

**PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO
FORMAL DA COMPETÊNCIA DECISÓRIA
DO LEGISLADOR: EQUÍVOCOS NO
CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
NORMATIVOS**

*PROPORTIONALITY AND FORMAL PRINCIPLE OF THE OPERATIVE
COMPETENCE OF THE LEGISLATOR
MISTAKES IN JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATIVE ACTS*

*Fábio Rodrigo Victorino
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do novo constitucionalismo; 1.2 Campo filosófico; 1.3 Campo teórico; 2 Princípio da proporcionalidade; 3 Princípios formais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO:A grande ênfase dada à teoria dos princípios elaborada pelo alemão Robert Alexy trouxe consigo uma série de críticas, sobretudo, sobre o modelo de princípios como mandamentos de otimização que, na concepção de alguns autores, coloca em risco a separação de poderes e dá ênfase ao papel do judiciário em detrimento ao do legislador. Em comum, as duas atuações têm o instrumento para resolver o embate entre princípios: o princípio da proporcionalidade. As críticas feitas, no entanto, não deixam de ter razão desde que ignoradas as demais premissas da teoria de Alexy. Dentre estas, a figura do princípio formal da competência decisória do legislador ganha peculiar relevo na medida em que impede, ou, quando menos, limita a intervenção judicial em decisões importantes tomadas pelo legislador democraticamente eleito.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Princípios e Proporcionalidade. Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador. Separação de Poderes.

ABSTRACT: The great emphasis given to the principle theory elaborated by Robert Alexy brought a series of critics, mainly about the models of principles as commandments of optimization that, in some author's conceptions puts in risk the powers separation and gives emphasis to the function of the judicial in detriment to the legislator. Both performances have in common the instrument to solve the shock between principles: the principle of proportionality. However the critics made do not have reason provided that the other assumptions from Alexy's theory are ignored. Among these, the figure of the formal principle of the operative competence of the legislator gain peculiar relief as the prevents, or when less, limits the judicial intervention in important decisions made by the legislator elected democratically.

KEYWORDS: Principle Theory and Proportionality. Formal Principle of the Operative Competence of the Legislator. Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

O chamado princípio da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais importância, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação tem como pano de fundo – direta ou indiretamente – o embate entre princípios constitucionais opostos.

A relevância do debate ora proposto reside no abandono de alguns conceitos teóricos em prol de uma busca implacável pela solução de determinado caso concreto ou na aceitação intemperada de teorias, como a chamada *teoria dos princípios* de Robert Alexy.

Porém, mais do que a exposição de impropriedades metodológicas com pouca utilidade prática, busca-se elucidar os *reflexos* de tais conceitos nas decisões tomadas pelo judiciário, em especial naquelas em que se aumenta o estado de tensão com o legislador.

Nesse contexto, temas como a evolução do novo constitucionalismo (tópico 2), sob o enfoque político (2.1), filosófico (2.2) e, sobretudo, teórico (2.3), junta-se ao princípio da proporcionalidade propriamente dito (tópico 3) para darem estrutura ao presente trabalho, cujo desfecho vem com os chamados *princípios formais*, conforme tese levantada por Alexy¹ na Alemanha e difundida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva².

1 EVOLUÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO

Um ordenamento é o que é a partir das bases históricas que o formaram. No constitucionalismo tal premissa é ainda mais exaltada devido a sua íntima relação com a ciência política. Afirma-se frequentemente que a eficácia de uma constituição está estritamente vinculada com sua realidade histórica³, sendo que, de um lado, os valores do passado orientam a busca do futuro e, do outro, as exigências do futuro obrigam uma contínua pontualização do patrimônio constitucional que vem do passado.⁴

1 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100.

2 SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 145. Cf., do mesmo Autor, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 148.

3 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991. p. 24.

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 91.

