



PUC-SP
COGEAE

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão
Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional

Gustavo Lucredi

A DOGMÁTICA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

São Paulo

2012

Gustavo Lucredi

A DOGMÁTICA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva.

São Paulo

2012

À Banca examinadora

Monografia para o Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Título: A dogmática das restrições a direitos fundamentais

Autor: Gustavo Lucredi

Orientador: _____

(Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva)

Comissão julgadora:

A Banca, após examinar o candidato, considerou-o
_____, com a nota _____.

São Paulo, ____ de _____ de 2012.

RESUMO

Os direitos fundamentais, devido à singularidade do conteúdo semântico e axiológico ínsito em suas disposições jurídicas, são dotados de uma estrutura normativa ímpar. A interpretação e aplicação dos operadores deônticos que eles traduzem exigem uma abordagem hermenêutica qualitativamente diferente, que não mais se satisfaz com o encadeamento lógico de premissas típico do raciocínio silogístico, expressão do método subsuntivo. Isso decorre da pluralidade de posições jurídicas representadas pelos direitos fundamentais, as quais, em razão de sua abrangência e das múltiplas formas que podem assumir no universo jurídico, acabam, muitas vezes, colidindo umas com as outras. Para sanar essa situação de maneira apropriada, de tal sorte a preservar ao máximo o direito fundamental restringido e, ao mesmo tempo, promover a satisfação ótima do outro, é preciso lançar mão de um modelo teórico adequado, sintonizado com a dogmática dos direitos fundamentais. O estudo que se pretende desenvolver tem, portanto, um viés acentuadamente dogmático, cuja metodologia, por isso mesmo, requer um enfoque todo especial, que passa, necessariamente, pelas dimensões analítica, empírica e normativa. Seguindo essa orientação metodológica, parece-nos que a problemática envolvendo o ônus argumentativo gerado pelo fenômeno da inserção de cláusulas restritivas em normas de direitos fundamentais pode ser melhor apreendido e, como consectário, justificado por intermédio de um discurso jurídico plasmado a partir de proposições congruentemente fundamentadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; restrições; argumentação jurídica; hermenêutica.

ABSTRACT

Fundamental rights, due to the singularity of the semantic and axiological content that is founded in their legal dispositions, are endowed with a unique normative structure. The interpretation and application of the deontic operators transmitted by them requires, therefore, a different hermeneutical approach, that do not satisfies itself with the logical premises of the syllogistic reasoning, typical of the subsumption method. This assumption comes from the plurality of legal positions represented by fundamental rights, which as a result of their vast scope and multiple forms end up colliding with one and another. In order to remedy this situation, in such a way to preserve at maximum degree the restricted fundamental right and, at the same time, to promote at optimum degree the satisfaction of the other, it is necessary to use a suitable theoretical model, compatible with the fundamental rights dogmatic approach. The study that we intend to develop must have thereby a dogmatic point of view, which presupposes a methodology that addresses the analytical, empirical and normative dimensions. Following such orientation, it appears that the problematic involving the argumentative onus generated by the phenomenon of limiting clauses can be better apprehended and, as a consequence, justified by a legal discourse substantiated in congruent propositions.

Keywords: Fundamental rights; restrictions; legal argumentation; hermeneutics.

SUMÁRIO

1. Delimitação do tema e estágio atual da discussão	7
1.1. Introdução	7
1.2. Metodologia	9
2. Inserção de cláusulas restritivas nos direitos fundamentais: rudimentos propedêuticos	11
2.1. A distinção entre regras e princípios: um frugal bosquejo das reminiscências históricas e o atual estágio da discussão	11
2.1.1. As três teses centrais da teoria dos princípios	12
2.1.1.1. A tese da otimização	13
2.1.1.2. A lei de colisão	14
a) Conflitos de regras e a fórmula da subsunção	15
b) Colisão de princípios	17
c) Colisão de regras e princípios	18
2.1.1.3. Uma distinção quase nunca pontilhada: mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados	21
3. Hipótese de trabalho	23
3.1. Teoria do suporte fático e cláusulas restritivas: elementos-chave	23
3.1.1. O arranjo formal do suporte fático dos direitos fundamentais	24
3.1.2. Suporte fático amplo, limites e restrições	27
3.2. A satisfação do ônus argumentativo derivado das cláusulas restritivas de direitos fundamentais	31
3.2.1. Reserva legal e cláusulas restritivas: diferenças e similitudes	32
3.2.2. A regra da proporcionalidade como fator de controle argumentativo da fundamentação constitucional das cláusulas restritivas de direitos fundamentais	35
3.2.2.1. A lei do sopesamento, a fórmula de peso e a variação do ônus argumentativo	37
4. Conclusão	41
5. Bibliografia	42

A dogmática das restrições a direitos fundamentais

Gustavo Lucredi

1. Delimitação do tema e estágio atual da discussão

1.1. Introdução

Decisões judiciais proferidas em litígios cujo objeto consiste em questões relacionadas à restrição de direitos fundamentais trazem consigo a obrigação imanente de desenvolver um discurso racional, com esboço em argumentos jurídicos sólidos, que justifiquem a imposição de limites a esses direitos. Para tanto, cria-se uma exigência, de ordem constitucional, segundo a qual o aplicador do direito deve motivar devidamente suas deliberações, cada vez que uma demanda abranja a apreciação e julgamento de controvérsia relacionada a intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.¹ Tal asserção pode nos parecer banal diante do que preconiza a regra do art. 93, inc. IX, da CF, entretanto, a satisfação do preceito jurídico nela contido, requer uma análise diferenciada, repleta de peculiaridades, uma vez que atinente ao fenômeno jurídico da limitação de direitos fundamentais. Isso porque, dependendo da teoria da norma jurídica adotada na motivação, a proteção dos direitos fundamentais poderá ficar comprometida, notadamente pela falta de argumentos jurídicos passíveis de controle. Por isso, este trabalho se propõe, conquanto modestamente, a fornecer subsídios dogmático-jurídicos capazes de permitir ao intérprete do direito a construir um discurso técnico, racional e jurídico² suscetível de controle e, por conseguinte, de ser compreendido, posto que articulado a partir de proposições objetivas.

¹ Sobre a exigência de fundamentação para o aplicador do direito na fixação de limites aos direitos fundamentais, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 108-125; do mesmo autor, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 48-49.

² Cf., por todos, acerca da relevância de um discurso racional no direito e da necessidade de se alcançar certa objetividade na produção de argumentos jurídicos, por meio de determinados parâmetros legais, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford (New York): Oxford University Press, 1989, pp. 13-24.

Aliás, essa é uma premência da teoria dos princípios que medeia às cláusulas restritivas de direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, este trabalho tem como pretensão refutar aquelas teorias estruturais da norma que, *a priori*, acabam excluindo do escopo dos direitos fundamentais ações, estados e posições jurídicas³ que, *prima facie*, deveriam a ele pertencer.⁴ Desse modo, há um prejuízo na obtenção de resultados ótimos no processo hermenêutico-constitucional de estabelecimento de cláusulas restritivas a direitos fundamentais. À vista disso, essas teorias mostram-se débeis, na medida em que não justificam racionalmente a eliminação definitiva de ações, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais.⁵ E, conforme acima mencionado, isso dificulta o controle da atividade interpretativa e, como consectário, abre portas para a arbitrariedade discricionária.

Um estudo dogmático-jurídico sobre as cláusulas restritivas é mister à compreensão da sistemática dos direitos fundamentais na Constituição da República, máxime no tocante às disposições enunciadoras das liberdades clássicas e dos direitos sociais, culturais e econômicos. Além disso, cumpre salientar que as disposições de direitos fundamentais veiculam duas espécies de normas, as regras e os princípios.⁶ A despeito do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais, isso não implica, necessariamente, que as normas de direitos fundamentais compartilhem dessa mesma característica, pois, a princípio, elas estatuem ou regras ou princípios. Todavia, "*normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos*",⁷ e isso ocorre "*quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos*".⁸ Assim sendo, nos ocuparemos, nesta pesquisa, das normas de direitos fundamentais sob a ótica dessa natureza dúplice, visto que nosso foco central recai justamente sobre as cláusulas restritivas

³ Em decorrência da natureza e objeto da pesquisa, torna-se difícil o desvio do trajeto científico por nós eleito, de sorte que não poderemos nos enveredar, aqui, na interessante constelação das posições jurídicas, tão relevantes para a compreensão de qualquer teoria do direito. Sem embargo, cumpre-nos registrar o nosso ponto de referência, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 193-269; Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913/1914), *passim*.

⁴ Elegemos três teorias normativas dessa espécie – por nos afigurarem analiticamente mais ricas, embora haja outras –, as quais, como já dito, intentaremos redarguir. Isso nos exigirá tremendo esforço metodológico e teórico-científico, visto que essas teorias têm como expoentes famigerados jusfilósofos. Cf., sobre elas, Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 145-269; H.L.A. Hart, "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, Num. 3 (1973), pp. 534-555; Alan Gewirth, "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, Num. 122 (1981), pp. 01-16.

⁵ A propósito, cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), pp. 202-203; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 109-111; Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 321-332.

⁶ No que tange aos aspectos estruturais das regras e princípios cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 607-630.

⁷ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 141.

⁸ *Idem*.

(*Schrankenklausele*) e sua conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁹ Para isso, todavia, é necessária a perquirição analítica de alguns pressupostos teóricos, mormente os contidos na teoria dos princípios, de tal maneira que possamos avançar na discussão. No entanto, antes de discorrermos acerca do substrato teórico sobre o qual assentaremos as ideias aqui defendidas, é importante estabelecermos a metodologia que será adotada.

1.2. Metodologia

A abordagem metodológica a ser empregada neste trabalho monográfico apresenta correlação direta com as três dimensões da dogmática jurídica: a *analítica*, a *empírica* e a *normativa*.¹⁰ O fato de termos optado por um enfoque essencialmente dogmático deve-se sobretudo à sua conformação com o objeto de pesquisa a que nos propusemos desenvolver, uma vez que a teoria tridimensional a ele subjacente parece ser a melhor técnica para o escrutínio da temática.

Com efeito, o foco sob o qual o tema será aprimorado é predominantemente analítico. Por conseguinte, colima-se realizar a dissecação sistemática dos conceitos basilares da dogmática dos direitos fundamentais, nomeadamente aqueles referentes à teoria dos princípios, pois são eles expedientes sem os quais não é possível adentrar ao tema em si. São tais conceitos, do ponto de vista analítico, verdadeiros pressupostos teóricos, elementares ao desenvolvimento da pesquisa, o que fica patente, sobretudo, no tópico 2 e seus subtópicos.

A partir daí, abre-se caminho para que possamos apurar as relações existentes entre os conceitos investigados na primeira parte do trabalho, a fim de que, numa segunda parte, assentemos a estrutura lógica dos argumentos *reais* ou *possíveis* em torno do problema dogmático-jurídico proposto.¹¹ Nesse particular, os tópicos 3.1.1 e 3.2.2 revelam o exame das formas de fundamentação jurídica das cláusulas restritivas de direitos fundamentais sob o aspecto formal e substancial. Depreende-se daí a argumentação jurídica sobre a qual está pautado o discurso lógico e racional voltado a cuidar dos problemas que medeiam as agruras da motivação de medidas restritivas que intervêm no âmbito de proteção dos direitos

⁹ No atual estágio estamos desprovidos de elementos teóricos para aprofundarmos o assunto, por enquanto, cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), pp. 203-204.

¹⁰ Cf. sobre essas três dimensões, por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-38.

¹¹ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford (New York): Oxford University Press, 1989, pp. 14-15.

fundamentais. Ressalte-se que tal argumentação, como vimos, redundará logicamente da conjugação dos conceitos e teses estudados no tópico 2.1.

Nessa seara, o recurso à literatura nacional e estrangeira, sobretudo, a alemã, em periódicos, ensaios, obras, etc., nos afiguram um poderoso instrumental.

No intuito de demonstrar a plausibilidade e a correção da fundamentação jurídica dispensada às cláusulas restritivas de direitos fundamentais é preciso também verificar a frequência com que os argumentos que a integram habitam a atividade interpretativa da Corte Constitucional, pois de nada servirá a sobredita perquirição analítica se ela não encontrar aplicação prática em casos reais. A validade dos expedientes teóricos que virão a ser desenvolvidos passará, deveras, necessariamente pela análise da jurisprudência do STF, à luz da qual se averiguará se tais expedientes podem ser adotados na prática forense como subsídios à construção de decisões judiciais melhor fundamentadas. Quer-se com isso avaliar se as teorias defendidas nos tópicos 2.1.1 e 3.1 contribuem para que a exegese do Excelso Pretório torne-se mais objetiva e, portanto, menos discricionária, ao ponto de permitir um maior controle hermenêutico por parte daqueles que são por ela afetados. A aludida tarefa faz parte da dimensão empírica da dogmática jurídica, que será tratada na pesquisa na forma do tópico 3.2.2.1.

