009-130359/pt-br.php Acesso: 22 mar. 2017.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18553/hermeneutica-e-aplicacao-do-direito> Acesso em: 22 mar.2017.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro**: Revista Forense, 1958.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel . **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Iuris, 2006.

SELLTIZ, Claire; JAHODA, Marie; DEUTSCH, Morton; COOK, Stuart W. **Métodos de pesquisa nas relações sociais.** São Paulo: EPU, 1974.

SILVA, Virgílio Afonso Da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais.** 2002, p. 23/50.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos a cerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais.** 2003, p**.** 607-630.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. Revista dos Tribunais. 4 ed. 2016.

_____. NUNES, Dierle; CUNHA; Leonardo Carneiro da Cunha. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em 22 mar.2017.

TARTUCE, Flávio. Técnica de ponderação no Novo CPC. **Debate com o Professor Lênio Streck.** Jornal Carta Forense. Fevereiro de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro, Forense, 2015.

TOLEDO, Suzana de Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contra o processo autoritário.** Revista de Processo. São Paulo, RT, v.242, abr. 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** Teoria dos Precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Processo Constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: **Repercussões do Novo CPC no Processo Penal**, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 453-466.

_____. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: Uma ponte entre hermenêutica e analítica?. **Revista de Processo,** v. 258, 2016, p.21-53.