No chamado novo constitucionalismo, o principal fato histórico que ditou boa parte do seu semblante, sem dúvida, foi a Segunda Guerra Mundial, cujos resultados nefastos para humanidade puseram em ruína os ideais positivistas da época e exaltaram o poder da constituição. Criou-se o que os alemães chamam de “virada kantiana” (*kantische Wende*), reaproximando ética e direito e exigindo fontes distintas da legislativa.⁵

Nesse contexto, os direitos fundamentais ganham proporção incomensurável nas sociedades contemporâneas.

É que a expansão de tais direitos se dá justamente diante de uma experiência histórica de desrespeito extremo em que a crença de que sua inserção nas chamadas *declarações universais* servirá de freio a esse fenômeno.⁶

Em geral, porém, para justificar a evolução do novo constitucionalismo, três campos são invocados: político, filosófico e teórico.⁷ A ênfase, todavia, é na teoria do direito.

1.1 CAMPO POLÍTICO

No campo da política, pode-se apontar a relativização do conceito de soberania como principal fator da consagração das chamadas sociedades pluralistas e, por consequência, desse novo modo de pensar direito constitucional.

O conceito clássico de *soberania interna*, encarada como a imposição de um poder absoluto nas relações estatais singulares formadas com seus integrantes⁸, aos poucos, foi sendo abandonado até chegar ao que hoje se conhece como a supremacia das *constituições sem soberano*, cujo objetivo principal é a não prevalência de um só valor ou de um só princípio,

5 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003. p. 74.

6 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 50.

7 Cf., a propósito, VICTORINO, Fábio Rodrigo. “Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais”. *Revista CEJ*, v. 11 n. 39, out./dez. 2007. p. 10-21.

8 Cf., a propósito, JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000. p. 405; MALBERG, Carré R. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2001. p. 82; PAUPERIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 15.

senão a salvaguarda de vários simultaneamente através de decisões que promovam sua *concordância prática* (*praktischer Konkordanz*).⁹

As palavras do italiano Gustavo Zagrebelsky, nesse contexto, são de grande valia na medida em que introduzem os importantes conceitos de *ductibilidade constitucional*, *sociedade pluralista* e *pensamento do possível*:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.¹⁰

E conclui:

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.¹¹

A partir da ideia de um direito constitucional dúctil (maleável, adaptável) nasce o chamado *pensamento do possível*, cuja aplicação no Supremo Tribunal Federal vem capitaneada pelo Ministro Gilmar

9 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988. p. 26.

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 13.

11 *Idem*, p. 16.

Mendes¹², que põe em prática ideias de autores como o próprio Zagrebelsky¹³, Peter Häberle¹⁴ e Eduardo García de Enterría¹⁵.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na *res publica*, existe um, *ethos*, jurídico específico do pensamento em alternativas, que contempla a realidade e a necessidade, sem deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.¹⁶

Para o tema geral do presente trabalho, tais ideias ajudam a entender o pano de fundo teórico utilizado pelo judiciário – em especial o STF – para legitimar algumas decisões que invadem a competência do legislador nos casos em que há um sopesamento abstrato de princípios constitucionais, ocasionando, muitas vezes, uma regra que, na teoria, deveria ser aplicada por subsunção.

1.2 CAMPO FILOSÓFICO

No campo filosófico, essa tendência constitucionalista também é justificada a partir do desenvolvimento e da superação dos ideais jusnaturalistas e juspositivistas.

12 A propósito v. STF, *Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4/DF*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Direito Público, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 159-69. Sobre esse caso em específico, veja-se: MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4)”. Revista do Advogado, n. 73, São Paulo: AASP, 2003. p. 74-81.

13 ZAGREBELSKY, op. cit., p. 17.

14 HÄBERLE, Peter. Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento posibilista. In: _____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 59 e s.

15 ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 101.

16 STF, *Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Direito Público, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 162.