O recurso à jurisprudência do STF é, portanto, imprescindível neste trabalho e revela-se metodologicamente mais produtiva do que o recurso à jurisprudência tedesca, pois mantém a discussão o mais próximo possível da realidade forense brasileira, o que me parece só contribuir para o estudo do direito constitucional em nosso País.¹²

Por último, mas não menos importante, a dimensão normativa da dogmática jurídica é aquela por meio da qual almejamos propor e justificar critérios para a satisfação do ônus argumentativo no âmbito das cláusulas restritivas de direitos fundamentais. Vale dizer, ela é a dimensão preocupada em fornecer uma resposta adequada ao problema sugerido por este trabalho.¹³ No entanto, a resposta adequada ao problema, da forma como encadeamos as premissas teóricas desta inquirição, delas resulta logicamente. Esse modo de encarar a temática implicará numa dissertação de mestrado, cujo ponto de partida não é uma resposta preconcebida, a partir da qual todo um raciocínio científico se desenrola, mas sim um problema de argumentação constitucional, para cuja solução premissas teóricas hão de ser plasmadas no sentido de edificar um discurso racional em busca de uma resposta, que não tem pretensão de ser omnímoda. Não é preciso consignar que a mencionada edificação discursiva

¹² Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 35.

¹³ Cf., no que concerne a esta preocupação da dimensão normativa, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

passará, inexoravelmente, por complexos problemas da dogmática dos direitos fundamentais, que longe de serem pacíficos, carecem de uma abordagem metodológica uniforme, capaz de fornecer uma resposta definitiva. Diante disso, inevitável é o confronto com pensamentos jusfilosóficos opostos, que resistem arduamente ao nosso modo de lidar com as restrições de direitos fundamentais. Por outro lado, todavia, isso é metodologicamente salutar para a pesquisa, porquanto a consistência de uma resposta pode ser aferida pela sua capacidade de enfrentar o melhor argumento da tese contraditória.

Sinteticamente, essa será a metodologia jurídica a ser empreendida, tendo em vista que o objeto da pesquisa consiste eminentemente em um estudo dogmático. Assim, não há como passar em branco pelas citadas dimensões, as quais propiciam uma melhor abordagem do tema, vez que tangenciam cada um de seus aspectos sob prismas diferentes. Isso nos permitirá fornecer uma resposta consentânea com as teorias, conceitos e interpretações que vigoram tanto na doutrina como na jurisprudência sobre o problema colocado em questão, sem nos olvidar, contudo, da necessidade de debelar algumas orientações hermenêuticas que vêm, nesse campo, contribuindo para a redução da proteção dos direitos fundamentais.

2. Inserção de cláusulas restritivas nos direitos fundamentais: rudimentos propedêuticos

Alguns elementos teóricos hão de ser compreendidos em primeiro lugar, pois são eles pressupostos de assimilação do processo hermenêutico-constitucional de inclusão de cláusulas restritivas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mormente em razão de seu caráter normativo dúplice. Por isso, faz-se imperioso refletirmos a respeito da base dogmática da *teoria dos princípios*, sem ainda, contudo, abordarmos os pontos cardeais que orbitam a polêmica jurisprudencial e doutrinária associada às cláusulas restritivas de direitos fundamentais e a *teoria do suporte fático*.

2.1. A distinção entre regras e princípios: um frugal bosquejo das reminiscências históricas e o atual estágio da discussão

A percepção de que o método subsuntivo lógico de aplicação das normas era insuficiente à solução adequada de muitos problemas jurídicos, em especial, na seara do direito constitucional, levou muitos estudiosos do direito a investigarem as causas da precariedade do modelo kelseniano. A partir daí, verificou-se que, dependendo do conteúdo

semântico das normas jurídicas, estas apresentavam diferenças estruturais notáveis, que, por sua vez, exigiam métodos de aplicação diferentes. Foi com Ronald Dworkin, nos anos 1960, que as bases da teoria dos princípios ganharam forma, em seu poderoso ataque contra o conceito de direito positivista de H.L.A. Hart.¹⁴ Aduzia ele haver divergências de ordem lógica entre duas espécies de normas jurídicas, *i.e.*, as regras e os princípios,¹⁵ àquelas aplicáveis pelo modo do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), ou seja, uma vez consubstanciados fatos disciplinados por uma regra ou é ela válida, e seu preceito, então, deve ser obedecido, ou é ela inválida, nada contribuindo para o processo de tomada de decisões.¹⁶ Os princípios, de outra parte, teriam uma dimensão da qual as regras são desprovidas, a chamada dimensão de peso ou importância (*dimension of weight or importance*), segundo a qual numa colisão entre princípios deve ser aquilatada a importância de um princípio em face de outro, estabelecendo-se, daí, uma relação de precedência.¹⁷

Essas concepções dogmáticas basilares são o suporte da teoria dos princípios e projetaram reflexos extraordinários em três teses desenvolvidas, sobretudo, por Robert Alexy,¹⁸ a tese da otimização, a lei de colisão e a lei do sopesamento.¹⁹

2.1.1. As três teses centrais da teoria dos princípios

Apesar da relevância das sobreditas teses para a teoria dos princípios, elas serão explanadas nos tópicos seguintes apenas perfunctoriamente, tendo em vista que se tenciona, por enquanto, o desenvolvimento de uma propedêutica jurídica voltada aos pressupostos teóricos das cláusulas restritivas de direitos fundamentais. De toda sorte que, depois de compreendidos tais pressupostos, teremos condições de levar a discussão para o próximo nível, oportunidade em que uma perscrutação mais particularizada dessas teses medulares, sob a ótica das cláusulas restritivas, poderá ser expendida. Com efeito, doravante, será possível analisarmos detalhadamente a regra da proporcionalidade, cujo funcionamento ótimo depende

¹⁴ Martin Borowski (Org.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119 (*ARSP Beiheft 119*), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 05-06. No entanto, urge consignar que a distinção entre regras e princípios, ainda que incipiente, já havia sido considerada na Alemanha por Josef Esser nos anos 1950, porém com uma terminologia um pouco diferente. Na Áustria dos anos 1940, Walter Wilburg, antecipou grandes desenvolvimentos dessa distinção estrutural em sua teoria dos sistemas flexíveis. Cf., a respeito, Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 294.

¹⁵ Essa noção tem como escora a observação de um padrão de aplicação do direito por várias cortes estadunidenses, sendo esta investigação empírica que o levou a formular a hoje célebre distinção. Cf., sobre isso, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 22-23.

¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 26-27.

¹⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*.

¹⁹ Cf., para mais detalhes, Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), pp. 294-295.

justamente da boa aplicação das mencionadas três teses, que se correlacionam intrinsecamente com suas três subregras – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* –.

Noutras palavras, a significância prática da teoria dos princípios na forma da tese da otimização é encontrada, sobretudo, em sua equivalência com a regra da proporcionalidade. Sintomaticamente, a teoria dos princípios pressupõe a regra da proporcionalidade, tanto quanto a regra da proporcionalidade pressupõe a teoria dos princípios.²⁰ Em verdade, a cognição das três supracitadas teses é indispensável à aplicação da regra da proporcionalidade e, como consectário, à apreciação das cláusulas restritivas. *Primus*, porque a proporcionalidade é verdadeira regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, sendo "*empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais*".²¹ E, *secundus*, porque estando as três teses umbilicalmente ligadas às subregras da proporcionalidade, eventual atividade interpretativa que se mostre desidiosa em relação a esse arcabouço hermenêutico, corre o grave risco de obter resultados incompatíveis com a "eficiência de Pareto" (*Pareto-optimality*),²² nomeadamente na efetivação prática dos direitos fundamentais.²³

2.1.1.1. A tese da otimização

O ponto nevrálgico da tese *sub examine* repousa na definição dos princípios como *mandamentos de otimização, i.e.*, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.²⁴ Nesse diapasão, infere-se que eles podem ser efetivados em graus diferentes, tendo em vista que a realização da ordem estabelecida pela norma principiológica depende não somente das circunstâncias fáticas reais do caso concreto, mas também das possibilidades jurídicas, determinadas por princípios e regras contrastantes no ordenamento jurídico.²⁵

²⁰ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 297; do mesmo autor, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

²¹ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 24.

²² A "eficiência de Pareto" é um conceito originário das ciências econômicas, mas com aplicação também na engenharia e nas ciências sociais. O termo deriva de um epônimo criado em homenagem a Vilfredo Pareto, um economista italiano, que empregou o denominado conceito em seus estudos sobre a eficiência econômica e distribuição de renda. Cf., a propósito, Hal R. Varian, *Microeconomia: Conceitos Básicos*, trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pp. 15-20, 329-331 e 336-338.

²³ Cf., sobre o fato de que as subregras da proporcionalidade expressam a ideia central da eficiência de Pareto, Robert Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005), p. 573.

²⁴ Cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91; e Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 610-611.

²⁵ Cf. Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 295.

De outro lado, é preciso ter em mente que a ideia de otimização compreende aquilo que é reclamado por uma regra ainda mais abrangente, nomeadamente a regra da proporcionalidade.²⁶ Esta, conforme já aventado, é composta por três subregras: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).²⁷ Sendo que, todas essas subregras dão expressão à ideia de otimização, eis que as duas primeiras concernem à otimização no tocante ao que é factualmente possível, exprimindo, portanto, justamente o conceito da eficiência de Pareto (*Pareto-optimality*). A terceira subregra, a proporcionalidade em sentido estrito, concerne à otimização no tocante às possibilidades jurídicas.²⁸

As possibilidades jurídicas são definidas pelo resultado proveniente da contraposição entre dois princípios ou mais num dado caso concreto, estabelecendo-se, a partir daí, uma relação de precedência condicionada. Tal resultado só pode ser obtido de forma discursivamente racionalizada,²⁹ através da proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser expressa por meio da seguinte regra:

Quanto maior for o grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro.³⁰

Convencionou-se chamar essa regra de lei do sopesamento, que, entretanto, será estudada em tópico próprio mais adiante, visto que a lei de colisão (*Kollisionsgesetz*) é o passo lógico a ser seguido em nossa sistemática de exposição do trabalho.

2.1.1.2. A lei de colisão

Como restou demonstrado, conquanto brevemente, a distinção entre regras e princípios torna-se mais cristalina quando nos deparamos com colisões de princípios e conflitos de regras. Ambos os conflitos normativos compartilham de uma mesma

²⁶ No que atina à discussão terminológica em torno da proporcionalidade, mais especificamente, quanto à sua estrutura normativa – se regra ou princípio –, bem como quanto à sua confusão com o princípio da razoabilidade, cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 24-27, com quem comungamos o mesmo entendimento. No entanto, para um posicionamento contrário, segundo o qual é despidianda a identificação da natureza jurídica da proporcionalidade – pouco importando se regra ou princípio – e que, além disso, compreende as expressões razoabilidade e proporcionalidade como sinônimas, cf., entre outros, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 218-246; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 120-122.

²⁷ Wilson Steinmetz, "Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais", In: Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 38-39. Consigne-se que as subregras da proporcionalidade serão objeto de análise mais detida quando do desenvolvimento da hipótese de trabalho.

²⁸ Robert Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005), p. 573.

²⁹ Existem fortes razões contra essa afirmação, aduzidas, sobretudo, por Müller, que fulmina o sopesamento/ponderação dizendo tratar-se de método de aplicação do direito manifestamente irracional, insuscetível de ser controlado, cf. Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 288.

