

Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy

Fundamental rights, balancing and legal rationality in brazilian judicial decisions: a reading from Robert Alexy

Heletícia Leão de Oliveira

RESUMO

Este artigo analisa aspectos relevantes da dogmática dos direitos fundamentais e do seu sopesamento a partir do pensamento de Robert Alexy, cuja teoria tenta responder de forma racional e fundamentada as questões axiológicas. Alega-se que a ponderação utilizada pelos tribunais brasileiros foi transformada em um princípio e está longe da fórmula alexyana original, pois ela leva à discricionariedade. Para que as decisões judiciais não sejam acusadas de serem arbitrárias e ilegítimas, é necessária a sua devida justificação. Por isto, surgem as tentativas de aperfeiçoar a consistência metodológica dessa técnica e a fixação de parâmetros que permitam um controle de argumentação.

Palavras-chave: Teoria dos Direitos Fundamentais; Juízo de Ponderação; Racionalidade Jurídica.

ABSTRACT

This article examines relevant aspects of the dogmatic of fundamental rights and its balancing from the thought of Robert Alexy, whose theory seeks to respond rationally and reasoned to axiological issues. It is argued that the balance that has been used by the brazilian courts was transformed into a principle and it is far from the alexyan original formula because it leads to discretion. For judgments are not accused of being arbitrary and illegitimate, their justification is required. Therefore, there are attempts to improve the methodological soundness of this technique and the setting of parameters that allow control of argumentation.

Keywords: Theory of Fundamental Rights; Balancing; Legal Rationality.

1 Introdução

Em um primeiro momento, o artigo busca refletir acerca da teoria dos direitos fundamentais. Por isso, ele analisará o conceito e a estrutura dos direitos fundamentais, inclusive a distinção entre regras e princípios. Essa função diferenciada entre as normas jurídicas constitui-se como base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. A doutrina defende que a diferenciação entre regras e princípios é uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais porque sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre restrições, colisões e o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Ademais, será abordado o lado positivo da garantia dos direitos fundamentais com a discussão de seu suporte fático (o que esses direitos protegem). A decisão por um suporte fático amplo ou restrito gera efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais e na fundamentação do conteúdo essencial desses direitos.

Também será analisado o lado negativo dos direitos fundamentais formado pelas restrições, ou seja, àquilo que leva a uma exclusão da proteção de um direito fundamental. No âmbito do Estado de Direito, a possibilidade de legisladores e juízes promoverem restrições aos direitos fundamentais pressupõe que essa atividade se revele igualmente limitada. Por isso, a doutrina trata dos limites aos limites. A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais implica na ideia de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se conduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais.

Destaca-se que, normalmente, quem trata de um direito fundamental não quer fazer menção a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo compreendido como um feixe de posições jusfundamentais por conter direitos, liberdades, pretensões e poderes.

Em outro momento, esse estudo examinará o juízo de ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais e a busca por racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras. Assim, reflete-se sobre as colisões e o sopesamento dos direitos fundamentais tendo como para-

digma teórico o pensamento de Robert Alexy, que elabora uma teoria da argumentação jurídica que busca responder racionalmente e de forma fundamentada às questões axiológicas.

O direito constitucional brasileiro foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam a distinção estrutural regra-princípio e ponderação. Contudo, há doutrinadores que consideram que essa teoria recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais, sem se atentar para os pressupostos formais (racionalizadores) que a sustentam. A análise das suas decisões demonstrou que seu uso está longe da fórmula original presente na teoria da argumentação alexyana por isso não se está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo.

Por isto, surgem as tentativas de aperfeiçoar a da técnica da ponderação e a fixação de parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo permitindo um controle de argumentação.

2 Delimitações conceituais acerca do direito fundamental e da norma de direito fundamental

George Marmelstein conceitua os direitos fundamentais como normas jurídicas: “[...] ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (2009, p. 20).

Assim, pode-se dizer que são fundamentais os direitos que possuem hierarquia constitucional e estão ligados à dignidade da pessoa humana e a limitação de poder. Tal fato justifica-se diante da ideia do constituinte originário de tratar de forma especial apenas os direitos verdadeiramente fundamentais e por isso ele elegeu o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, arts. 5º a 17, da Constituição Federal para acolher estes direitos.

Nesse contexto, entende-se que por uma questão de segurança jurídica é melhor considerar todos os direitos que estão no Título II como fundamentais. Essa é uma forma de se impedir que argumentos

ideológicos sejam utilizados para a aniquilação de direitos inclusos no rol de direitos fundamentais pelo constituinte originário, por expressa vontade (MARMELSTEIN, 2009, p. 22).

Também é possível encontrar direitos fundamentais fora do Título II¹ e até mesmo fora da Constituição conforme previsão dos arts. 1º, III e 5º, §2º da Lei Maior” (MARMELSTEIN, 2009, p. 23).

Por isso, Karine da Silva Cordeiro explica que o constituinte originário adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrangendo, também os direitos fundamentais fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos (2012, p. 47).

Ainda, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas,² pois não podem ser abolidos por emendas constitucionais, conforme previsão do art. 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Posto isso, discute-se em que consiste o conceito de norma de direito fundamental. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata (por meio de quais critérios uma norma pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental) ou concreta (que normas são normas de direitos fundamentais e quais não).

Robert Alexy explica que as normas de direitos fundamentais são “[...] expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto na Constituição alemã, e somente esses enunciados” (2011, p. 65-67).

Segundo o referido doutrinador, o direito fora do catálogo poderá ser fundamental se for provado, no plano argumentativo, a sua relação com um direito fundamental previsto no rol. Para isto ocorrer deve haver coerência, ou seja, a correta argumentação (ALEXY, 2011, p. 68-77).

Ingo Wolfgang Sarlet também trata desses direitos que são denominados de direitos fundamentais por equiparação: “[...] por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)” (2012a, p. 77).