Em suma, o jusnaturalismo pregava a presença metafísica de direitos naturais absolutos, perfeitos e imutáveis próprios da natureza humana e de origem divina que, nessa condição, estavam alheios à vontade de qualquer governante. O tom era ditado pelo *Fragmento 114* de Heráclito: “as leis humanas se alimentam todas de uma lei una, a divina; pois essa domina tanto quanto quer e dá princípio a todas e as excede”.¹⁷ É daí que retiramos o chamado jusnaturalismo subjetivista.

Renovados por Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino durante a idade média e já com contornos teóricos delimitados por Hugo Grócio, os jusnaturalistas passaram a acreditar que o direito natural não era *imposto e compulsório* como uma lei humana. Ou seja: sua concretização deveria passar pelas mãos do legislador. Nessa fase, nasceu o jusnaturalismo católico-cristão, marcado por um alto grau de objetivismo aonde a posição do homem vinha perfilada pela criação, acatada como verdadeira e boa e, portanto, obrigatória.

Nesse período, Locke e Rousseau são citados como os grandes responsáveis pela *positivação do direito natural* através dos grandes Códigos Jusnaturalistas (*v.g.* Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e Código Civil Francês, também chamado de Código de Napoleão).¹⁸

Pouco a pouco a superação do jusnaturalismo foi cunhada justamente pelo extremo apego à intervenção do homem e ao direito positivado, ainda que rotulado de direito natural.

Nascia, pois, o positivismo jurídico, cujas pretensões eram gananciosas: reduzir o direito ao método positivo das ciências, resumindo-o a leis invariáveis e independentes da ação humana.

Daí a ideia de *direito puro* (pureza metodológica) difundida principalmente por Hans Kelsen¹⁹: é mister afastar tudo que seja meta ou extrajurídico, mantendo qualquer consideração não-normativa em terreno alienígena. Inclusive nessa restrição estão os juízos de valor relacionados ao conteúdo da norma jurídica.

17 ÉFESO, Heráclito de. *Coleção Os Pensadores*. v. I, São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 96.

18 Cf., nesse sentido, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1, 7. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 658-9 e BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. RTDP 29/42-3.

19 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. passim.

Com a evolução teórica do positivismo dada principalmente por Norberto Bobbio²⁰, os positivistas iniciaram o século XX com a sensação de que o saber jurídico finalmente encontrara seu status ideal, resumindo-se à verificação de pressupostos lógico-formais de vigência, sem quaisquer juízos de valor acerca do *dever ser*. Enfim teríamos uma ciência dotada de objetividade e neutralidade.

Seu grande pecado, porém, foi confundir os conceitos de uma *teoria* (atitude puramente *cognoscitiva*, ou seja, de conhecimento, dotada de juízos unicamente de fato) e uma *ideologia* (formada também por juízos de valores). Com isso o direito positivo não se limitou a um modo de *entender direito* (como se designaria uma teoria), mas sim de *querer o direito* (típica ideologia).²¹

A frase de Hermann Goering enquanto aguardava seu julgamento em Nuremberg é digna de nota: “Havia dois grupos. Um defendia a teoria de que o partido deveria governar o Estado. O segundo achava que o Estado deveria controlar o partido. Eu era a favor da segunda idéia”.²²

Os resultados todos nós sabemos: sob o manto de proteção das leis da época, os nazistas deram à humanidade um dos seus piores momentos, rebaixando os direitos fundamentais à função figurante de *lírica constitucional* (*Verfassungsliryik*), na expressão de Robert Alexy.²³

A partir desse cenário, viu-se diante da necessidade um novo modo de pensar, dessa vez sem um fundamento natural ou divino dos jusnaturalistas ou o rigorismo formal dos positivistas.

A saída encontrada deu o tom da atual conjuntura: o direito em geral, e o direito constitucional em especial, deveriam ser encarados a partir de uma dimensão valorativa, buscando outras fontes racionais além da legislativa. A constituição é elevada ao centro do sistema e os direitos fundamentais ganham peculiar primazia, formando o que se chama de Estado de Direito Material.²⁴

20 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

21 Cf., sobre o tema, BOBBIO, op. cit., p. 223-4; BARROSO, op. cit., p. 45.

22 GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 147.

23 ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, in: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005. p. 33.