³⁰ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 436; do mesmo autor, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

característica, qual seja, quando duas ou mais normas são aplicadas separadamente, levam a resultados contraditórios. Sem embargo, no que tange à respectiva forma de solução dos conflitos eles acabam destoando.³¹

a) Conflitos de regras e a fórmula da subsunção

A aplicação de uma regra a um dado caso concreto depende da verificação do operador deôntico traduzido pela posição jurídica da norma (que pode constituir uma *obrigação*, *permissão*, *proibição*, *liberdade* ou *competência*) e das circunstâncias fáticas por ela reguladas *in abstracto*,³² as quais observadas no mundo real fazem com que a regra projete seus efeitos jurídicos à espécie, em sua totalidade, obedecendo ao que determina seu enunciado deôntico. Essa operação consiste, em linhas gerais, no que se convencionou chamar de subsunção, cuja estrutura formal pode ser logicamente condensada no seguinte esquema dedutivo:

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
- $(n + 2) (x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- $(n + 3) Sa$
- $(n + 4) ORa$ (1) – $(n + 3)$

Robert Alexy batizou este esquema geral de "Fórmula da Subsunção",³³ com o preciso escopo de explicitar o raciocínio lógico subjacente às premissas que envolvem a operação subsuntiva de aplicação das regras jurídicas. Sistemáticamente, (1) é a norma tanto preconizada por um estatuto jurídico como aquela alcançada pela *pronuntiatio iudicis*. De outro lado, (2) – $(n + 2)$ são regras semânticas atrelando o conceito usado para dar expressão à condição antecedente da norma (*T*) com o conceito usado para descrever o caso (*S*). Ao passo que, $(n + 3)$ é a descrição do caso e $(n + 4)$ é o juízo jurídico que dita a solução para este caso. Logo, tem-se que $(n + 4)$ deriva logicamente de (1) – $(n + 3)$.³⁴ Eis um exemplo ilustrativo:

(1) Quem pratica o crime de homicídio (*T*) deve ser punido com pena privativa de liberdade de seis a vinte anos de reclusão.

³¹ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 295.

³² Uma inquirição analítico-filosófica expositora da imprescindibilidade da lógica deôntica para a dissecação estrutural de normas de direitos fundamentais pode ser encontrada em Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 193-253.

³³ Para ensaios mais detalhados sobre a "Fórmula da Subsunção", cf. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 433-434; do mesmo autor, "Two or Three?", In: Martin Borowski (Org.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119 (*ARSP Beiheft 119*), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 10-11.

³⁴ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 433-434

(2) Quem, por meio insidioso e cruel, mata um ser humano (M^1), pratica o crime de homicídio (T).

(3) Quem, mediante o emprego de tortura à vítima, a mata (M^2), mata um ser humano por meio insidioso e cruel (M^1).

(4) Quem mata uma pessoa imobilizada e, portanto, sem chances de se defender, por intermédio de aparatos elétricos que aplicam choques sucessivos na vítima (S), emprega tortura para matá-la (M^2).

(5) "a" matou uma pessoa imobilizada, sem qualquer chance de se defender, por intermédio de aparatos elétricos que aplicam choques sucessivos na vítima (S).

(6) "a" deve ser punido com pena privativa de liberdade de seis a vinte anos de reclusão.

Em síntese, à luz da fórmula da subsunção, torna-se diáfano o fato de que as regras asseguram direitos e deveres *definitivos*, na medida em que exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam.³⁵ Além disso, a sobredita fórmula deixa claro também que as regras "*têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídica e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve*".³⁶ Por conta disso, regras são *mandamentos definitivos*.

Não obstante, sob outro prisma, cumpre salientar que a aplicação das regras não se exaure, obviamente, num esquema dedutivo desse tipo, existem outras variáveis a serem consideradas, notadamente diante de um conflito normativo. Um conflito de regras emerge das impossibilidades jurídicas em se fazer cumprir a determinação de uma regra, justamente porque há outra regra com ela incompatível, total ou parcialmente.³⁷ A incompatibilidade entre regras pode ser solucionada de duas formas, ou por meio da inserção de uma cláusula de exceção (quando parcial), ou com a declaração de invalidade de pelo menos uma delas (quando total).³⁸ Neste último caso, o recurso a metarregras (*meta-rules*) como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali* é necessário para se chegar a uma solução, de modo que a aplicação desses expedientes

³⁵ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 47-49.

³⁸ Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 92.

implicará numa segunda subsunção, que nós podemos chamar de metassubsunção (*meta-subsumption*).³⁹

b) Colisão de princípios

É, nesta hipótese, que a lei de colisão aperfeiçoa-se em sua integralidade, como um desdobramento lógico da teoria da otimização. Se os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes e se são dotados de uma dimensão da qual as regras são carecedoras, qual seja, a dimensão de peso, depreende-se que quando um princípio tem sua realização impedida por outro devido à previsão de consequência jurídica antagônica, a solução para esse tipo de antinomia é qualitativa e estruturalmente diversa.

Sucedo que, como já registrado, diante de determinadas condições fáticas e jurídicas, um princípio acaba tendo maior *peso* que o outro, permitindo, com isso, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Isso não significa, contudo, que o princípio prevalente numa dada ocasião tenha sua preponderância intacta sempre que confrontado com o mesmo princípio, pelo contrário, embora as normas contrastantes continuem sendo as mesmas, as circunstâncias que revestem cada caso concreto modificam-se, o que faz com que novas variáveis sejam consideradas no processo de *sopesamento*.⁴⁰ O sopesamento, em linhas gerais, busca definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.⁴¹ A partir daí, torna-se possível a busca por um resultado ótimo, consentâneo com a teoria dos princípios e, como consectário, assentado em uma argumentação jurídica discursivamente racional.⁴² Esse pensamento jurídico-racional pode ser condensado em uma lei geral de colisão (*general collision law*), da seguinte forma:

³⁹ Cf. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 434-435.

⁴⁰ Essa afirmação é sintetizada por Virgílio Afonso da Silva valendo-se da versão mais técnica da lei de colisão: "[...] é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C" (Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 611.

⁴¹ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 95. O estudo analítico do sopesamento merecerá nossa atenção em tópico separado, dada a complexidade de suas premissas no que concerne às cláusulas restritivas de direitos fundamentais e sua conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade, razão pela qual não será, aqui, pormenorizado.

⁴² Cf., a respeito das premissas e conteúdos necessários à construção de uma teoria do discurso jurídico, bem como quanto à imprescindibilidade de se assentar uma argumentação jurídica sob o governo de proposições racionais, ou seja, em consonância com a teoria do direito e a teoria da norma, a fim de possibilitar o controle dos enunciados discursivos formulados, Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996), pp. 1027-1034. Neste artigo, Alexy critica o ceticismo de Habermas no que concerne à teoria dos princípios e à regra da proporcionalidade, expedientes teóricos considerados pelo professor de Frankfurt irracionais e insuscetíveis de controle.

As condições sob as quais um princípio tem prioridade [*precedência*] em face de outro constituem os fatos operativos [*suporte fático*] de uma regra que concede efeito legal [*consequência jurídica*] ao princípio considerado prioritário.⁴³

Uma versão mais técnica pode ser assim plasmada:

Se o princípio P_1 tem prioridade em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, e se P_1 sob as condições C implica o efeito legal R , então é válida a regra que abrange C como os fatos operativos e R como o efeito legal: $C \rightarrow R$.⁴⁴

Note-se, ante o exposto, que a lei de colisão solidifica o caráter relativo dos direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão natural de que são todos eles vulneráveis a limitações – conquanto imperceptíveis –,⁴⁵ notadamente por cláusulas restritivas decorrentes da própria antinomia entre princípios.

c) Colisão de regras e princípios

À primeira vista parece intuitiva a possibilidade de se imaginar uma colisão entre regras e princípios, contudo, esta é apenas aparente, eis que, na verdade, a antinomia que se dá subjacente a essa hipótese é entre princípios e, como tal, se resolve através do sopesamento. Essa conclusão é decorrência lógica da lei de colisão, pois o fato de que a determinação de uma relação de precedência condicionada, de acordo com a referida lei, corresponde sempre à determinação de uma regra formada por ocasião do caso concreto, demonstra que os respectivos níveis entre regras e princípios não são, de qualquer forma, desconexos.⁴⁶ Isso porque as regras são engendradas a partir da decantação dos direitos e deveres *prima facie* assegurados pelos princípios, os quais contrapostos às condições da realidade fática – que dificilmente são ideais – acabam encontrando óbices, estribados em outros princípios, para sua realização, demandando, então, a fim de contornar esses obstáculos, uma definição deveras mais adstrita ao caso concreto dos direitos e deveres incidentes à espécie. Por isso, diz-se que as regras garantem direitos e deveres *definitivos*. Solucionar um caso pela via metodológica do sopesamento nada mais é do que decidir por meio de uma regra, que é consubstanciada a partir da priorização de princípios que se revelam, *in casu*, predominantes.⁴⁷

Dessarte, as regras são produto de sopesamentos, conquanto elas estejam contidas em enunciados jurídicos das constituições, razão pela qual a colisão entre regras e princípios é apenas aparente, visto que a verdadeira colisão se desdobra no nível desses últimos. Tal

⁴³ O texto em língua inglesa é: "The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior" (Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 297).

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ No entanto, há quem discorde e sustente a existência de direitos absolutos, cf. H.L.A. Hart, "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, Num. 3 (1973), pp. 534-555; Alan Gewirth, "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, Num. 122 (1981), pp. 01-16.

⁴⁶ Cf., por todos, Robert Alexy, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁷ *Idem*.

percepção é fundamental para que entendamos a sistemática das cláusulas restritivas de direitos fundamentais, como se depreende do caso do sigilo de correspondência das cartas enviadas por presidiários. Neste litígio um dos objetos de apreciação era se o direito fundamental ao sigilo epistolar, previsto no art. 5.º, inc. XII, da CF fora violado pelo diretor da penitenciária que interceptara uma missiva de um de seus custodiados, na medida em que a regra contida no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/94) assim o autorizava, desde que mediante ato motivado. O conflito que se instalou pelo teor dos dispositivos citados foi *aparentemente* entre um princípio e uma regra.⁴⁸ Apesar da norma constitucional que assegura o sigilo epistolar não contemplar qualquer cláusula expressa de restringibilidade (cláusula restritiva *escrita*),⁴⁹ o Excelso Pretório houve por bem incluir, em caráter excepcional, uma cláusula implícita de restringibilidade nessa norma (cláusula restritiva *não-escrita*), com fulcro nos princípios da segurança pública, disciplina penitenciária e preservação da ordem jurídica, que dão esteio, coincidentemente, à sobredita regra infraconstitucional. Em suma, o que se realizou no caso em testilha foi um sopesamento entre o princípio do sigilo epistolar e os princípios nos quais a regra do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal se baseiam, permitindo, destarte, a inserção de uma cláusula restritiva no direito fundamental inscrito no art. 5.º, inc. XII, da CF.⁵⁰

Malgrado, Virgílio Afonso da Silva é reticente a respeito dessa solução, aduzindo ser ela "*problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender*

⁴⁸ Para ficar mais claro o conflito entre essas duas espécies normativas, iremos transcrever os dispositivos que lhes dão suporte:

Art. 5.º, inc. XII, da CF: "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*". Insta consignar que a cláusula restritiva "*salvo, no último caso, por ordem judicial [...]*" refere-se apenas e tão somente às comunicações telefônicas.

Art. 41 da Lei 7.210/94: "*Constituem direitos do preso:*

[...]

XV – *contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;*

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

⁴⁹ Nesse sentido, cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 310-311. Na jurisprudência do STF, o voto do min. Celso de Mello no HC 69.912 (DJ 26/11/1993). A discussão sobre se dizer que um direito fundamental é previsto constitucionalmente sem cláusula restritiva escrita equivale a dizer que ele é garantido sem reserva legal será objeto de análise em tópico mais adiante. Mas, desde já, adiantamos que não são afirmações equivalentes, pois geram consequências jurídicas diferentes. Sobre isso cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbim (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1998*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 612-614. Curioso notar que Virgílio Afonso da Silva, ao redigir o mencionado capítulo, assevera ter Gilmar Ferreira Mendez classificado o sigilo de correspondência como direito fundamental submetido a reserva qualificada (p. 607), o que não faz sentido diante da ressalva feita pelo dispositivo: "*salvo, no último caso*". Ou seja, a reserva qualificada aplicar-se-ia estritamente ao sigilo das comunicações telefônicas, como registrado no corpo do texto.

⁵⁰ HC 70814-5/SP (DJ 24/06/1994).

que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento".⁵¹ Para ele, a consequência disso seria um alto grau de insegurança jurídica, visto que a função precípua desempenhada pelas regras no ordenamento jurídico é a de conferir segurança à aplicação do direito. Apesar de tomar tal posição, Virgílio Afonso da Silva não oferece soluções alternativas, apenas expõe o problema de outra forma, em que a resposta por nós tida como suficiente – em razão de ser coerente e racional com a teoria da qual faz parte –⁵² é desafiada sob diferentes aspectos. Entrementes, ele mesmo se vale da resposta anteriormente expendida para resolver o quebra-cabeça da colisão entre regras e princípios, conquanto abordando desdobramentos lógico-jurídicos outros, que se fazem necessários à vista das particularidades de cada caso concreto, sem, contudo, arredar-se do raciocínio básico contido na solução metodológica fornecida neste tópico.