Ele cita como exemplo o caso do direito de greve que é previsto como direito fundamental. Os servidores públicos também deveriam ter assegurados os direitos de adentrar na empresa para poder comunicar ou reivindicar a greve e, por isso, estes seriam direitos fundamentais por

atribuição. Entende-se que sem negociação não há greve, seria apenas uma manifestação (SARLET, 2012a, p. 77-78).

Os direitos são fundamentais em dois sentidos: Gozam da fundamentalidade material, porque são imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana, e da fundamentalidade formal, enquanto direitos positivados em normas constitucionais, de forma expressa ou implícita (DIAS, 2012, p. 73).

Além disso, Robert Alexy trata do modelo semântico no qual as normas de direitos fundamentais são compostas unicamente de objetos linguísticos que devem ser identificados de acordo com determinados critérios de validade. (2011, p. 52-53; FREITAS, 2007, p. 24-25).

Essa teoria da norma de direito fundamental encontra um contraponto na teoria da norma desenvolvida por Friedrich Müller. Ele entende que o conceito de norma de direito fundamental deve incluir elementos empíricos e semânticos como co-constituintes dessa norma (2000; 1989).³

Essa situação é evidenciada no caso das normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas que são constituídas por aquilo que as disposições de direitos fundamentais expressam. O que Robert Alexy chama de disposição de direito fundamental corresponde ao que Friedrich Müller denomina de texto. Ainda, este doutrinador chama de programa normativo aquilo que encontra correspondência como norma na teoria alexyiana (ALEXY, 2011, p. 77-78).

Ademais, o modelo alexyano consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo, visto que o enunciado expressa uma norma de conteúdo deôntico. Essa situação é percebida pelo fato de que a mesma norma de direito fundamental poderá ser expressa por vários enunciados. Por isso, pode-se dizer que a maior parte dos direitos subjetivos não estão expressos na norma de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 52).

Logo, é imenso o rol de ações às quais se vincula o Estado e, especialmente, a Administração Pública. Nem todas estão normatizadas de maneira explícita, seja através de lei formal, seja através de regulamentação administrativa (PIVETTA, 2013, p. 37).

Elucidado o conceito de direito fundamental bem como o de norma de direito fundamental, passa-se a análise de sua estrutura, inclusive sobre a distinção entre regras e princípios.

Luís Roberto Barroso leciona que a função diferenciada de princípios e regras tem importante repercussão prática porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional e o legislador na determinação do que seja “abertura constitucional ou silêncio eloquente”. Ocorre que a abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los à situações que não foram originalmente previstas, mas que se inserem no alcance dos mandamentos constitucionais. Contudo, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, pela interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular, as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática (2013, p. 234).

Essa diferenciação também constitui-se como base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Robert Alexy explica que a diferenciação entre regras e princípios é uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais porque sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre restrições, colisões e o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico (2011, p. 85).

Para este doutrinador, os princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por isso, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Nesse sentido, os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas e a forma como deve ser determinada essa relação não é algo decidido pelo próprio princípio. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida deve ser feito exatamente aquilo o que ela ordena (ALEXY, 2011, p. 104).

Em sentido diverso, Ronald Dworkin ao analisar a estrutura das normas jurídicas explica que: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” Já os princípios contêm razões que indicam uma direção e eles possuem uma dimensão do peso ou importância, que as regras não têm (2002, 24-26 e 42).

Também há quem diferencie regras e princípios, segundo o grau de abstração. Ele determina que os princípios seriam enunciados com grau de indeterminação mais elevado que as regras (SCHIER, 2008, p. 102).

Outro critério diz respeito à densidade axiológica mediante o qual os princípios teriam uma carga de densidade valorativa maior que as regras. Em sentido diverso, as regras teriam carga axiológica inversamente proporcional à dos princípios (SCHIER, 2008, p. 103-104).

Conforme Luís Roberto Barroso as referidas normas jurídicas se diferenciam quanto ao conteúdo: as regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas enquanto os princípios expressam valores ou fins a serem alcançados (2013, p. 344).

O critério mais utilizado para realizar a referida distinção estabelece que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto enquanto nas regras esse grau é relativamente baixo (ALEXY, 2011, p. 87-90).

Paulo Ricardo Schier explica que, sob o ponto de vista da vigência e coercitividade, regras e princípios não diferem sendo ambos comandos normativos vinculantes e imperativos, decorrentes da vontade do legislador constituinte (2008, p. 97).

A partir da distinção entre regras e princípios, observou-se a existência de três modelos normativos para os direitos fundamentais: o modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo de regras e princípios.

No modelo proposto por Eike von Hippel, as normas de direitos fundamentais são normas de princípios que indicam que, na ordenação das relações sociais e na solução de conflitos, deve ser conferido um peso especial a determinados interesses de liberdade (crença, opinião, profissão e propriedade). A principal objeção a esse modelo sustenta que ele não levaria a sério a Constituição escrita, pois ele passaria a largo da regulação diferenciada que a Constituição alemã contém sobre restrições a direitos fundamentais (HIPPEL, 1965, p. 15-22 apud ALEXY, 2011, p. 121).

Outra possibilidade, é o modelo puro de regras que é mais atraente do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade. Os defensores desse modelo entendem que as normas de direitos fundamentais são livres de sopesamento sendo necessária a interpretação dessas disposições (ALEXY, 2011, p. 121).

Gustavo Zagrebelsky explica que se o Direito estivesse composto apenas de regras, aplicadas mecânica e passivamente, ocorreria a maquinação de sua aplicação por meio de pensadores autônomos, aos quais se proporcionaria o Direito e eles dariam a resposta (2007, p. 111).

No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier leciona a absoluta impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras, pois não existiriam critérios seguros para a solução de colisões e resolução de casos difíceis. Ele também afirma que não seria possível a existência de um sistema formado apenas por princípios diante da grande imprecisão de seus enunciados, o que geraria dúvidas sobre a forma exata de agir nas situações concretas (2008, p. 104).