24 Estado de Direito (Rechtsstaat) nasceu a partir da superação do Estado de Polícia. Ao longo da história há duas concepções: Estado de Direito formal e material. O primeiro, preponderante durante a República

1.3 CAMPO TEÓRICO

É no campo teórico que os avanços do novo constitucionalismo mais refletem.

A superação do método subsuntivo deu lugar à ponderação de interesses, estruturada pelo princípio da proporcionalidade e operacionalizada com a divisão do gênero norma jurídica em princípios e regras.

Sobre esse último aspecto, é preciso esclarecer: regras são mandamentos prescritíveis aplicadas mediante subsunção. Dados os fatos regulamentados por uma regra, ou ela é considerada válida, incidindo pelo sistema *tudo-ou-nada* (*all or nothing*)²⁵, ou é considerada inválida, sendo afastada do ordenamento. O conflito entre duas regras é solucionado pelos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.²⁶ Já os princípios, possuem alta carga valorativa a ser otimizada diante do caso concreto. Por isso, são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁷ Eventual conflito entre princípios é resolvido através da regra da proporcionalidade e seus três subelementos: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).²⁸

de Weimar, tinha como característica o *império da lei*, atribuindo livre arbítrio ao legislador que atuava, inclusive, em detrimento da constituição. Tinha natureza eminentemente burguesa, já que confirma a distribuição de bens, ao invés de transformá-la, conforme importante observação feita por Böckenförde (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 31). Sobre as bases desse estado, destaca-se a obra de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 137 s.). Já o Estado de Direito material põe na constituição, nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana suas pilstras. Canotilho assenta que o Estado é de Direito quando (i) está sujeito ao direito; (ii) atua através do direito e (iii) legisla informado pela “idéia de direito” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 49).

25 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 (a primeira edição original Talking Rights Seriously é de 1977).

26 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92.

27 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 76. Do Autor, vide ainda: *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 162 e s.; *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 107 e s.; e, respondendo a críticas, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004. p. 13 e s. Para uma visão crítica, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. passim.

28 Cf. PIEROTH; SCHLINK, Grundrechte Staatsrecht II, 22. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 66-7 e PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, passim.

A interpretação do direito em geral – e do direito constitucional em especial – toma novos rumos também.

Ao lado dos tradicionais métodos de interpretação jurídica (gramatical, lógico, sistemático e histórico)²⁹ elaborados há muito por Savigni³⁰, surgem os métodos e princípios de interpretação constitucional.

Fala-se em uma interpretação constitucional *aberta* com relação aos seus destinatários³¹, acrescentando-se ao processo interpretativo elementos como os *pré-juízos* carregados pelo intérprete³², os fatos ou a realidade fática envolvida no caso em questão e as consequências da decisão a ser tomada. Teorias como a tópica de Theodor Viehweg³³, a metódica estruturante de Friedrich Müller³⁴ ou a teoria da argumentação

29 No método gramatical, a interpretação é pautada pelos elementos gramaticais da norma, ou seja, o significado semântico das palavras que a formam. O método de interpretação lógico tem como principal ratio a busca pelo espírito da lei, considerando-a em conjunto com todo o ordenamento e usando dos princípios científicos da lógica. O método de interpretação denominado histórico, por sua vez, busca analisar as normas através dos atos que precedem sua promulgação, tais como as discussões que rodearam sua elaboração, os anseios que vieram a satisfazer na época, as necessidades sociais, entre outros. O método sistemático busca o significado da norma, considerando o contexto normativo em que ela foi inserida e a relacionando diretamente com todo o sistema. Cf., sobre o tema, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, passim.

30 SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2002.

31 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2002. p. 13-4 e passim.