Ao obterem sobre a perda da segurança jurídica no processo de determinação da norma aplicável numa colisão entre regras e princípios, a crítica de Virgílio Afonso da Silva assemelha-se a crítica feita por Jürgen Habermas à teoria do discurso de aplicação de Klaus Günther. De acordo com esta teoria, o peso das regras, princípios e políticas relevantes só pode ser determinado quando decidimos casos individuais,⁵³ daí a crítica de Habermas no sentido de que fazendo isso, o sistema se degeneraria a um catálogo de *topoi*, e perderia, assim, o poder de garantir a segurança jurídica.⁵⁴ A teoria dos princípios como formulada por Alexy, entretanto, guarda poucas similitudes com a tópica, porquanto esta, como uma teoria sobre a aplicação de premissas na justificação de decisões individuais requer a consideração de todos os aspectos (*topos*), sejam jurídicos ou extrajurídicos, que orbitem a questão posta em discussão.⁵⁵ Aquela, por sua vez, emerge da dogmática, estatutos jurídicos e precedentes judiciais, pontos cuja significância a tópica falha em apreender adequadamente,⁵⁶ mas que na teoria dos princípios constituem toda uma tessitura racional-jurídica por meio da qual o

⁵¹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 52.

⁵² Fazemos referência, aqui, a Teoria dos Direitos Fundamentais (*Theorie der Grundrechte*) como formulada por Robert Alexy, tendo em vista que existem inúmeras outras vertentes de teorias dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a *teoria liberal dos direitos fundamentais*, a *teoria institucional dos direitos fundamentais*, a *teoria axiológica dos direitos fundamentais*, a *teoria democrática e funcional dos direitos fundamentais* e a *teoria social dos direitos fundamentais*. Cf., para um panorama geral de todas essas vertentes teóricas, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis et présentes par Olivier Jouanjan*, trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud, Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000, pp. 256-277.

⁵³ Cf. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse*, p. 219 *apud* Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996), p. 1028.

⁵⁴ Robert Alexy, "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996), p. 1028.

⁵⁵ Cf., por todos, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford (New York): Oxford University Press, 1989, pp. 20-24.

⁵⁶ Isso se deve ao fato de que um discurso legal orientado pela tópica se propõe a capturar todos os assuntos (*topos*) envolvendo uma determinada temática, o que nos parece utópico, para não dizer impossível. Esse intento de uma análise universal, destarte, acaba prejudicando uma perquirição detalhada dos elementos de fato relevantes num dado caso concreto. Um estudo mais percuciente sobre isso pode ser encontrado em Robert Alexy, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Vol. 12, Num. 4 (1999), pp. 374-384.

intérprete obrigatoriamente tem de passar, e isso, portanto, permite que outras pessoas controlem a racionalidade do discurso jurídico construído com base na teoria dos princípios. Noutras palavras, a técnica apresentada aqui para solução de colisões entre regras e princípios não importa na mitigação da segurança jurídica.⁵⁷

2.1.1.3. *Uma distinção quase nunca pontilhada: mandamentos para otimizar e mandamentos a serem otimizados*

Assim como há toda uma questão terminológica encerrando o conceito de proporcionalidade, máxime no tocante à sua espécie normativa,⁵⁸ assunto que não cabe, aqui, nos enveredarmos, o conceito de mandamento de otimização também se encontra submerso em imprecisões da mesma ordem. Essas imprecisões, contudo, passam ao largo da doutrina constitucional brasileira, que apesar de ventilar em larga escala a ideia de mandamentos de otimização, reproduzindo-a muitas vezes de forma descuidada, sequer se detém em perscrutar sua estrutura e forma de aplicação. Isso pode redundar, o mais das vezes, na malversação da teoria dos princípios.

Sintomaticamente, tenciona-se, aqui, chamar atenção para uma distinção de ordem estrutural e terminológica imprescindível para a boa assimilação da tese da otimização, pois, se mal compreendida, poderá resultar em paradoxo capaz de ameaçar, inclusive, a validade da sobredita tese normativa como parte integrante da dogmática dos direitos fundamentais. Com efeito, a assertiva segundo a qual princípios são mandamentos de otimização, difundida quase sempre sem maiores indagações por estudiosos da interpretação constitucional, é a principal responsável pela advertência ora assinalada. Nessa baliza, vê-se que alguns aspectos técnico-jurídicos desse cânone principiológico, apesar de constituírem a tônica da teoria dos princípios, passam despercebidos pela doutrina, mas que, sem embargo, hão de ser expostos na sequência.

Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann levantaram uma objeção àquela definição, uma vez que de acordo com a referida assertiva *princípios são mandamentos para otimizar*, pois impõem a obrigação de que algo seja realizado no maior grau que é faticamente e juridicamente possível. Esta obrigação, por sua vez, denota um caráter definitivo, isto é, ela pode ser tanto cumprida como descumprida, o que não ilide o fato de que seu cumprimento

⁵⁷ Gostaríamos de nos aprofundar mais na investigação analítica aqui suscitada, contudo, não é o tempo nem o lugar para desenvolvê-la, posto que o objeto deste trabalho é outro. Não obstante, fica a nota de que as proposições aventadas no corpo do texto, nomeadamente no que atina aos problemas relacionados à colisão entre regras e princípios, têm implicações dogmáticas muito mais complexas, impossíveis de serem abordadas e, tampouco, sanadas num trabalho como este.

⁵⁸ Sem contar a confusão conceitual entre proporcionalidade e razoabilidade. Sobre isso cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 24-27

completo seja sempre obrigatório.⁵⁹ Aarnio ilustra esse argumento da seguinte forma: "*Ou alguém realiza ou não realiza a otimização. Por exemplo, no caso de um conflito entre dois princípios, os princípios devem ser satisfeitos de maneira ótima, e tão somente da maneira ótima*".⁶⁰ Segundo eles, portanto, a afirmação de que princípios são mandamentos de otimização é paradoxal, visto que, na verdade, os mandamentos de otimização têm a estrutura de regras.

Malgrado, a sobredita objeção não procede, mas a sua importância para a dogmática dos direitos fundamentais suscitou problemas cuja resolução demandou a inquirição de fatores pouco examinados no processo cognitivo dos mandamentos de otimização, dada a profundidade indispensável ao trato da matéria. Pois bem, eis que surge a distinção entre *mandamentos para otimizar* e *mandamentos a serem otimizados*. Estes consistem no verdadeiro objeto dos sopesamentos. Eles podem ser também denominados de "*dever-ser-ideal*" (*the ideal ought*) ou "*ideais*" (*ideals*), na medida em que um dever ser ideal é algo que é para ser otimizado e, portanto, transformado num dever-ser-real.⁶¹ À guisa de objeto de otimização, os *mandamentos a serem otimizados* estão localizados no nível dos objetos, ao passo que, os *mandamentos para otimizar*, isto é, os mandamentos de otimização em si, estão localizados num meta-nível. Já que neste nível eles prescrevem o que é para ser feito com aquilo que se encontra no nível dos objetos. Em outros termos, eles impõem a obrigação de que o conteúdo semântico das normas⁶² por eles veiculadas, os *mandamentos a serem otimizados*, sejam realizados na maior extensão possível.⁶³

Por conseguinte, é possível concluirmos que os mandamentos de otimização têm sim a estrutura de regras, mas isso não importa no colapso da tese da otimização, apenas nos proporciona um foco mais nítido da situação. Os princípios como objeto de sopesamentos, portanto, não são mandamentos de otimização, mas sim mandamentos a serem otimizados. Noutras palavras, os princípios traduzem-se no conteúdo substancial dos mandamentos de otimização, pois são eles que hão de ser otimizados. Desse modo, eles compreendem um dever ser ideal, na medida em que garantem direitos e deveres *prima facie*, os quais não foram

⁵⁹ Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 65 *apud* Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 300.

⁶⁰ Aulis Aarnio, *Taking Rules Seriously*, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (1990), *Supplement* 42, p. 187 *apud* Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 300. Essa proposição, cabe registrar, transmite exatamente o fato de que os princípios garantem direitos e deveres *prima facie*, os quais só são apreensíveis em sua completude em condições ideais, geralmente no plano abstrato, em que não houve ainda relativizações por conta das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas pela situação real.

⁶¹ Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, In: Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt: Suhrkamp, 1995, pp. 203-204 *apud* Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 300.

⁶² Cf., a respeito da relação entre conteúdo semântico e conceito de norma, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 53-58.

⁶³ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 300.

ainda relativizados pelas possibilidades jurídicas e fáticas presentes num dado caso concreto. Por outro lado, os mandamentos de otimização não são para ser otimizados, mas para serem cumpridos.

Isso não significa, contudo, que é incorreto falar em princípios como mandamentos de otimização. A aludida expressão é profícua considerando que a proposição formulada como tal transmite de forma direta e clara a natureza dos princípios, especialmente porque ao dizer como os princípios devem ser operacionalizados, implica em dizer tudo o que importa do ponto de vista da prática legal. Logo, para fins práticos, admite-se a propalada expressão, sem prejuízo, todavia, das hipóteses em que se fazem necessárias a devida distinção.⁶⁴

3. Hipótese de trabalho

A partir dos pressupostos teóricos explanados acima, conquanto sinteticamente, torna-se possível adentrarmos a temática, em si, das cláusulas restritivas de direitos fundamentais e de suas vicissitudes hermenêuticas. Isso porque a resposta provisória que intentamos fornecer ao problema central deste trabalho – a melhor forma de se satisfazer o ônus argumentativo decorrente das cláusulas restritivas de direitos fundamentais – depende diretamente dos expedientes dogmáticos perscrutados anteriormente. Ela nada mais é do que um desdobramento lógico das premissas anteriores, firmadas na investigação analítico-conceitual levada a cabo no tópico *retro*.

Diante disso, a apreensão cognitiva dos elementos dogmáticos que integram o fenômeno jurídico da restrição de direitos fundamentais vislumbra-se tangível, e, com isso, também a perquirição de um modelo de fundamentação jurídica capaz de suprir as necessidades discursivas oriundas da inclusão de cláusulas restritivas no âmbito dos direitos fundamentais. A construção de um discurso jurídico racional nesse campo requererá um exame dogmático da questão não só em sua dimensão analítica, mas também em sua dimensão empírica e normativa.⁶⁵

3.1. Teoria do suporte fático e cláusulas restritivas: elementos-chave

É intuitivo que para a inserção de cláusulas restritivas em direitos fundamentais deduz-se que eles sejam restringíveis, mas embora possa parecer um truísmo tal inferência, esta característica dos direitos fundamentais é responsável, ainda hoje, por inúmeras

⁶⁴ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000), p. 301.

⁶⁵ Essas dimensões foram objeto de análise no tópico 1.2., reservado à metodologia.

divergências doutrinárias, de sorte que uma solução pacificadora está longe de ser encontrada. No entanto, essas discussões permitiram o desenvolvimento de um modelo teórico geral acerca da restringibilidade dos direitos fundamentais, cuja sistemática, por ter sido teorizada, sobretudo, por Alexy e Borowski, pressupõe os subsídios dogmáticos já estudados. Com efeito, são seus elementos-chave o *suporte fático* (*Tatbestand*) do direito fundamental, no interior do qual o *âmbito de proteção* (*Schutzbereich*) de um lado e a intervenção ou interferência (*Eingriff*) do outro devem ser distinguidos. Além disso, há a fundamentação da intervenção ou interferência, que caso se evidencie suficiente permitirá a fixação de uma restrição (*Einschränkung* ou *Schranke*).⁶⁶

O discurso jurídico que justifica a inclusão de uma cláusula restritiva (*Schrankenklausele*) no suporte fático de um direito fundamental só pode ter sua racionalidade aferida por meio do aludido modelo, visto que ele dá abertura a um controle mais objetivo da argumentação jurídica se comparado com outros modelos, os quais serão também aqui examinados.⁶⁷ A dissonância entre modelos desse tipo tem correspondência na discrepância entre duas teorias, a teoria interna (*Innentheorie*), de acordo com a qual só há o direito com suas extensões (*rectius*: com seus limites imanentes), e a teoria externa (*Außentheorie*), segundo a qual é possível a distinção entre o "direito em si" (direito *prima facie* ou *Recht an sich*) e o "direito com suas restrições" (direito definitivo ou *eingeschränktes Recht*). Não é preciso dizer que somos adeptos desta última, haja vista ser ela a opção natural resultante das proposições teóricas anteriores. Em outros termos, só ela coaduna-se com a teoria dos princípios.

3.1.1. O arranjo formal do suporte fático dos direitos fundamentais

Obtemperem-se que o conceito de suporte fático delineado por Alexy e Borowski, como se percebe, tem sua composição adstrita a dois elementos-chave, quais sejam, o âmbito de proteção e a intervenção, de modo que a fundamentação constitucional conducente à restrição encontrar-se-ia fora desse conceito. Nesse sentido, pontificam eles que a ideia "*do conceito de suporte fático como um conceito contraposto ao conceito de restrição tem como*

⁶⁶ Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), pp. 202.