Robert Alexy leciona que quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista. Esse modelo é composto pela ligação entre um nível de princípios e de regras. Portanto, ele defende que um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo (2011, p. 144).

Ademais, a ampliação da influência dos princípios produz a redução da certeza do Direito, tal como aumentar a importância das regras poderá conduzir à cristalização da disciplina jurídica e sua inadequação para regular a vida social. É evidente que a aplicação das regras deve ser permeada pela influência dos princípios, mas não se pode eliminar a certeza, que é inerente à regra. Logo, tornou-se pacífico entre os estudiosos o reconhecimento de que o Direito é um conjunto de normas jurídicas configuráveis como princípios e regras (JUSTEN FILHO, 2010, p. 50-55). Este também é o entendimento de Paulo Ricardo Schier para quem o sistema jurídico necessita de regras e princípios que desempenham diversas funções (2008, p. 104).

Portanto, diante de critérios como segurança jurídica, previsibilidade, impressão dos enunciados por princípios e a maquinação da disciplina jurídica por regras, entende-se que é necessário um modelo misto fundado tanto em princípios como em regras que desempenham funções distintas no ordenamento jurídico.

3 A garantia positiva e negativa dos direitos fundamentais: suporte fático, limites e restrições

Na análise do suporte fático dos direitos fundamentais questiona-se sobre o que esses direitos protegem. Robert Alexy leciona que o conceito de suporte fático é composto pela soma de dois elementos, quais sejam: o âmbito de proteção e a intervenção (2011, p. 303).

É possível conceituar o âmbito de proteção como a parcela da realidade que o constituinte definiu como objeto de proteção especial, ou seja, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 115-116). Este também é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva para quem “[...] o âmbito de proteção é o âmbito de bens protegidos por um direito fundamental; e bens protegidos são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa” (2011, p. 45 e 73-74).

As duas variantes, âmbito de proteção amplo e restrito, estão na base de duas formas diversas de suporte fático também denominadas ampla e restrita.

As teorias que se baseiam no suporte fático amplo estabelecem que definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva ou não (SILVA, 2011, p. 125).

Robert Alexy (2011, p. 109-110) e Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 307) defendem um suporte fático amplo dos direitos fundamentais sendo justamente a abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Dessa forma, indaga-se o que é protegido pelo direito à livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV, CF)? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importam o conteúdo (ofensivo ou não), a forma, o local, o dia e o horário. O mesmo vale para todo os direitos fundamentais. Contudo, não se está diante de direitos absolutos porque a definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, algo que poderá sofrer restrições posteriores.

Em sentido diverso, Friedrich Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por

intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento entre princípios (SILVA, 2003, p. 625-626).

José Carlos Vieira de Andrade, que também defende uma tese restrita do suporte fático, explica que não se está numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, “[...] é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações” (2004, p. 294-295).

A tese central das teorias que se baseiam nesse suporte fático consiste na não garantia, ou seja, na exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Nelas, não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento (SILVA, 2011, p. 80-109).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar, com frequência, argumentos que se baseiam em uma exclusão *a priori* de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais.⁴ Neste contexto, insere-se a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) que previu hipóteses de inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos que tenham sido julgados culpados, sem que a condenação tenha sido transitada em julgado. Nesse caso, é possível ver o uso da teoria restrita do suporte fático quando os defensores da constitucionalidade da lei invocaram o fato da presunção de inocência não abranger processos que não sejam da área criminal, não sendo ampla o suficiente para atingir o texto da Ficha Limpa (PORTAL INTERNACIONAL DO STF. 2012).

A maior crítica à teoria restrita reside no fato de que é impossível uma perfeita atualização do campo de proteção dos direitos fundamentais com a realidade social que está em constante processo de mudança (MOREIRA, 2011, p. 53).

Portanto, a definição do suporte restrito consiste na definição daquilo que é definitivamente protegido enquanto no suporte amplo definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, pois as condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas.

Com efeito, a decisão por um suporte fático amplo ou restrito gera efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais: quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior será a possibilidade de qualificar um ato do Estado como restrição. E inversamente, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor será a possibilidade de conflito entre o Estado e o indivíduo (MENDES; BRANCO, 2011, p. 220-221).

Até aqui a análise tratou do lado positivo da garantia dos direitos fundamentais com a discussão de seu suporte fático. Mas, também há um lado negativo das normas de direitos fundamentais formado pelas restrições, ou seja, àquilo que leva a uma exclusão da proteção de direito fundamental.

Jorge Reis Novais define a restrição a um direito fundamental como uma ação ou omissão do poder público ou de particulares que dificultem ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido afetando o seu exercício ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção que resultem dos direitos fundamentais (2003, p. 157).

Segundo Bodo Pieroth e Bernhard Schlink verifica-se uma restrição - cujo significado é sinônimo ao de ingerência, redução ou limitação - quando o particular é impedido pelo Estado de ter uma conduta abrangida em seu âmbito de proteção seja na forma de intervenção individual (ato administrativo, decisão judicial) ou geral (lei, regulamento jurídico ou autônomo) (2012, p. 119).

Robert Alexy parte do conceito de restrição para depois definir a restrição a um direito fundamental. Dessa forma, ele explica que restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Logo, as restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental desde que elas sejam compatíveis com a Constituição (2011, p. 281).

Ademais, analisa-se os principais enfoques em que são estabelecidas as relações entre as restrições e os direitos fundamentais.

Na teoria interna não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, senão um direito individual com determinado conteúdo. A ideia de restrição é substituída pela de limite

(restrições iminentes) (BRANDÃO, 2008, p. 248; MENDES, 2004, p. 25). Este é o entendimento de Friedrich Müller (1989, p. 120-125).

O principal expoente da teoria interna é Peter Häberle para quem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se contém limites iminentes, insuscetíveis de ponderação. Por isso pode-se dizer que nessa teoria não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais (2003, p. 62).