32 Formando a chamada filosofia da interpretação, duas figuras que não vieram da área jurídica merecem destaque: Martin Heidegger (principalmente em “Ser e Tempo”) e de Hans-Georg Gadamer (mais especificamente em “Verdade e Método”). Gadamer defendia que o ato de interpretar começa sempre com conceitos prévios (pré-compreensão), que são substituídos paulatinamente por outros com maior grau de adequação (pré-juízos), formando-se um círculo hermenêutico. Nas palavras do Autor: “uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação *que se destaca destes*” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997. p. 405).

33 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979 (A primeira edição *Topik und Jurisprudenz* é de 1953).

34 De acordo com o pensamento de Müller a norma jurídica é constituída de um *programa normativo* (designa a soma dos dados lingüísticos normativamente pertinentes extraídos do texto da norma) – construído do ponto de vista interpretativo –, e do *âmbito normativo* (se configura pela coordenação dos elementos factuais estruturantes que são extraídos da realidade social com a perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma), construído pela intermediação lingüística dos dados do mundo real. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, *passim*. No Brasil, v. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39 e s. Sobre a teoria estruturante no caso dos direitos fundamentais, v. “Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem”, in *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1994. p. 540

jurídica³⁵ conquistam cada vez mais espaço, embora quase sempre não sejam compatíveis entre si.

Já os princípios de interpretação constitucional foram sistematizados na Alemanha por Konrad Hesse³⁶ e divulgados em Portugal por Canotilho³⁷. No Brasil sua aceitação é tamanha³⁸ que Virgílio Afonso da Silva pontuou com maestria as impropriedades de sua generalização, chegando a um típico caso de sincretismo metodológico.³⁹

São eles: unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, justeza ou conformidade funcional, concordância prática, força normativa e interpretação conforme a constituição.

Outra questão com importante aplicação prática é a distinção entre texto (escrito nas mais variadas fontes normativas) e norma (nem sempre escritas), com ampla aceitação na doutrina nacional e alienígena.⁴⁰

e s. Evitando eventuais imprecisões dogmáticas, a teoria de Müller em momento algum se aproxima das teorias de Heidegger e Gadamer. Ao contrário do que afirmam alguns autores, o Autor alemão rejeita ambas as teorias interpretativas. A citação aqui só ilustra uma linha evolutiva.

- 35 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001; PERELMAN, Chain. *Tratado da Argumentação*. A nova retórica. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005; ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- 36 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 70 e s.
- 37 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223-6.
- 38 V. g., dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151-246; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 170-7; PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 105-8; DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 261-7; PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 141-3; MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 145-9.
- 39 Sincretismo metodológico representa a adoção generalizada de teorias estrangeiras sem, contudo, atentar-se a suas incompatibilidades ou razões e circunstâncias que originaram sua formação. Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-43 e, do mesmo Autor, "Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 607-630.
- 40 Sobre a distinção entre texto e norma, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 22; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 82. No direito alemão, v. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 42 e s. e MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. Desse Autor, no Brasil, v. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39 e s.

Segundo EROS GRAU, não há razões para encarar *interpretação e aplicação* das normas jurídicas a partir de uma relação autônoma. Ambas sempre serão o resultado da aplicação dos textos legais ao caso concreto, fazendo com que tais enunciados linguísticos possuam caráter provisório, a serem ultrapassados por razões obtidas perante determinado caso.⁴¹ Nesse sentido, afirma o Autor:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.⁴²

Assim, tem-se um processo de unificação entre interpretação e aplicação do direito em que o intérprete ganha maior liberdade de atuação, *produzindo* a norma para determinado caso concreto. As *normas* se distanciam dos *textos*, tornando-se o resultado da interpretação sistemática destes. Há uma necessária inclusão de fatos e da realidade na própria estrutura da norma. Como afirma Zagrebelsky, “o resultado constitucional não vem dado, mas deve ser construído”.⁴³

A distinção entre texto e norma pode ser demonstrada empiricamente com quatro situações extremas.