⁶⁷ Destacam-se, entre eles, a teoria estruturante da norma jurídica de Müller, na qual assenta as noções de programa normativo, âmbito normativo e concretização prática em total dissonância com o modelo ora sustentado. Para tanto, cf. Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 145-269; do mesmo autor, *Metodologia do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 52 e ss. Outro exemplo é a ideia de prioridade das liberdades de Rawls, cf., a respeito, H.L.A. Hart, "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, Num. 3 (1973), pp. 534-555.

tarefa abranger todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica prima facie".⁶⁸ Em síntese, ante uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, caso não haja fundamentação constitucional hábil a justificá-la, dar-se-ia azo à consequência jurídica do direito fundamental em questão, afastando-se a hipótese de restrição.

Ora, nota-se, pois, que a ausência de fundamentação constitucional é *conditio sine qua non* para o despontamento da consequência jurídica prescrita pelo direito fundamental, não fazendo sentido, por conseguinte, excluí-la do suporte fático. Se este é caracterizado por elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, fica nítido que a *ausência de fundamentação constitucional* deve ser também incluída no conceito de suporte fático.⁶⁹

Sob o prisma do direito privado, o suporte fático é o fato (ou conjunto de fatos) natural ou sociocultural ao qual as normas atribuem efeitos jurídicos. Dessarte, constitui-se dos dados-de-fato previstos abstratamente na hipótese de incidência normativa, cuja realização no mundo real deflagra a incidência da norma, levando-o, então, a metamorfosear-se em fato jurídico. É, portanto, verdadeiro substrato do fato jurídico, embora nele possam estar incluídos fatos já juridicizados.⁷⁰ Ressalte-se que a falta de qualquer dos elementos complementares do suporte fático, importam na sua deficiência, conducente a um quadro de invalidade ou ineficácia.⁷¹

Assim é que um conceito ampliado de suporte fático, composto pelo âmbito de proteção, intervenção e fundamentação constitucional, nos parece mais apropriado. A propósito, conforme já mencionado, se a intervenção revelar-se constitucionalmente fundamentada estaremos diante de uma restrição, ao passo que se restar desprovida de fundamentação esbarraríamos em uma violação ao bem jurídico protegido pelo direito fundamental. No caso dos direitos de defesa, ou seja, aqueles que normalmente exigem uma ação negativa por parte do Estado, à guisa das liberdades públicas, uma intervenção estatal que ousasse restringir a esfera de liberdade de alguém sem que estivesse devidamente amparada em fundamentos constitucionais, *v.g.*, em princípios antinômicos, estaria fadada a sofrer a consequência jurídica daquela liberdade, isto é, a cessação da intervenção dentro de seu âmbito de proteção. Logo, como sistematizado por Virgílio Afonso da Silva, se uma ação *x* é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (AP_x) e se não há

⁶⁸ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305.

⁶⁹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74-75.

⁷⁰ Cf. Marcelo da Costa Pinto Neves, "A incidência da norma jurídica e o fato jurídico", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 21, Num. 84 (1984), p. 273.

⁷¹ *Ibidem*, p. 274.

fundamentação constitucional para uma medida estatal que intervém em x (não-FC(IE x)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ x).⁷² Tal proposição pode ser compendiada numa formulação lógica traduzida pela seguinte equação: $(x)(APx \square \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$.⁷³

Compete-nos assinalar, todavia, que o sobredito modelo tem sua aplicação, em última análise, voltada ao suporte fático dos direitos de defesa, que são direitos, em regra, deduzidos contra o Estado. Observe-se que, sua titularidade, por parte de algum sujeito, corresponde ao dever estatal de cumprimento de ações negativas, as quais podem ser de três ordens: direitos *ao não-embaraço de ações*, direitos *à não-afetação de características e situações* e direitos *à não eliminação de posições jurídicas*.⁷⁴ Esses direitos são apontados como emblemáticos das liberdades públicas, cujo suporte fático, se colmatado, traz como consequência jurídica a cessação do ato interventor. Nesse sentido, a jurisprudência do STF postula que se um cidadão tem sua liberdade de ir e vir constrangida por uma prisão preventiva, requer-se do ato que a decreta a especificação dos fundamentos que a ensejaram. Os fundamentos estipulados pelo art. 312 do CPP fazem menção a princípios de envergadura constitucional, tais como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a garantia da aplicação da lei penal, etc., pois caso não o fossem, prejudicado restaria o sopesamento com a liberdade de locomoção. Se a medida prisional revelar-se desproporcional em virtude da deficiência da argumentação jurídica em favor dos princípios que justificam a intromissão no *status libertatis*, a consequência será a da revogação da prisão preventiva.⁷⁵

O mesmo não sucede com os direitos sociais, para cujo suporte fático a omissão estatal é considerada intervenção. Isso porque são direitos que, quando titularizados por um

⁷² Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75.

⁷³ *Ibidem*, p. 75, nota 25. Nesta equação x é uma variável de ação sobre indivíduos que agem, (x) é o quantificador universal (para todo x, \dots), \square é o símbolo que transmite a ideia da conjunção aditiva *e*, \neg representa o marcador de negação *não*, \leftrightarrow é o símbolo veiculador de relações bicondicionais (*se e somente se . . . então . . .*), O é o operador deontico que expressa uma obrigatoriedade. Cf., sobre a aplicação dos referidos símbolos lógicos em raciocínios jurídicos, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford (New York): Oxford University Press, 1989, p. xiv; Wesley N. Hohfeld, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913/1914); do mesmo autor, "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 26 (1916/1917). O quantificador universal é empregado na equação *sub examine* a fim de exprimir que a proteção de ações do mesmo jaez de x está condicionada aos fatores ali contidos, de modo que se sua proteção parece absoluta (incondicionada) *a priori*, a sua conjugação com medida estatal que porventura tenha guarida na constituição torna tal proteção relativa (condicionada). A propósito, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 302-303, nota 66.

⁷⁴ Não há espaço neste trabalho à decomposição analítica desses conceitos, fazer isso implicaria num grande desvio de percurso, o que não é recomendável em um trabalho provisório, volvido apenas a pavimentar o caminho para uma eventual dissertação de mestrado. Sem embargo, para uma melhor assimilação dos conceitos empregados no corpo do texto, bem como de sua sistemática lógico-jurídica, cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 196 e ss.; Arthur L. Corbin, "Legal Analysis and Terminology", *Yale Law Journal*, Vol. 29, Num. 2 (1920), pp. 163 e ss.

⁷⁵ HC 101761/RS (DJ 01/02/2011).

sujeito, concedem a ele a faculdade de exigir do Estado a realização de ações positivas. Os direitos sociais como direitos a ações positivas são de duas espécies: direitos a ações positivas *fáticas* e direitos a ações positivas *normativas*.⁷⁶ Estes últimos são direitos a atos estatais de criação de normas, exemplo simbólico no direito constitucional brasileiro foi a decisão do STF que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar por lei complementar o direito de greve do servidor público civil, o que, até então, constituía fato obstativo da efetividade e aplicabilidade da norma insculpida no art. 37, inc. VII, da Carta Política.⁷⁷ Os primeiros são direitos a prestações, v.g., quando o STF considera uma pretensão individual do cidadão hipossuficiente ao fornecimento de medicamento não contemplado pela lista do SUS,⁷⁸ a satisfação desse direito implicará uma ação estatal positiva fática, qual seja, a entrega do medicamento ao cidadão.

Como se vê, a formulação do suporte fático dos direitos a ações positivas, compreendidos entre eles os direitos sociais, destoa em muitos aspectos a do suporte fático dos direitos de defesa, começando pelo âmbito de proteção. Enquanto nas chamadas liberdades públicas o cerne da discussão envolvendo o âmbito de proteção repousa na descoberta de quais ações, fatos, estados ou posições jurídicas o integram, nos direitos sociais o foco é outro, proteger direitos, nesse universo, equivale a realizar direitos. Sistemáticamente, descobrir o quê compõe o âmbito de proteção de um direito social implica em saber quais ações estatais fomentam a realização desse direito.⁷⁹ Por outro ângulo, verifica-se que o conceito de intervenção também precisa ser adaptado, tendo em vista que, nesse particular, a intervenção consistirá ou numa omissão normativa do poder legiferante, ou numa abstenção do poder público em cumprir prestações essenciais à população. Em síntese, "*se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg FC$), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox)*".⁸⁰ Igualmente é possível converter a proposição enunciativa do suporte fático dos direitos sociais em uma equação, nos exatos moldes anteriores, a saber: $(x) (DSx \square \neg FC(IEx) \leftrightarrow Ox)$.⁸¹

3.1.2. Suporte fático amplo, limites e restrições

⁷⁶ Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 201 e ss.

⁷⁷ MI 20-4/DF (DJ 22/11/1996).

⁷⁸ STA 175 AgR/CE (DJ 17/03/2010).

⁷⁹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁸¹ *Ibidem*, p. 78, nota 34. Para saber mais sobre os operadores deônticos e símbolos lógicos empregados nesta equação, cf. a nota 73 *retro*.

Feita a análise da estrutura formal do suporte fático dos direitos fundamentais, é hora de passarmos a outro tipo de questionamento, agora volvido ao conteúdo desse elemento-chave. Em analogia ao corpo humano, cabe-nos perguntar quais os "órgãos", "músculos" e "vísceras" que preenchem esse "organismo" normativo dos direitos fundamentais. Concomitantemente, indagar-nos-emos a respeito de quais circunstâncias autorizam que manobras interventivas sejam realizadas nesse "organismo", de sorte a convalescer a higidez do sistema. Malgrado, nosso intuito, por óbvio, não consiste na busca de uma resposta definitiva a tais questionamentos, este trabalho não se presta a tanto, justamente dado o alcance da pesquisa aqui empreendida. Na verdade, almejamos tão somente fornecer subsídios que propiciem uma inquirição do problema sob uma perspectiva racional e consentânea com a dogmática dos direitos fundamentais, permitindo-nos, destarte, apontar caminhos que possam levar à solução dessas indagações.

Dessa forma, começamos a nos debruçar sobre o assunto, registrando uma advertência, a de que o direito *prima facie* (ou "direito em si" se preferir) não deve ser entendido como infinito em todas as suas extensões, o que é, convenhamos, dificilmente possível. Por isso, não há como negar que o direito *prima facie* deve ter certos limites (*Begrenzungen*) antes de experimentar restrições de acordo com a teoria externa.⁸² Nessa senda, distinguir os aludidos *limites*, próprios do direito, das *restrições* que lhe são infligidas por fatores externos – por exemplo, em virtude de uma colisão com direitos antagônicos – é medida que se impõe à compreensão da natureza das cláusulas restritivas.

Tal distinção repousa no fato de que as *restrições* são consequência de um processo no qual a proteção do direito *prima facie* é reduzida, de tal maneira que parte de seu conteúdo acaba não integrando o direito definitivo. Ao revés, a determinação dos *limites* do direito *prima facie* não tem como ponto de partida uma posição jurídica mais ampla – ocupada pelo "direito em si" no caso das restrições –, mas sim um fenômeno epistêmico na natureza,⁸³ entendido como tal o conjunto de ações, fatos, estados e posições jurídicas que se verificam no mundo real. Daí que o suporte fático do direito *prima facie*, ao experienciar o sobredito evento epistemológico, seleciona dentre todos os atos, fatos, estados e posições jurídicas, aqueles que sejam dotados de alguma característica que, isoladamente considerada, guarde

⁸² Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), p. 202.