Virgílio Afonso da Silva explica que a estrutura normativa dos direitos fundamentais definidos pela teoria interna têm sempre a estrutura de regras e não podem ser objeto de sopesamentos. Assim, a teoria interna nega os conflitos entre direitos fundamentais existindo apenas direitos definitivos (2011, p. 74-75 e 129).

A essa concepção contrapõe-se a teoria externa que consiste na ideia de que o direito individual e a restrição podem ser identificados como duas situações distintas, existindo, a princípio, um direito não limitado que, com a imposição de restrições, converte-se em um direito limitado (MENDES, 2004, p. 25).

Robert Alexy defende essa teoria na qual pressupõem-se que aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições *prima facie*. Logo, se se parte de um modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma (2011, p. 280).

A teoria externa, também defendida por Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 27) e Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 158-161), pressupõe a restrição como elemento externo ao direito, isto é, os limites são colocados de fora e definidos a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. É a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais.

Quanto a aplicação das teorias interna e externa, Robert Alexy afirma que é algo que depende da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*: “Se se parte de posições definitivas, então a teoria externa pode ser refutada, se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (2011, p. 278).

É mister destacar que a partir do momento que se concebe os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, a teoria externa parece ser a que melhor se coaduna com a efetiva possibilidade de restrição a estes direitos. Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições (OLSEN, 2006, p. 127-128).

Com efeito, é possível que se imagine que, defender um suporte fático restrito seria a mesma coisa que aceitar um teoria interna, enquanto o suporte fático amplo seria um reflexo da teoria externa. Entretanto, está não é uma ligação necessária porque, metodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e suas restrições (SILVA, 2011, p. 158). Por isso, destaca-se a posição de Bodo Pietroth e Bernhard Schlink (2012): alia-se a teoria externa com um suporte fático restrito para os direitos fundamentais.

Ademais, no âmbito do Estado de Direito, a possibilidade de legisladores e juízes promoverem restrições aos direitos fundamentais pressupõe que essa atividade se revele igualmente limitada. Por isso, a doutrina trata dos limites aos limites. Ingo Wolfgang Sarlet os define como “[...] restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão” (2012b, p. 141-142).⁵

A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais implica na ideia de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se conduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais (CANOTILHO, 2003, p. 458; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 344-345).

No Brasil, ao contrário de países como Alemanha e Portugal, não há previsão constitucional expressa a respeito dos limites dos limites dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Mas, a tradição doutrinária e jurisprudencial acabou por recepcionar essa noção (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 336).

Por outro lado, há doutrinadores que defendem a desnecessidade do princípio da preservação do núcleo essencial, pois ele já estaria englobado pela proteção das cláusulas pétreas ou seria dimensão do princípio da proibição do excesso, imposta pelo dever de respeito à proporcionalidade. São as teses da inexistência de autonomia da preservação do núcleo essencial no sistema (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 118-135; NOVAIS, 2003, p. 160).

4 O feixe de posições jusfundamentais garantidas pelos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, pois podem ser considerados como elementos objetivos fundamentais da comunidade e direitos subjetivos individuais.

Com a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais passam a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos. Assim, os direitos fundamentais não atuam propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2004, p. 2; SARLET, 2012a, p. 141).

Gilmar Ferreira Mendes explica que os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados (2004, p. 2-4).

Robert Alexy afirma que é recomendável que a expressão direito subjetivo seja utilizada como um supraconceito para posições em si bastante distintas para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas. Portanto, segundo este doutrinador, os direitos fundamentais são direitos subjetivos numa forma ampla abarcando a proteção de quaisquer tipos de posições jurídicas (2011, p. 192-193).

Contudo, quem fala de um direito fundamental normalmente não quer fazer menção a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo compreendido como um feixe de posições jusfundamentais por conter direitos, liberdades, pretensões e poderes. Assim, é possível

considerar o direito à vida como um todo ou, diversamente, considerar apenas uma das posições que o integra, como por exemplo, a garantia constitucional de proibição da pena de morte, enquanto direito fundamental (NOVAIS, 2003, p. 55).

Ainda, permanece a questão acerca daquilo que faz com que as posições individuais se unam em um direito fundamental. Nesse sentido, a união de um feixe de posições de um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental. Logo, há um jogo argumentativo para dizer o que é esse direito (ALEXY, 2011, p. 249-253).

Ademais, o direito fundamental completo é algo bastante complexo e ele é composto de elementos de estrutura bem definida (das posições individuais dos cidadãos e do Estado) e entre essas posições há relações claramente definíveis (as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento).

Robert Alexy entende que os direitos fundamentais constituem um sistema de posições. Assim, a base de sua teoria analítica sobre direitos subjetivos consiste na tríplice divisão das posições que devem ser designadas como direitos em: direitos a algo, liberdades e competências (2011, p. 193).

Cita-se como exemplo, o art. 196 da Constituição Federal, que prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Assim, o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este lhe não impeça a concessão de saúde; e o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua saúde. O primeiro direito apresentado tem como objeto uma ação negativa ou abstenção do destinatário (direito de defesa); o outro, uma ação positiva ou um fazer (direito a prestações).

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público. Caso o Estado viole esse princípio, o indivíduo dispõe de uma pretensão que pode consistir em uma abstenção, revogação, anulação, consideração e proteção (MENDES, 2004, p. 3).

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações

do titular do direito (não-embaraço da escolha de uma profissão); o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito (à não afetação da esfera privada física); o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito (à não eliminação de determinadas posições do proprietário) (ALEXY, 2011, p. 196 e 303).

Os direitos a prestações positivas consistem numa obrigação estatal de criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos fundamentais e da possibilidade do titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado (MENDES, 2004, p. 6).

Ademais, os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática (quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial) e aquele cujo objeto é uma ação normativa (direitos a atos estatais de criação de normas) (ALEXY, 2011, p. 201-202).

O direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial, prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (em missão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho) (ANDRADE, 2004, p. 179).

Gilmar Ferreira Mendes afirma que os direitos a prestações são amplamente recepcionados no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais (2004, p. 8).

Como já explicitado o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas. Desse tipo de posições globais concretas é necessário distinguir posições globais abstratas cujo paradigma é a teoria dos status de Georg Jellinek. Ela tem grande relevância como fundamento da classificação dos direitos fundamentais. O referido doutrinador descreve de formas diversas o que é um status, ou seja, uma espécie de estado no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado. O status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Existem quatro status: o status passivo ou *subiectionis* (espaço de obrigações), o status negativo ou *libertatis* (espaço de liberdade), o status positivo ou *civitatis* (status cívico) e o status ativo (cidadania ativa) (2005, p. 523-529).

Com efeito, o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando na formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012a, p. 156).

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que uma classificação dos direitos fundamentais, baseada na funções exercidas por eles, poderia partir da distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações. O segundo grupo se dividiria em direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais) (2012a, p. 162-167).

Por fim, resta esclarecer que existe uma barreira, atinente à proteção de determinado nível de concretização dos direitos fundamentais, em norma infraconstitucional enunciada sob a forma do princípio da vedação do retrocesso social. Ele objetiva que o Estado atue no sentido de sempre melhorar progressivamente as condições de vida da população coibindo medidas estatais que supram garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana (MARMELSTEIN, 2009, p. 269-270).

O referido princípio está implícito na Lei Maior e decorre do art. 3º da Constituição Federal de 1988 que incluiu entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A proibição do retrocesso social costuma ser vinculada também ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil. E essa proibição também guarda relação com os princípios da segurança jurídica, do Estado Democrático e Social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, inclusive quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais (MENDES, 2004, p. 587-568).

5 O juízo de ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais e a busca por racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição, valores, interesses e direitos variados que, eventualmente, entram em conflito.

A solução terá que tentar harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema (ANDRADE, 2004, p. 321-324).

Ana Paula de Barcellos define a ponderação como “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (2005, p. 48).

Esses conflitos são denominados de casos difíceis (*hard cases*) porque comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Diferentemente do casos fáceis, para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo, os casos difíceis exigem a construção de sua resolução, mediante uma argumentação elaborada, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados pela norma e de elementos externos ao Direito. Dessa forma, justifica-se e legitima-se o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese (BARROSO, 2013, p. 335-338).

Ronald Dworkin entende que os casos difíceis devem ter argumentos gerados por princípios, não havendo uma criação discricionária do direito pelo juiz. Logo, quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar o direito. E nessa tarefa são inseridos argumentos de princípio, os quais sendo detentores de uma dimensão de peso, necessitam ser sopesados (2002, p. 127 e 135).

Com efeito, Lenio Luiz Streck entende inadequado separar casos fáceis de casos difíceis. Ele afirma que se fosse possível cindir (*a priori*) esses casos chegaria-se à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros. Logo, a referida distinção está na compreensão, ou seja, nas condições de possibilidades que o

intérprete possui de entender os pré-juízos. Portanto, ela dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a “designação” de ser um caso fácil ou difícil (2008, p. 212-213).

Segue, a ponderação é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas procurando preservar ao máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que prevalecerá no caso concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional (BARROSO, 2013, p. 338).

Como regra geral, as colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas em concreto e não em abstrato. A lei pode oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válida se ela própria realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto (BARROSO, 2013, p. 359).

Robert Alexy explica que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Nas colisões entre princípios, há a precedência de um em face do outro, sob determinadas condições. Portanto, ele entende que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade enquanto nas colisões entre princípios (somente princípios válidos podem colidir) ocorrem na dimensão de peso (2011, p. 92-94).

Ademais, o referido doutrinador leciona que a ponderação se verifica exclusivamente entre princípios, e no caso das regras, o que seria ponderado seria o princípio informador da regra, e não esta em si (OLSEN, 2006, p. 67).

Humberto Ávila sustenta que também as regras podem ser ponderadas, não sendo elas aplicadas diretamente, uma vez que ocorrente a hipótese prevista para a sua incidência (2004, p. 39-41).

Lenio Luiz Streck critica essa proposta teórica destacando o fato de que a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras (subsunção) e princípios (ponderação) de Robert Alexy. Logo, não haveria sentido prático estender a ponderação para a aplicação da regra visto que da regra irá resultar uma outra regra, essa sim aplicável ao caso concreto (2011, p. 49).

De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, que visam assegurar a legitimidade e a racionalidade da interpretação: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos com a produção de uma conclusão (BARROSO, 2013, p. 361-363).

Ana Paula de Barcellos também trata do modelo de ordenação técnica da ponderação (requisitos da universalidade, coerência e consistência e consequencialista) com o intuito de identificar com maior clareza as etapas que o intérprete deve percorrer ao empregá-la (2005, p. 91-92).

Há quem vislumbre a ponderação como um princípio autônomo. Ricardo Lobo Torres afirma que a ponderação deixou de ser apenas um método de aplicação do direito para tornar-se um verdadeiro princípio jurídico, que proclama um estado de coisas a ser atingido: o estado de coisas resultado da ponderação (2002, p. 426).

Esse uso da ponderação como princípio decorre de um fenômeno peculiar à realidade brasileira denominado de panprincipiologismo, ou seja, a proliferação de princípios.⁶ Paulo Ricardo Schier trata dos excessos da dogmática constitucional principialista, inerente ao tipo de constitucionalização do Direito ocorrida no Brasil (pós-positivismo neoconstitucionalista). Ele explica que é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional a ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada (2007b, p. 259).

Ademais, Robert Alexy constrói a lei da colisão: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de não afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” Essa lei tem o objetivo de definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior ou menor peso no caso concreto. O detalhe é que para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma carga de argumentação. Portanto, pode-se afirmar que a teoria alexyana é uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas (2011, p. 167).