Existem, pois, no ordenamento normas sem qualquer texto legal correspondente, como a segurança jurídica, decorrência do Estado de Direito⁴⁴ ou da junção dos princípios da legalidade, irretroatividade e anterioridade⁴⁵. Há também textos sem norma alguma, como o caso do preâmbulo constitucional e a expressão “sob a proteção de Deus”. De outra banda, existem diversas normas contidas em um único dispositivo – fato exaltado pela atuação do STF no controle de constitucionalidade

41 GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 178.

42 STF, *Reclamação nº 3.034-2/PB AgR*, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau.

43 ZABREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, cit., p. 96.

44 GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 250.

45 ÁVILA, op. cit., p. 22.

sem redução de texto em que se declara inconstitucional alguns dos diversos significados ou interpretações nascidas de um único texto legal, sem, contudo, alterá-lo ou suprimi-lo. E, por fim, restam os casos em que diversos dispositivos se juntam para formar uma única norma, como, por exemplo, a mesma segurança jurídica vinda dos já mencionados princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, II), irretroatividade (5º, XXXI) e anterioridade (art. 150, III, “b”).⁴⁶

Todas essas distinções estão ligadas à teoria do direito em geral e do direito constitucional em especial e, até pela distinção de origem e autoria, não são compatíveis entre si. Por exemplo, a teoria estruturante de Müller buscou retirar a excessiva carga teórica que assombra o processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, colocando os fatos em sua estrutura normativa.⁴⁷ Tal concepção, no entanto, rejeita expressamente o sopesamento – a base da divisão das normas em regras e princípios – como método de aplicação do direito, considerando-o irracional com resultados restritos a meras suposições.⁴⁸

A exposição aqui feita, ciente de tais incompatibilidades, é mais pedagógica do que metodológica: expõe um mínimo de alternativas que sustentam o que se chama genericamente de novo constitucionalismo.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade já foi amplamente tratado no Brasil por monografias de diversas áreas que, basicamente, seguem a mesma estrutura geral: demonstra-se a origem e o fundamento da proporcionalidade, sua relação com o princípio da razoabilidade e sua composição.⁴⁹

46 Cf., por todos, ÁVILA, op. cit., p. 22.

47 MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções dos direitos do homem*, cit., p. 540.

48 Segundo Alexy, “aquilo que aqui [na teoria dos direitos fundamentais] é chamado de ‘disposição de direito fundamental’ corresponde ao que Müller chama de ‘texto’, e aquilo que aqui leva o nome de ‘norma’ é o que Müller chama de ‘programa normativo’” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 65). Cf., sobre esta problemática, SILVA, Virgílio Afonso da, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 626 e, do mesmo Autor, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”, cit., p. 136-8.

49 Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004; SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002; REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica,

Outros estudos – geralmente feitos com base em autores da Alemanha – são dignos de nota na medida em que avançam em questões cruciais pouco exploradas ou até ignoradas.⁵⁰

Nesse contexto, primar-se-á pela brevidade, já que algumas questões fogem dos objetivos ora perseguidos e se demonstram com pouca utilidade prática. Para se ter ideia do problema, segundo levantamento feito por Jakobs na doutrina alemã em 1985, chegou-se a nada menos que dezesseis fundamentações distintas para a proporcionalidade.⁵¹ Adentrar nesse tipo de discussão certamente não seria medida *necessária* para o fim ora proposto.

O que nos interessa, em suma, é que proporcionalidade e razoabilidade são coisas distintas⁵², a despeito das mais variadas opiniões encontradas: fala-se em igualdade⁵³, fungibilidade⁵⁴ ou simples associação⁵⁵.

2003; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000; CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

50 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, RT 798/23-50; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre o princípio da proporcionalidade”. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

51 São eles: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana, (ii) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, (iii) o princípio do Estado de Direito, (iv) a essência dos direitos fundamentais, (v) o direito à liberdade geral de ação, (vi) o princípio da igualdade, (vii) o princípio da proibição do arbítrio, (viii) o direito de propriedade combinado com o bem comum, (ix) o princípio da vinculatividade geral e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, (x) o princípio da justiça, (xi) a idéia de Direito, (xii) o direito natural ou racional, (xiii) o interesse público, (xiv) a “Constituição Dirigente”, (xv) a Convenção Européia dos Direitos do Homem e (xvi) a concordância prática. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 733.