⁸³ *Ibidem*, p. 203.

relação com o "âmbito temático" do referido direito, independente da consideração de outras variáveis.⁸⁴

Ademais, não há que se confundir os mencionados *limites* com os chamados limites imanescentes, típicos da teoria interna. Primeiro, porque os *limites* sobre o qual falamos, ao contrário dos limites imanescentes, não são incompatíveis com os termos "restrição a direitos", "abuso de direito" ou "sopesamento", na medida em que eles não excluem a atuação de fatores externos como, por exemplo, uma cláusula restritiva imposta a partir de uma colisão de princípios.⁸⁵ Segundo, e isso é um reflexo da primeira característica, os *limites*, em contraposição aos limites imanescentes, não definem o conteúdo dos direitos fundamentais de antemão, como se regras fossem, razão pela qual não imprimem às normas de direito fundamental uma *validade estrita*, porquanto se a norma tem validade estrita, ela segue o raciocínio do tudo-ou-nada.⁸⁶

O caso Lengruber ilustra bem o ponto *supra*. Roberto Penna Lengruber dizia-se médium espiritual, tendo se tornado famoso em virtude de suas performances espíritas televisionadas, que consistiam basicamente em curas milagrosas. Em decorrência, muitas pessoas passaram a procurá-lo a fim de obter a cura para as suas moléstias, acreditando que elas desapareceriam pela intercessão dos poderes paranormais do médium. Por conta disso, foi ele denunciado pela prática do crime de curandeirismo, na sua vertente prevista no art. 284, inc. II, do CP.⁸⁷ Irresignado, Roberto Lengruber recorreu ao STF por meio de *habeas corpus* alegando que, o espiritismo, como profissão de fé, abrangeria a prática da realização de "passes", uma vez que são atos típicos da liturgia espírita. Logo, estaria a sua conduta albergada pela liberdade de consciência e exercício de cultos religiosos. Não obstante, o min. Francisco Rezek houve por bem denegar o *writ*, aduzindo, dentre outras razões, que "*a garantia da liberdade de culto seguramente não alcança, pois, a prática de atos que, sem embargo de sua roupagem mística, são tipificados pela lei penal*".⁸⁸ Ao assim concluir, ele acabou excluindo *a priori* do âmbito da proteção da liberdade de consciência e exercício de cultos religiosos conduta – realização de "passes" da ritualística espírita – que, se isoladamente considerada, resultaria protegida por tais liberdades, à vista de seu inegável teor

⁸⁴ Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 34-35.

⁸⁵ Cf., sobre essa qualidade dos limites imanescentes, porém não compartilhada pelos *limites* ora defendidos, *Ibidem*, p. 37.

⁸⁶ A questão da validade estrita, expressão de Jan-Reinard Sieckmann, como consequência da adoção da ideia de limites imanescentes, é melhor explicitada em Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129. No que tange ao modo de aplicação das regras e dos princípios, c.f. tópico 2.1.1.

⁸⁷ Art. 284, inc. II, do CP: "*Exercer o curandeirismo:*

[...]

II – *usando gestos, palavras ou qualquer outro meio*".

⁸⁸ RHC 62240-2/SP (DJ 13/12/1984).

religioso. No entanto, o ministro decidiu restringir o âmbito de proteção das aludidas liberdades sem, contudo, satisfazer o ônus argumentativo gerado ao adotar tal postura, configurando isso, portanto, verdadeira violação ao direito fundamental. O ônus só seria satisfeito se fosse realizado um sopesamento entre os princípios garantidores das citadas liberdades e os princípios nos quais a regra penal se baseia (ordem pública e bons costumes). Ao omitir-se nesse particular, além de criar uma fundamentação jurídica deficiente, o seu raciocínio apriorístico – consistente na exclusão de antemão de atos do âmbito de proteção das referidas liberdades –, se levado às últimas consequências, produziria resultados teratológicos. Senão vejamos, ao afirmar que a garantia da liberdade de crença não alcança a prática de atos que, apesar de religiosos, estejam tipificados pela lei penal, o ministro fixou o direito com seus limites imanescentes, ou seja, todo ato de conotação religiosa que não seja proibido pela lei penal é permitido à luz da liberdade de crença, independente das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Portanto, sem prejuízo da legislação silvícola, ao adotar esse pensamento o STF estaria, hipoteticamente, criminalizando a figura do pajé indígena, personalidade de incontestável índole espiritual, cuja função de curandeiro nas tribos é do conhecimento de todos. Segundo esse entendimento, todos deveriam ser punidos e conduzidos a prisões, o que não ocorreria se tivesse sido adotado um suporte fático amplo na primeira decisão,⁸⁹ pois isso permitiria um sopesamento na situação hipotética do pajé, sendo daí possível explicar através de um discurso jurídico racional a licitude da conduta do líder espiritual indígena.

Os *limites* da teoria externa, por outro lado, são ontologicamente diferentes dos limites imanescentes, posto que não pressupõem a existência de apenas um objeto, qual seja, o direito com suas extensões, mas sim a divisão desse objeto em duas noções, o "direito em si", e, destacado dele, as suas restrições.⁹⁰ Efetivamente, a fixação de *limites*, ao contrário da fixação de limites imanescentes, não reduz a proteção *prima facie* provida pelo "direito em si", apenas delimita o espectro dessa proteção lançando mão do critério do "âmbito temático". Não faria qualquer sentido, por exemplo, o direito à intimidade (art. 5.º, inc. X, da CF) proteger a inviolabilidade das ligações particulares de alguém contra interceptações telefônicas sem ordem judicial, pois, para isso, já existe a proteção do sigilo das

⁸⁹ Pois, nesse caso, chegar-se-ia à conclusão de que o pajé é personalidade religiosa que tem identidade com o "âmbito temático" da liberdade de crença e, por isso, é por ela protegido, de modo que qualquer medida punitiva que visasse vulnerá-lo com base no art. 284 do CP deveria ser fundamentada com arrimo nos princípios que dão amparo a esta norma incriminadora, uma vez que só assim seria possível verificar no caso concreto a licitude da conduta curandeira realizada pelo pajé.

⁹⁰ Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 38-39.

comunicações telefônicas (art. 5.º, inc. XII, da CF).⁹¹ De se ver, portanto, que os *limites* colimam apenas estabelecer a fronteira entre as ações, estados e posições jurídicas que, isoladamente considerados, podem ser incluídos na proteção *prima facie* do direito fundamental, em virtude de compartilharem com ele algum liame conotativo – ou vínculo temático –, e aquelas ações, estados e posições jurídicas que não guardam qualquer relação com a matéria salvaguardada pelo direito fundamental.

3.2. A satisfação do ônus argumentativo derivado das cláusulas restritivas de direitos fundamentais

Como já foi dito anteriormente, a análise da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de uma medida interventiva de direito fundamental equivale à aferição dos argumentos jurídico-constitucionais que tendem a justificá-la. Isso explicita bem o caráter discursivo do controle de constitucionalidade, que se conecta à sua dimensão metodológica, cuja preocupação fulcral recai sobre a plausibilidade dos argumentos inerentes à lei do sopesamento,⁹² pois é através dessa subregra da proporcionalidade que se torna possível satisfazer o ônus argumentativo decorrente de intervenções que restringem – e não violam – direitos fundamentais. E não basta que os argumentos levados a cabo pelo sopesamento sejam racionais, é preciso também que eles sejam aceitos pelo povo no decorrer do tempo, a fim de que se apure a sua solidez jurídica e correção (*correctness*),⁹³ o que só é viável por intermédio de um discurso racional objetivo, que intentamos alcançar neste trabalho com o auxílio dos

⁹¹ Borowski enriquece criticamente a distinção ora explanada dando outro exemplo. Imagina ele uma situação na qual fiéis religiosos reclamam de certas interferências estatais em algumas de suas atividades litúrgicas. No entanto, ressalta que muito embora a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia garanta a liberdade de crença em seu art. 10(1), de acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos uma crença deve atingir certo nível de cogência, seriedade, coesão e importância dentre membros da sociedade civil. Assim, se ao aplicar esse critério o intérprete concluir que a crença não atingiu o nível exigido de cogência, pois seus atos litúrgicos são inortodoxos e sequer observados por seus fiéis, não é ela merecedora da proteção do art. 10(1) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Desse modo, determina-se o suporte fático da liberdade de crença, ao mesmo tempo em que se responde à questão sobre onde começa a sua proteção (Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), p. 203).

⁹² Cf., acerca da possibilidade de se construir uma argumentação constitucional objetiva a partir do sopesamento, Robert Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005), p. 577-578.

⁹³ Os tribunais como representantes argumentativos do povo devem atender a duas condições: (1) empregar argumentos sólidos e corretos em seus *decisums*, e (2) submetê-los à apreciação de pessoas racionais que componham o povo, entendidas como tais aquelas que são aptas e inclinadas a aceitar argumentos sensatos e corretos em razão de assim o serem (*Ibidem*, pp. 580-581). Isso decorre, dentre outras coisas, do fato de que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção, a propósito, cf. Robert Alexy, *Conceito e validade do direito*, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 43-48.

subsídios fornecidos pela teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica.⁹⁴ A confluência desses expedientes teóricos no direito constitucional pode ser chamado de constitucionalismo discursivo.

De outra parte, é preciso ter em mente que as cláusulas restritivas de direitos fundamentais são uma espécie de medida interventiva, e, por isso mesmo, se submetem às exigências de uma argumentação jurídica racional. Para tanto, a fundamentação constitucional das cláusulas restritivas deve atender à inteligência dos elementos das teorias mencionadas acima, sobretudo, à regra da proporcionalidade, cuja aplicação, nesse particular, está rodeada de incongruências, em sua maioria advindas da confusão entre *cláusulas restritivas* e *cláusulas de reserva*.

3.2.1. Reserva legal e cláusulas restritivas: diferenças e similitudes

A discussão colocada em pauta neste tópico poderá nos afigurar inócua, num primeiro momento, eis que parece ter a Constituição da República rejeitado um sistema de reserva legal.⁹⁵ Malgrado, boa parte da doutrina não comunga da mesma opinião,⁹⁶ o que contribui para uma equivocada miscelânea dos sobreditos institutos clausulares, que, no entanto, são ontologicamente distintos. Vale dizer, são eles desdobramentos de uma mesma concepção geral de cláusula restritiva (restrição *lato sensu*), que reputa como tal toda e qualquer cláusula que obsta à concretização de um princípio de direito fundamental,⁹⁷ princípio este que se manifesta na forma de mandamento de otimização.⁹⁸ A falta de refinamento dessa concepção pode levar a sérias consequências, mormente a diminuição da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que a reserva de lei, se aplicada à nossa sistemática constitucional, estimulará o desenvolvimento de teses como a dos limites imanentes, que tanto combatemos acima, fortalecendo, desta feita, a teoria interna e

⁹⁴ Sobre a relação entre a teoria do discurso racional, a teoria dos princípios e o conceito de correção dos argumentos jurídicos, que se confluem para a sedimentação de um constitucionalismo discursivo, cf., dentre outros, Robert Alexy, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Vol. 12, Num. 4 (1999), pp. 374-384; do mesmo autor, "Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*", *Ratio Juris*, Vol. 19, Num. 2 (2006), p. 173-178.

⁹⁵ Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 605-618. Em sentido contrário cf., por todos, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 302-314.

⁹⁶ Um rol de abalizados estudiosos que defendem um sistema de reserva legal na Carta Magna de 1988 pode ser encontrado em Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 605, nota 1.

⁹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 303.

⁹⁸ Cf. tópico 2.1.1.1.1 *retro*.

argumentos a favor de um suporte fático restrito.⁹⁹ Portanto, passamos a refinar a ideia geral de cláusulas restritivas.¹⁰⁰

Desde logo, parece-nos imprescindível classificá-las quanto à sua matriz, *i.e.*, se são cláusulas restritivas constitucionalmente imediatas (*verfassungsunmittelbare Schranken* ou *Schranken mit Verfassungsrang ersten Grades*) ou constitucionalmente mediatas (*verfassungsmittelbare Schranken* ou *Schranken mit Verfassungsrang zweiten Grades*). As primeiras são aquelas cujos fundamentos podem ser encontrados diretamente no texto constitucional, ao passo que as últimas apesar de não terem como fonte primária o texto constitucional, são expressas mediante lei promulgada com fundamento imediato na constituição.¹⁰¹ Eis o primeiro passo na definição dos conceitos de reserva de lei e das cláusulas restritivas como concebidas na teoria externa (*Schrankenklausele*).¹⁰² A cláusula de reserva legal, necessariamente, pressupõe a existência de uma lei por meio da qual se viabiliza, sendo que, só dessa forma, consegue introduzir uma cláusula restritiva em um direito fundamental. De acordo com a citada terminologia tipológica são as cláusulas de reserva legal, por conseguinte, sempre cláusulas constitucionalmente mediatas, enquanto que as cláusulas restritivas produto da teoria externa podem ser tanto constitucionalmente imediatas, por exemplo, se derivadas de uma colisão direta entre princípios constitucionais, como constitucionalmente mediatas, se extraídas de um sopesamento realizado pelo próprio legislador.

Outra diferença que salta aos olhos do intérprete da constituição diz respeito à grafia do enunciado jurídico que assegura o direito fundamental garantido com reserva legal, simples ou qualificada. As cláusulas de reserva legal são sempre cláusulas restritivas *escritas*, de modo que o debate em torno da possibilidade de inserção de cláusulas restritivas nos chamados direitos fundamentais garantidos sem reserva legal desde sempre foi objeto de intrincados problemas, cuja solução a doutrina até hoje se digladiava¹⁰³. Por sua vez, as cláusulas restritivas que emergem da aplicação das normas de direitos fundamentais que têm duplo

⁹⁹ Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 610-611.