Destaca-se a crítica apresentada por Lenio Luiz Streck que afirma que os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas e por isso eles fecham a interpretação e não abrem como sustentam os

adeptos da teoria da argumentação. A partir disso, é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que regras traduzem especificidades, pois traduz a ideia de que os princípios seriam cláusulas abertas, espaço reservado à livre atuação da subjetividade do juiz (2011, p. 221).

Ainda, por trás dessa concepção de princípio, estaria um projeto que não conseguiu superar o positivismo pretendendo resgatar a abstratidade da regra e afastar o mundo prático ínsito aos princípios. Assim, afirma-se que as posturas que advogam a possibilidade de uma regra superar um princípio correm o risco de incentivar teses pelas quais é possível interpretar a Constituição de acordo com as leis ordinárias (regras) e isto seria um retrocesso hermenêutico. Dessa forma, a resposta dada pelos princípios constitui-se como um problema hermenêutico (compreensão) e não analítico-procedimental (fundamentação) (STRECK, 2011, p. 225-226).

Além disso, existe conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Tal situação significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito decorre logicamente da natureza dos princípios. Essa máxima permite que princípios colidentes possam ser harmonizados. Todavia, o pressuposto para que se fale nela seria a equivalência conceitual entre princípio e valores. (ALEXY, 2011, p. 117; MORAES, 2010, p. 50).

Virgílio Afonso da Silva entende que a regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos (2002, p. 45).

Apesar da ponderação ser disseminada como técnica indispensável para a solução dos conflitos normativos, ela não é objeto de unanimidade absoluta da doutrina.

Outrossim, Ana Paula de Barcellos trata da existência de teorias alternativas à ponderação como os limites imanentes e o conceptualismo que questionam a própria existência do conflito normativo e, por isso, negam a necessidade da técnica da ponderação. Ao lado dessas concepções, há a hierarquização que apesar de afirmar a existência de conflitos

normativos, também nega a ponderação, primando pela construção de uma tabela hierárquica ou de importância entre os enunciados normativos (2005, p. 66).

Nesse contexto, Robert Alexy, ao tratar da crítica de Jürgen Habermas (2003), explica que se alega que o sopesamento implicaria no risco de que os direitos fundamentais fossem vítimas de juízos irracionais, pois não haveria nenhum parâmetro racional para o sopesamento, que seria realizado de forma arbitrária (2011, p. 576).

Assim, afirma-se que todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado. Contudo, o ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade nessas atividades (SILVA, 2011, p. 146-147).

Conforme Paulo Ricardo Schier é verdade que o processo de ponderação é subjetivo, mas nem por isso ele deve ser arbitrário (2007, p. 260).

A quem alegue que a aplicação da teoria alexyana em *terrae brasilis* reforça a discricionariedade judicial. Assim, Lenio Luiz Streck⁷ adverte que no Brasil os pressupostos formais (racionalizadores) são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Ele acredita que o calcanhar de Aquiles da ponderação reside no deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete, com o que a teoria da argumentação não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Assim, é a partir do intérprete que se dá a antecipação de sentido impedindo qualquer interpretação em etapas (2011, p. 48-49 e 232).

Daniel Sarmiento trata dos problemas de uma hermenêutica constitucional que tenha como norte as pré-compreensões do intérprete. Ele explica que quando se passa da descrição para a prescrição, a aposta na pré-compreensão como limite para o decisionismo judicial parece um equívoco, principalmente diante da coexistência de várias visões de mundo disputando espaço (2009a, p. 312).

Ainda, o intérprete da Constituição deve ler as tradições e valores criticamente na sua “melhor luz”. Logo, uma teoria normativa da hermenêutica constitucional deve demandar dos intérpretes um exercício

permanente de crítica às tradições e de autocrítica em relação às cosmovisões (SARMENTO, 2009a, 316-317).

Também afirma-se que o sopesamento gera um aumento da insegurança jurídica. Logo, se o sopesamento não é um procedimento racional para a solução de colisões entre direitos fundamentais, a decisão destes casos é algo que depende, pura e simplesmente, da subjetividade do juiz. O problema da insegurança jurídica fica, pelo menos em parte, afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento. Por isto, surgem as tentativas de fixação de parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo e controle de argumentação (SILVA, 2011, p. 148).

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos.⁸

Virgílio Afonso da Silva adverte que o referido Tribunal não parece disposto a aplicar a proporcionalidade de forma estruturada limitando-se a citá-la. Na maioria dos casos, não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados (2002, p. 31).

Outrossim, em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, há doutrinadores que concluíram que os posicionamentos dos Ministros são apenas retóricos, pois não há a utilização do princípio da proporcionalidade mediante o exame de todos os seus subprincípios. Logo, o STF aplica, mas não explica o princípio da proporcionalidade não demonstrando as razões que o fizeram assim julgar (LEAL; SCHUMACHER, 2012, p. 212; SOUZA, 2009, p. 173).

Para André Karam Trindade, apesar da teoria alexyana buscar conferir maior racionalidade às decisões judiciais, na prática, o que se verifica nos tribunais pátrios é precisamente o oposto porque os princípios tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade (2014, p. 2-3).

Desse modo, considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador, o que se verifica é que, no Brasil, a ponderação não está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo. Isto fica evidente pelas rei-

teradas decisões cujas fundamentações apenas indicam a incidência do princípio da proporcionalidade, aplicado somente como recurso retórico (TRINDADE, 2014, p. 2-3).

De fato, não se pode negar que a ponderação confira uma certa dose de discricionariedade ao julgador, bem como admite que um mesmo caso concreto poderia receber duas decisões judiciais diferenciadas, dependendo da argumentação apresentada, comprometendo a segurança jurídica. Logo, as críticas são procedentes se com elas se quer dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza sempre a um resultado único e inequívoco. Mas, elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento irracional (ALEXY, 2011, p. 164).