52 Sobre o tema é imprescindível a leitura do já mencionado artigo de Luís Virgílio Afonso da Silva: O proporcional e o razoável, publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50.

53 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 59.

54 BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política, n. 23, São Paulo: RT, 1998. p. 69; _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 314-6.

55 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

Os dois princípios se distanciam na origem e no fundamento. Da forma como é conhecido hoje, o princípio da proporcionalidade vem do contexto alemão pós-segunda guerra e decorre da ideia de Estado de Direito junto com estrutura principal dos direitos fundamentais. Antes disso, era ligado ao controle do poder de polícia exercido pelo Estado em detrimento aos direitos considerados “naturais” dos cidadãos. Já a razoabilidade é uma das manifestações práticas do devido processo legal em sua versão substancial (*substantive due process*) e remonta à *Magna Charta* de 1215.

Enquanto o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o princípio da razoabilidade não possui uma estrutura determinável. Sua função é ditar um standard subjetivo, unilateral, utilizado para a averiguação da totalidade das circunstâncias do caso em que deverá ser aplicada em uma relação de meio e fim.⁵⁶

Conforme assenta Guerra Filho, o respeito à razoabilidade implica na não ultrapassagem dos limites considerados aceitáveis em termos jurídicos (*função negativa*). Já a proporcionalidade conta com *função positiva* como forma de demarcar aqueles limites, já que fixa parâmetros a serem respeitados.⁵⁷

É com essa função positiva voltada à atuação do legislador e seu controle judicial das decisões tomadas pelo legislador que os traços do presente trabalho começam ganhar forma.

Um parêntese: como dito, o princípio da proporcionalidade nasceu com o chamado Estado de Direito material depois da Segunda Guerra como um (senão o principal) instrumento utilizado para por em prática os ideais constitucionais defendidos até a atualidade na forma de princípios.

A razão é simples: o Estado de Direito caminha necessariamente ao lado do princípio democrático, de modo que um Estado só é constitucional se for democrático e vice-versa, segundo importante lição de Canotilho⁵⁸.

56 Cf., sobre tudo, RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 210 e s. A lógica do racional, ditada por esquemas formais abstratos, dá lugar à lógica do razoável, voltada para solução material de problemas práticos da sociedade, almejando justiça. A teoria de Siches é uma forma de unir o direito à realidade, já sinalizando o campo de incidência do princípio da razoabilidade.

57 GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-6.

58 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 230.

A proporcionalidade é o ponto de partida teórico para uma democracia efetiva e em conformidade com os anseios de uma sociedade pluralista. Ao lado da principialização do direito, surge a necessidade de sua procedimentalização institucionalizada como forma obter a plena conciliação entre os variados valores legitimados pelo regime democrático. Em outras palavras, sua função primordial é equacionar o conflito entre o princípio democrático e do Estado de Direito.⁵⁹

Aludida procedimentalização ocorre com a aplicação pré-definida e independente dos três subelementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁰ A adequação pressupõe a análise empírica de que os meios usados são hábeis para alcançar, no todo ou em parte, os fins pretendidos. Em tempo: o objetivo deve ser alcançado ou, ao menos, fomentado.⁶¹ Meios adequados podem revelar-se, no entanto, excessivamente onerosos a uma parcela dos princípios envolvidos. Daí a nasce a necessidade: em caso de pluralidade de meios idôneos, opta-se pelo menos gravoso. Caso a opção feita pelo legislador fuja desses parâmetros será considerada contrária à proporcionalidade em sentido amplo. Já a proporcionalidade em sentido estrito vem manifestada na chamada lei da ponderação: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maior há de se revelar o fundamento justificador dessa intervenção”.⁶² Trata-se de uma relação de custo-benefício, resumida na seguinte indagação prática: o fim alcançado justifica a intervenção aos princípios contrários?