¹⁰⁰ Não é intenção deste trabalho, voltado à especialização, esgotar as semelhanças e disparidades entre reserva legal e cláusulas restritivas, razão pela qual abordaremos aqui os aspectos mais proeminentes.

¹⁰¹ Cf., nesse sentido, Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), pp. 212-214; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 302.

¹⁰² Sobre essa cláusula restritiva em particular cf. tópico 3.1.1. e 3.1.2. *retro*.

¹⁰³ Acerca desse debate cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 124-130; Martin Borowski, *op. cit.*, pp. 206-207.

caráter – dispõem de uma estrutura mista de regra e princípio –,¹⁰⁴ podem ser tanto *escritas* como *não-escritas*, e isso porque elas têm uma conexão intrínseca com a regra da proporcionalidade.

Dessa percepção surge uma terceira diferença, que se refere aos critérios adotados para justificar uma restrição a direito fundamental. Com efeito, nos direitos fundamentais submetidos a reserva simples, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, "*o constituinte defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito*".¹⁰⁵ No entanto, ao delegar, *e.g.*, a competência ao legislador de criar intervenções legais no âmbito do direito fundamental garantido com reserva simples, o constituinte não impõe parâmetros a essa função legiferante, cinge-se apenas a mencionar a possibilidade dessa intervenção.¹⁰⁶ Já nos direitos fundamentais submetidos a reserva qualificada a constituição "*não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados*".¹⁰⁷ Sobre os direitos garantidos com reserva simples Alexy afirma que eles ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial, pois este espaço fica completamente disposto à conformação do legislador. No que tange aos direitos fundamentais garantidos com reserva qualificada o espaço de conformação do legislador já é muito mais reduzido.

Vê-se, pois, que as cláusulas de reserva legal têm como um de seus efeitos principais o de tornar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais absoluto, pelo menos se transplantados à sistemática constitucional de nossa Lei Maior,¹⁰⁸ porquanto elas se valem da ideia de limites imanentes como argumento demarcatório do núcleo supostamente intangível dos direitos fundamentais.¹⁰⁹ Além disso, os argumentos jurídicos utilizados na justificação de cláusulas de reserva estão sempre sujeitos ao preenchimento de critérios formais prescritos pela própria constituição, conforme demonstrado acima, podendo ser a capacidade de argumentação mais ou menos ampla dependendo do tipo de reserva, o que não acontece com

¹⁰⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 141-144.

¹⁰⁵ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

¹⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbujm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 607.

¹⁰⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁸ A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe dos mesmos enunciados jurídicos que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em especial o art. 12, § 2.º, razão pela qual a adoção por nossa Carta Magna de um sistema de reserva de lei pode levar a problemas desnecessários, como o ora citado. A propósito, cf. Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, pp. 612-615.

¹⁰⁹ Cf., sobre as inconveniências de um conteúdo essencial absoluto, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 187-191.

as cláusulas restritivas como concebidas na teoria externa, cuja argumentação jurídica pode atentar, concomitantemente, tanto para critérios formais quanto substanciais.

3.2.2. *A regra da proporcionalidade como fator de controle argumentativo da fundamentação constitucional das cláusulas restritivas de direitos fundamentais*

Já expusemos previamente a função desempenhada pela fundamentação constitucional nos casos em que uma intervenção estatal acaba restringindo o âmbito de proteção do suporte fático de um direito fundamental.¹¹⁰ Todavia, naquela ocasião, não imergimos no mérito dessa fundamentação constitucional, de tal maneira a perquirir a sua substância. É o que pretendemos fazer agora, perscrutar quais argumentos dão azo a um discurso jurídico racional quando lidamos com um cenário em que uma intervenção estatal engendra uma cláusula restritiva em um direito fundamental. A construção de um modelo racional de argumentação jurídica exige, inexoravelmente, que suas premissas estejam concatenadas em elementos retóricos dotados de um grau mínimo de objetividade, condição sem a qual não é possível controlá-la. Uma argumentação jurídica insuscetível de controle favorece a tomada de decisões arbitrárias, que privam os operadores do direito de buscar a melhor interpretação possível para o caso concreto. Isso porque, decisões arbitrárias adotam critérios exclusivamente discricionários, que impõem, por sua própria natureza, uma única resposta correta a um dado problema constitucional e, como consectário, impedem que o problema seja objeto de novos questionamentos, sem, contudo, discutir se a solução a ele dada era a melhor.¹¹¹

Parece-nos que a melhor argumentação jurídica para as cláusulas restritivas de direitos fundamentais é aquela que contempla a regra da proporcionalidade como o mais importante critério de análise. A proporcionalidade requer, dentre outras coisas, o sopesamento entre um direito fundamental em testilha contra direitos ou interesses colidentes. E é justamente enquanto se realiza o sopesamento que se torna possível incluir uma cláusula restritiva em um direito fundamental, uma vez que ela deriva dos direitos e interesses

¹¹⁰ Cf. tópico 3.1.1. *retro*.

¹¹¹ Cf., a propósito, Juarez Freitas, "A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta", In: Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, 1.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 326-352. A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe dos mesmos enunciados jurídicos que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em especial o art. 12, § 2.º, razão pela qual a adoção por nossa Carta Magna de um sistema de reserva de lei pode levar a problemas desnecessários, como o ora citado. Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (Orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 612-615.

¹¹¹ Cf., sobre as inconveniências de um conteúdo essencial absoluto, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 187-191.

¹¹¹ Cf. tópico 3.1.1. *retro*.

¹¹¹ Cf., a propósito, Juarez Freitas, "A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta", In: Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, 1.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 326-352.

colidentes.¹¹² Noutras palavras, onde há um direito fundamental alvo de sopesamento, tem-se em jogo uma cláusula restritiva. Note-se, portanto, que nos interessa, para os fins deste trabalho, analisar somente a última das três subregas da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, pois é ela a expressão do sopesamento.¹¹³

Se os direitos fundamentais podem ser qualificados como princípios, ou seja, mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, é certo que as cláusulas restritivas afetam eminentemente estas últimas. Como vimos alhures, princípios garantem direitos *prima facie*, cujas possibilidades jurídicas alcançam tudo quanto faça parte de seu "âmbito temático", no entanto, essa amplitude do suporte fático acarreta colisões com princípios antagônicos, sendo a cláusula restritiva a contramedida necessária à harmonização dos interesses em conflito. Desta feita, eis que surge a importância da subregra da proporcionalidade em sentido estrito, que "*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*".¹¹⁴ Em síntese, a proporcionalidade em sentido estrito permite a superação de antinomias principiológicas através da inclusão, v.g., de uma cláusula restritiva em um direito fundamental. Sob o prisma do arranjo formal do suporte fático,¹¹⁵ pode-se dizer que tal subregra constitui o substrato da fundamentação constitucional que autoriza uma intervenção estatal a restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental, de modo a que ele passe a garantir, então, um direito definitivo e não mais um direito *prima facie* diante das possibilidades jurídicas do caso.

Posto isso, conclui-se que o sopesamento é o método de aplicação do direito que, ao lado da subsunção,¹¹⁶ satisfaz o ônus argumentativo decorrente da introdução de uma cláusula restritiva em um direito fundamental. Não obstante, cumpre-nos salientar que a satisfação desse ônus varia de caso em caso e isso é um reflexo da própria lei do sopesamento, razão pela qual será ela objeto de análise a seguir, ocasião em que nos utilizaremos de alguns casos

¹¹² Cf., Martin Borowski, "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007), pp. 203-204.

¹¹³ Isso não significa que as subregas da adequação e da necessidade são despiciendas, e, de fato, elas mereceriam maior atenção da nossa parte, contudo, se as desenvolvêssemos da forma que se exige, este trabalho perderia o seu caráter de monografia para um curso de especialização.

¹¹⁴ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 40.

¹¹⁵ Cf. tópico 3.1.1. *retro*.

¹¹⁶ Arthur Kaufmann sugere um terceiro método de aplicação do direito, a analogia entre casos ou a comparação entre casos, todavia, não nos cabe, aqui, investigá-lo, pois fugiria muito do objeto de nosso trabalho. Para uma análise crítica desse método, cf. Robert Alexy, "Two or Three?", In: Martin Borowski (Org.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119 (ARSP Beiheft 119), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 09-18.

já julgados pelo Supremo Tribunal Federal a fim de enriquecer de forma sistemática a nossa crítica e tornar o ponto de vista ora conclamado mais apreensível.

3.2.2.1. A lei do sopesamento, a fórmula de peso e a variação do ônus argumentativo

Conforme assinalamos, o sopesamento consubstancia uma parte do que é requerido pela regra da proporcionalidade, a qual goza de certa complexidade interna, uma vez que pode ser decomposta em três subregras: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Aqui, só a última nos interessa, pois ela é a expressão de uma regra, chamada lei do sopesamento, que declara o seguinte:

Quanto maior for o grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um direito ou princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.¹¹⁷

A lei do sopesamento, por sua vez, revela que também tem sua complexidade interna, na medida em que pode ser fracionada em três partes ou etapas. Na primeira delas o objetivo é estabelecer o grau de não-satisfação ou de detrimento em face do princípio primário. A isso se segue, logicamente, a segunda etapa, cuja finalidade é a de aquilatar a importância da satisfação do princípio colidente. Por derradeiro, no terceiro estágio, verificar-se-á se a importância da satisfação deste segundo princípio justifica o detrimento ao ou a não-satisfação do primeiro.¹¹⁸ Ressalte-se, nessa senda, que o sobredito raciocínio tricotômico pode ser condensado numa fórmula lógica, que Alexy batizou de *fórmula de peso*, a saber:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

As variáveis contidas na aludida fórmula representam o núcleo de uma complexa estrutura argumentativa,¹¹⁹ que é volúvel. Em decorrência, para fins meramente ilustrativos, nos valeremos de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que envolvam a colisão de princípios, pois neles fica patente a operação lógica levada a efeito pelo sopesamento. Nessas situações de conflito normativo, o sopesamento tem em mãos um caso que se subsume, simultaneamente, a dois princípios concorrentes (P_i , P_j). Diante de tal

¹¹⁷ Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 436; do mesmo autor, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

¹¹⁸ Cf., por todos, Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 437.

¹¹⁹ Um bosquejo dessa estrutura será, aqui, delineado para demonstrar a lógica e a racionalidade do sopesamento como método de aplicação do direito, sem adentrarmos, contudo, em problemas mais intrincados da dimensão analítica da dogmática dos direitos fundamentais, cuja solução demandaria um tremendo esforço hermenêutico, que não se coaduna com o propósito deste trabalho, que está atrelado a um curso de pós-graduação *lato sensu*. Como tal, não ambiciona fornecer respostas definitivas aos problemas apresentados, mas sim caminhos que possam levar a respostas provisórias. Destarte, para uma análise mais profunda da argumentação jurídica embutida na *fórmula de peso*, inclusive, nos direitos sociais, cf., dentre outros, Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Vol. 3, Num. 1 (2009), pp. 06-15; do mesmo autor, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005), pp. 574-577.

circunstância, ele passa, então, a atribuir valores, primeiro, à intensidade das intervenções (I_i , I_j) em P_i e P_j , segundo, ao peso abstrato (W_i , W_j) de ambos os princípios, e, terceiro, ao grau de confiabilidade das suposições empíricas (R_i , R_j), que dizem respeito ao que a medida restritiva estatal em questão significa para a não-realização de P_i e a realização de P_j . Feita a atribuição de números a essas variáveis, o cálculo do peso concreto de P_i ($W_{i,j}$), uma vez completa as premissas da equação é obtido de maneira tão simples quanto uma dedução.¹²⁰

Sublinhe-se que a *fórmula de peso* constitui um dos principais argumentos de Alexy contra críticas feitas à teoria dos princípios por autores como Müller, Habermas e Schlink, os quais criticam o sopesamento como método de aplicação do direito. Müller aduz, dentre outras objeções, que até agora "*a teoria [dos princípios] não forneceu à prática quase nenhuma indicação útil de como as entidades a serem ponderadas poderiam ser racionalmente circunscritas e avaliadas em seu 'peso' de uma forma comprovável e realmente passível de ser discutida entre indivíduos*".¹²¹ Ora, tal objeção é de nosso maior interesse e valiosíssima para este trabalho, pois a fórmula de peso aparenta ser o argumento esculpido por Alexy com o propósito exclusivo de refutá-la.