Ainda, a melhor forma de responder as críticas é aquela que tem por base a realidade do sistema jurídico: não existe outra alternativa mais atraente. E o exame dessas críticas auxilia na identificação de inconsistência da técnica e no esforço para aprimorar a ponderação (BARCELLOS, 2005, p. 49; PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 152.).

Com efeito, se o sistema jurídico contemporâneo brasileiro confere ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo, para que suas decisões não serem acusadas de serem arbitrárias e ilegítimas, é necessária a sua justificação.

Neste contexto, Robert Alexy desenvolve um sistema para combater o argumento da irracionalidade das decisões: a argumentação jurídica seria a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos. Ele trata de um modelo fundamentado que distingue entre o processo psíquico que conduz a definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Em sentido diverso, um modelo decisionista de sopesamento consiste na definição de um enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. Assim, conclui-se que um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência pode ser fundamentado de forma racional (ALEXY, 2005, p. 181- 217 e 272; 2011, p. 165).

Existem diversas propostas para orientar a argumentação jurídica. Luís Roberto Barroso aponta três parâmetros como pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão, pois não bastam o senso comum

e o sentido pessoal de justiça; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema (unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica); c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão visto que o juiz não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas (BARROSO, 2013, p. 369-371).

Sobre o segundo ponto elencado, destaca-se o pensamento de Ronald Dworkin que defende o respeito ao princípio da integridade que instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Por isso, ele compara os juízes aos escritores que criam juntos um romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história. Assim, os juízes tem de considerar que fazem um trabalho em equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, cuidando para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras (2007, p. 271).

Ana Paula de Barcellos também formula parâmetros capazes de orientar e balizar as decisões do intérprete no emprego da ponderação, que devem ser aplicados de forma sequencial e geral: "(i) as regras têm preferência sobre os princípios; e (ii) as normas que realizam diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre aquelas que estão relacionadas com esse fim apenas de forma indireta." Dessa forma, ela pretende conferir a técnica da ponderação maior juridicidade e racionalidade (2005, p. 15-20).

No ambiente da colisão, ponderação e argumentação, geralmente, não é possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, senão em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimidade da decisão advém da sua capacidade de convencimento, ou seja, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza os fins constitucionais no caso concreto (BARROSO, 2013, p. 373).

Por fim, aprimorar a consistência metodológica da técnica da ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar seu emprego são esforços dogmáticos que podem contribuir para que a vinculação

ao sistema das decisões que empregam essa técnica seja juridicamente mais consistente e mais racional. Ainda, a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação (BARCELLOS, 2005, p. 48).

6 Conclusão

Primeiramente, destacamos que a definição do suporte restrito é a própria definição daquilo que é definitivamente protegido, ou seja, o direito fundamental tem certo número de conteúdos, objeto e sujeitos. No suporte amplo, definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar, com frequência argumentos que se baseiam em uma exclusão, *a priori*, de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos.

Também há um lado negativo das normas de direitos fundamentais formado pelas restrições, ou seja àquilo que leva a uma exclusão da proteção de direito fundamental. Na teoria interna existe um direito individual com determinado conteúdo e a ideia de restrição é substituída pela de limite (imanescentes). A essa concepção contrapõe-se a teoria externa que consiste na ideia de que o direito individual e a restrição podem ser identificados como duas situações distintas, existindo, a princípio, um direito não limitado que, com a imposição de restrições, converte-se em um direito limitado. É a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais.

É mister destacar que a aplicação das teorias interna e externa depende da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas (teoria interna) ou *prima facie* (teoria externa).

A partir do momento que se concebe os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, a teoria externa parece ser a mais adequada. Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições.

Posto isso, o processo de subsunção estritamente formal não funcionava diante de enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração. Nesse contexto, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas em colisão. Esses conflitos, que não podem ser solucionados pelas tradicionais formas hermenêuticas são os casos difíceis (*hard cases*) assim denominados porque comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável.

A ponderação é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas procurando preservar ao máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que prevalecerá no caso concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. É possível descreve-la como um processo em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos com a produção de uma conclusão. Segundo Robert Alexy a ponderação se verifica exclusivamente entre princípios, e no caso das regras, o que seria ponderado seria o princípio informador da regra, e não esta em si. Contudo, há doutrinadores que sustentam que também as regras podem ser ponderadas. E ainda, há quem vislumbre a ponderação como um princípio autônomo.

Além disso, existe conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade - com suas três máximas parciais da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - visto que ela permite que princípios colidentes possam ser harmonizados. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos. Entretanto, a análise das suas decisões demonstrou que seu uso está longe da fórmula original presente na

teoria da argumentação alexyana, pois não se está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo. Isto fica evidente pelas reiteradas decisões cujas fundamentações apenas indicam a incidência do princípio da proporcionalidade, aplicado somente como recurso retórico, sem o exame de todos os seus subprincípios. Assim, se o sistema jurídico contemporâneo brasileiro confere ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo, para que suas decisões não serem acusadas de serem arbitrárias e ilegítimas, é necessária a sua justificação.

Apesar da ponderação ser disseminada como técnica indispensável para a solução dos conflitos normativos, ela não é objeto de unanimidade absoluta da doutrina. Existem teorias alternativas à ponderação como os limites imanentes, o conceptualismo e a hierarquização. Destaca-se a crítica ao sopesamento por lhe faltarem critérios racionais de decidibilidade. Contudo, o ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade nessas atividades. E ainda que o processo de ponderação seja subjetivo, ele não deve ser arbitrário.

Esse problema fica afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento. Por isto, surgem as tentativas de fixação de parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo e permitam um controle de argumentação.

Ainda, a melhor forma de responder a críticas é aquela que tem por base a realidade do sistema jurídico: não existe outra alternativa mais atraente. E o exame dessas críticas auxilia na identificação de inconsistência da técnica e no esforço para a ponderação.

Por fim, aperfeiçoar a consistência metodológica da técnica da ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar seu emprego são esforços dogmáticos que podem contribuir para que a vinculação ao sistema das decisões que empregam essa técnica seja juridicamente mais consistente e mais racional. Ainda, a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação.

7 Notas

- ¹ Há doutrinadores que defendem que os direitos sociais não são compreendidos como direitos fundamentais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata dos direitos fundamentais “verdadeiros” ao jusnaturalismo, considerando-se fundamentais os direitos naturais, por sua vez distintos dos “falsos” direitos fundamentais tidos como tais os que, sem serem oriundos do direito natural, foram contemplados nas Constituições e tratados internacionais (2009). Veja também: LEAL, 2003. Embora Ricardo Lobo Torres discorde da tese de que todos os direitos sociais sejam fundamentais, não transige em relação ao direito à saúde que, para ele, faz parte de um núcleo que traduz o “mínimo existencial” (2009). Em sentido contrário, Karine da Silva Cordeiro afirma que o constituinte brasileiro optou expressamente pelo entrenchement constitucional de um extenso rol de direitos sociais reconhecendo sua jusfundamentalidade com status idêntico ao dos direitos de primeira geração e mesmo regime jurídico com a qualidade de direito subjetivo, a eficácia imediata e a condição de cláusula pétrea (2012, p. 49). No mesmo sentido: SARLET, 2012a, p. 140.
- ² A doutrina questiona se além dos direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º da Constituição de 1988, também os direitos fundamentais sociais, políticos e coletivos podem ser considerados cláusulas pétreas. Sobre um entendimento restrito, veja: DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 118-135; BRANDÃO, 2008, p. 283. Em sentido contrário: BULOS, 2009, p. 858-859; DIAS, 2012, p. 74.
- ³ Acerca desse tema, veja as considerações de: BONAVIDES, 2011.
- ⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 70814. Relator: Ministro Celso de Mello, 1994 “[...] a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 82424. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, 2004 “O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas.”
- ⁵ Acerca da preservação do núcleo essencial, consulte: SCHIER, 2007a, p. 64-67.
- ⁶ A prática judiciária brasileira recepcionou somente parcialmente as teorias jurídicas pós-positivistas e, assim, a valorização dos princípios e da ponderação não têm sido acompanhadas do necessário cuidado com a justificação de suas decisões. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça - passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. SARMENTO, 2007, p. 147; 2009b, p. 139. Veja: STRECK, 2011, p. 50; WEBBER, 2013, p. 305-324.
- ⁷ Por isso, ele idealiza a Nova Crítica do Direito na qual a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar suas interpretações - como a melhor, a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política. Trata-se de uma simbiose entre as teorias de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, com o acréscimo de que a decisão não é única e nem a melhor tratando-se da resposta adequada à Constituição. Essa resposta não pode depender da consciência do juiz, do livre convencimento e da busca da verdade real, pois esses artifícios escondem a subjetividade do julgador. STRECK, 2013, p. 105-106.
- ⁸ Veja os seguintes acórdãos que versam sobre conflitos de direitos fundamentais e ponderação de valores: a) BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira, 2003 (conflito entre o direito à intimidade e à vida privada, preservação da identidade do pai da criança, e o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro - caso Gloria Trevi); b) BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 24.832. Relator: Ministro Cezar Peluso, 2006 (direito à imagem e à honra *versus* direito de liberdade de informação e imprensa - Law Kin Chong); c) BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82424. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, 2004 (liberdade de expressão *versus* dignidade humana - caso Ellwanger).

8 Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo, Landy, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os fireitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Habeas Corpus n. 70814. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 01/03/1994. DJ: 24/06/1994.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Reclamação n. 2040. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 21/02/2002. DJ: 27/06/2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 82424. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 17/09/2003. DJ: 19/03/2004.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.832. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 18/03/2004. DJ: 18/08/2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Clèmerson Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIAS, Cibele Fernandes. **Direito constitucional didático**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Definição e características dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

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

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley**. CAMAZANO, Joaquín Brage (trad.). Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre Facticidade e Validade**. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (trad.). 2 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIPPEL, Eike v. **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. LOS RIOS, Fernando de (trad.). Buenos Aires: B de F, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa; SCHUMACHER, Gláucia. A Ponderação de Direitos Fundamentais como Critérios para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Decisionismo (Leia-se Ativismo Judicial) ou Juízo Fundamentado? Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, jan./jun. 2012, p. 202-220.

LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais. **Informativo Incijur**, Joinville, v. 52, p. 5-11, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito o (Des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito**. 218 f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: São Leopoldo, 2010.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales - CEPC, 1989.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. NAUMANN, Peter (trad.). São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não-enumerados: Justificação e Aplicação**. 327 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Florianópolis, 2005.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Sousa, António Francisco de; FRANCO, António (trads.). São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTAL INTERNACIONAL DO STF. **STF decide pela Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>. Acesso em: 25 fev. 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucional-**

ização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 113 -148.

_____. **Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades.** In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 113-146.

SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Jan./Dez. 2007, n. 7.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** In.: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251-270.

_____. **Direito constitucional: anotações nucleares.** 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 789, 2002, p. 23-50.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Constituição: As Conseqüências da (Indevinda) Cisão entre “Easy Cases” e “Hard Cases” no Direito. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, 2008, p. 192-213.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Decido conforme a minha Consciência?** 4. ed. v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial.** 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade.** In: TORRES, Ricardo Lobo. (coord.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-449.

_____. **O direito do mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE. André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

WEBBER, Suelen da Silva. O Panprincipiologismo como Propulsor da Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 305-324.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 2007.

Recebido em: 27-4-2014

Aprovado em: 19-10-2015

Heletícia Leão de Oliveira

Mestranda em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil); pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (NupeConst); especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná; especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; advogada.
E-mail: heleticia.oliveira@hotmail.com

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil)
Rua Konrad Adenauer, 442.
Tarumã - 82821-020 - Curitiba - PR