Para tanto, Alexy desenvolve uma escala triádica, que serve justamente de contraponto à crítica de Müller, demonstrando ser possível, sim, atribuir peso aos princípios de direito fundamental por intermédio de proposições racionais e, por isso, passíveis de serem discutidos pelos operadores do direito e cidadãos em geral. Sintomaticamente, a escala triádica divide-se em três estágios, os quais podem ser caracterizados pelos termos "leve", "moderado" e "sério". A representação desses estágios fica mais acessível com o recurso às letras "*l*", "*m*" e "*s*" respectivamente. A letra "*l*" não tem, aqui, apenas a conotação que lhe é própria, mas também abrange outras expressões como "menor", "pequeno" ou "fraco", assim como a letra "*s*" abarca expressões como alto, grave, elevado ou forte. Sob a estrutura da lei do sopesamento, os objetos que se submetem à avaliação como *l*, *m* ou *s* são as intensidades das intervenções (*rectius*: grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um princípio e a importância da satisfação do outro).¹²² De outra parte, existem vários modelos de alocação de números para os três estágios da escala triádica, contudo, veremos apenas um, pois, para o presente trabalho, é o que nos afigura mais instrutivo. Ele consiste em tomar a sequência geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 , isto é, 1, 2 e 4 e atribuí-los, respectivamente, aos estágios *l*, *m* e *s*. Nesse modelo, sempre que P_i tiver precedência sobre P_j , o valor de $W_{i,j}$ será maior que 1:

¹²⁰ Robert Alexy, "Two or Three?", In: Martin Borowski (Org.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119 (ARSP Beiheft 119), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 11.

¹²¹ Friedrich Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 284.

¹²² Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 440.

$$(1) s, l = 4/1 = 4$$

$$(2) s, m = 4/2 = 2$$

$$(3) m, l = 2/1 = 2$$

Logo, se P_j tiver precedência sobre P_i , o valor de $W_{i,j}$ será menor que 1:

$$(4) l, s = 1/4 = -$$

$$(5) m, s = 2/4 = -$$

$$(6) l, m = 1/2 = -$$

Quanto aos casos em que o valor de $W_{i,j}$ for igual a 1, eles não nos importam, pois não conduzem à satisfação do ônus argumentativo derivado das cláusulas restritivas.

Destarte, o STF ao asseverar, por exemplo, na ADI 614-2/Maranhão que o instituto constitucional da intervenção visa "*garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, IV)*", e que, para tanto, depende da "*solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto (art. 36, I)*", tem por bem que a manutenção do equilíbrio do pacto federativo deve prevalecer sobre a autonomia estadual ou municipal, desde que cumpridas todas as formalidades previstas na Lei Maior. No entanto, o Excelso Pretório diz que a intervenção sem a rigorosa observância do princípio do *due process of law*, isto é, sem o cumprimento dessas formalidades, enseja medida que implica, de um lado, "*séria interferência*" na autonomia municipal, e de outro, "*grave restrição*" ao direito do Prefeito ao exercício de seu mandato.¹²³

Por isso, o STF decidiu declarar a inconstitucionalidade dos arts. 17, inc. III e 172, inc. VI, da Constituição do Maranhão, porquanto eles dispunham que a intervenção nos municípios poderia se dar com base em mero parecer opinativo do Tribunal de Contas, sem que fosse necessária a consulta do Legislativo e Executivo municipais. Neste caso, fica claro, portanto, que o tribunal reputou a medida tomada pelo poder constituinte decorrente como sendo uma interferência (I_i) "séria" e "grave" (s) na autonomia municipal (P_i), sem respaldo, em contrapartida, na garantia do princípio federativo (P_j), cuja importância (I_j) restou pouco ou quase nada promovida por ela (l). Assim, considerando que o peso abstrato dos princípios em colisão (W_i, W_j) são, na maioria das vezes, iguais, e que, *in casu*, o grau de confiabilidade das suposições empíricas (R_i, R_j) é despidendo,¹²⁴ temos a seguinte formulação lógica:

$$I_i \cdot W_i \qquad 2^2 \cdot 2^0$$

¹²³ ADI 614-2/MA (DJ 14/05/2001).

¹²⁴ A fórmula de peso que não contempla o terceiro par de variáveis R_i e R_j é chamada por Alexy de "Lei do Sopesamento Substantiva", sendo aquela que incorpora tais variáveis chamada de "Lei do Sopesamento Epistêmica". Cf., a respeito, Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003), p. 446-448. Para este trabalho, só a primeira delas nos interessa.

$$W_{i,j} = \frac{\quad}{I_j \cdot W_j} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = \frac{\quad}{2^0 \cdot 2^0} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = 4$$

Da mesma forma, quando o STF afirma que "*não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa*",¹²⁵ quer ele com isso dizer que a condenação lastreada exclusivamente em provas coligidas na primeira fase da persecução penal provocam uma séria e grave (s) interferência (I_i) no âmbito de proteção dos direitos à ampla defesa e contraditório (P_i). Em compensação, a realização dos princípios colidentes (I_j), ou seja, o direito à segurança e ordem públicas (P_j), caso se permitisse restringir os aludidos direitos de defesa, seria, ao menos, moderada (m), pois, com certeza, tal medida interventiva aumentaria o número de condenações, o que contribuiria para que nossas ruas ficassem livres de criminosos, contudo, pagando-se um alto preço à custa de inocentes condenados, injustamente, com base em elementos probatórios colhidos fora do manto protetor do contraditório. Logo, a precedência dos direitos à ampla defesa e contraditório sobre os direitos à segurança e ordem pública, sob as circunstâncias do caso em questão, é a conclusão a que se chega por meio do sopesamento. Esse raciocínio pode ser assim traduzido pela fórmula de peso:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = \frac{2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^0} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = 2$$

Malgrado, é no exemplo adiante que a inserção de uma cláusula restritiva no âmbito de um direito fundamental fica mais patente. Pois bem, no caso da ADI 3.168-6/DF, o STF pontificou que o art. 10 da Lei 10.259/01¹²⁶ não viola – embora restrinja – o princípio da indispensabilidade do advogado, consagrado no art. 133 da CF, ao permitir que litigantes sejam representados por advogado ou não na esfera dos juizados especiais federais. Nesse veio, o Pretório Excelso firmou entendimento que a mencionada disposição infraconstitucional "*responde ao anseio social de democratização e facilitação do acesso à jurisdição, removendo empecilhos de ordem econômica incompatíveis com a competência especial desses órgãos*". No que tange à cláusula restritiva que o tribunal introduziria ao princípio da indispensabilidade do advogado ao fazer vigorar a sobredita interpretação, apregoaram que ela não "*desqualifica a nobilíssima atividade profissional do advogado*".¹²⁷ Note-se, pois, que no caso vertente, o princípio da indispensabilidade do advogado (P_i)

¹²⁵ HC 103.660/SP (DJ 30/11/2010).

¹²⁶ Art. 10 da Lei 10.259/01: "*As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não*".

¹²⁷ ADI 3.168-6/DF (DJ 08/06/2006).

experimenta uma leve (*l*), ou se quiser, moderada (*m*) interferência da medida legislativa representada pelo dispositivo infraconstitucional acima referido (*I_i*). Por outro lado, entretanto, o mesmo dispositivo, reconheceu nossa Suprema Corte, fomenta consideravelmente (*s*) os princípios do acesso à justiça, celeridade e economia processual (*P_j*), os quais fundamentam constitucionalmente a restrição (*I_j*) que se pretende impor a *P_i*, consistente na dispensa de advogado nas causa cíveis da competência dos juizados especiais federais. Numa formulação lógica:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = \frac{2^l \cdot 2^0}{2^2 \cdot 2^0} \quad \Rightarrow \quad W_{i,j} = -$$

Em suma, as premissas lógicas construídas acima nos levam a concluir, ao menos hipoteticamente, que é possível, sim, satisfazer o ônus argumentativo decorrente das cláusulas restritivas de direitos fundamentais por meio do recurso à técnica do sopesamento. A proporcionalidade em sentido estrito, por exigir o sopesamento, nos afigura como a mais importante subregra da proporcionalidade na construção de discursos jurídicos racionais, notadamente diante da restrição de direitos fundamentais. Isso porque, como restou preliminarmente demonstrado, as decisões que promanam de sopesamentos estão lastreadas numa argumentação jurídica racional e, dessa forma, passíveis de ser controladas e aperfeiçoadas pelos Poderes Públicos, bem como pela própria sociedade.

4. Conclusão

Como era de se esperar, conforme já havíamos assinalado,¹²⁸ o epílogo de nosso estudo é decorrência natural das premissas que foram construídas. Bem de ver que os elementos propedêuticos da teoria dos princípios forneceram substância à maneira como assimilamos a estrutura das normas de direitos fundamentais, despontando, nesse particular, a tese da otimização como fator de crucial importância. Isso nos permitiu entender como se dão os conflitos normativos entre direitos fundamentais, que podem ser de três espécies: conflito de regras, colisão de princípios e colisão de regras e princípios. Dentre elas, as que mais nos interessaram foram as duas últimas, pois além de estarem presentes em boa parte das celeumas judiciais envolvendo direitos fundamentais, são também elas as que trazem maiores

¹²⁸ Cf. tópico 1.2.

dificuldades na hora de se fundamentar uma decisão judicial, mormente porque inevitavelmente acabam gerando restrições a direitos fundamentais.

A fim de suplantar essas dificuldades, recorremos, então, à teoria do suporte fático, com a qual conseguimos entender a atuação da fundamentação constitucional dentro da estrutura normativa dos direitos fundamentais, o que nos facultou a possibilidade de identificar casos em que as restrições são permitidas ou proibidas, neste caso constituindo violação a esses direitos. Percebendo, destarte, quando uma cláusula restritiva, numa dada situação concreta, deveria ser inserida numa norma de direito fundamental, ou seja, diante da constatação de uma fundamentação constitucional apta a permitir uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, avançamos daí no sentido de tentar revelar qual o conteúdo dessa fundamentação, ou pelo menos qual deveria ser o seu conteúdo.

Por fim, discutimos se o sopesamento, como terceira subgreja da proporcionalidade, *i.e.*, como proporcionalidade em sentido estrito, seria um bom candidato a satisfazer o ônus argumentativo que dimana de uma restrição a direito fundamental, visto que existem inúmeras críticas a esse método de aplicação do direito, sobretudo, em virtude de sua pretensa falta de objetividade jurídica, que redundaria em afronta à segurança jurídica e a certeza do direito. Sucede que esquadrimos profundamente o raciocínio lógico subjacente ao sopesamento, decompondo, inclusive, as racionalidades que integram o discurso jurídico por ele formulado. A conclusão a que chegamos é que o sopesamento se trata sim de um método de aplicação do direito objetivo, sem, contudo, estar livre de alguma dose de subjetividade, como, aliás, existe em qualquer outro método alternativo a ele. O fato é que ele se afigura, hodiernamente, como o método que melhor satisfaz o ônus argumentativo decorrente de uma restrição a direito fundamental, permitindo, em contrapartida, um controle mais apurado dos argumentos empregados na justificativa do *decisum*, seja por parte de juristas, seja por parte da sociedade civil.

5. Bibliografia

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trans. Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford (New York): Oxford University Press, 1989.

- _____. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000): 294-304.
- _____. "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005): 572-581.
- _____. "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003): 433-449.
- _____. "Jürgen Habermas Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, Num. 4-5 (1996): 1027-1034.
- _____. "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 2 (2003): 131-140.
- _____. "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Vol. 3, Num. 1 (2009): pp. 1-17.
- _____. "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Vol. 12, Num. 4 (1999): 374-384.
- _____. "Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*", *Ratio Juris*, Vol. 19, Num. 2 (2006): 169-179.
- Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6.ed, São Paulo: Saraiva, 2004.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis et présentes par Olivier Jouanjan*. Trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud. Paris: Bruylant L.G.D.J., 2000.
- Borowski, Martin. "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, Vol. 1, Num. 2 (2007): 197-240.
- _____. (Org.). *On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop "The Principles Theory" held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007*. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 119 (ARSP Beiheft 119), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.
- Corbin, Arthur L. "Legal Analysis and Terminology", *Yale Law Journal*, Vol. 29, Num. 2 (1920): 163-173.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

- Gewirth, Alan. "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, Num. 122 (1981): 1-16.
- Hart, H.L.A. "Rawls on Liberty and Its Priority", *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, Num. 3 (1973): 534-555.
- Hohfeld, Wesley N. "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913/1914).
- _____. "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 26 (1916/1917).
- Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed, São Paulo: Saraiva, 2008.
- Müller, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Neto, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- Neves, Marcelo da Costa Pinto. "A incidência da norma jurídica e o fato jurídico", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 21, Num. 84 (1984): 267-284.
- Silva, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- _____. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- _____. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.
- _____. (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- Varian, Hal R. *Microeconomia: Conceitos Básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.