59 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 194-195. Esquecer esse pano de fundo origina colocações irônicas como as de Inocêncio Mártires Coelho: “como aplicar, com segurança, o multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para fazer milagres hermenêuticos de que até Deus duvida?” (COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 364).

60 Foi em 1971 que o Tribunal Constitucional Alemão empregou precisamente a chamada “tríplice manifestação do mandamento da Proporcionalidade”, através do *BVerfGE* 30, 316: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”. Sua aplicação é escalonada e segue criteriosamente essa ordem. Sobre o tema: PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 689.

61 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, RT 798/36; PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 725; NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 738.

62 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 161.

Tais subelementos, segundo Alexy, seriam, na verdade, regras aplicáveis mediante subsunção. Na sua classificação, portanto, o chamado “princípio” da proporcionalidade seria, na verdade, “regra” da proporcionalidade. A observação importante devido à impropriedade dos termos usualmente utilizados pela doutrina brasileira.⁶³ A conclusão, no entanto, é simples: princípio da proporcionalidade não está aqui empregado de acordo com a divisão proposta por Alexy entre regras e princípios como espécies do gênero norma. Ao priorizar a expressão “princípio”, no presente trabalho, valorou-se muito mais a forte carga semântica que o termo carrega.

3 OS PRINCÍPIOS FORMAIS

A ideia de princípios formais é geneticamente ligada também à teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Distanciam-se, porém, da concepção de princípios materiais – geralmente direitos fundamentais. No Brasil, frequentemente são abordados por Virgílio Afonso da Silva.⁶⁴

Princípios formais refletem a ideia de princípios *procedimentais*. Não incidem sobre padrões de comportamento, mas sobre padrões de validade. Sua principal característica é o fornecimento de razões para a observância de uma norma, independente de seu conteúdo. Estão, pois, intrinsecamente ligados ao conceito de segurança jurídica: “quanto mais peso se confere em um ordenamento jurídico aos princípios formais, maior é o caráter *prima facie* de suas regras”.⁶⁵

Exemplos de princípios formais são os precedentes judiciais em geral, que “oferecem razões para que o aplicador do direito decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma, mas essas razões referem-se tão somente a considerações de caráter formal – o fato de ela já ter sido aplicada em casos iguais ou semelhantes – e não o conteúdo da norma”.⁶⁶ No Brasil, a sistemática das súmulas vinculantes e o regime

63 SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, RT 798/24–27. Do mesmo Autor: “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 607–630.

64 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003; _____. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; _____. “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 915–937.

65 ALEXY, Robert. op. cit., p. 100.

66 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 922.

das decisões com repercussão geral refletem bem essa realidade, já que, na prática, vinculam decisões de instâncias inferiores àquelas proferidas pelos tribunais superiores (STF e STJ, a depender da matéria tratada).

Outro exemplo citado por Virgílio Afonso ao tratar da aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares é a autonomia privada, que legitima a validade e imposição de um ato de vontade firmado entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais dos anuentes.⁶⁷

Mas o principal exemplo a ser reverenciado – que inclusive dá sustento à teoria de Alexy – é o princípio formal da competência decisória do legislador, expressado na concepção de que as decisões tomadas pelos legitimados pela constituição devem ser respeitadas, na maior medida possível, não porque são válidas, materialmente boas ou proporcionais, mas porque se baseiam no princípio formal de sua competência decisória, lastreado no regime democrático e na separação de poderes.⁶⁸

Nesse sentido: “um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio de que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”. E mais: “aquele princípio formal é a razão pela qual o Tribunal Constitucional Federal concede numerosas margens de ação ao legislador”.⁶⁹

O grande problema está justamente naqueles casos em que o legislador, no exercício de seu mister constitucional e ponderando o conflito de diversos bens de valia constitucional igualmente importantes, fixa determinada regra aplicável mediante subsunção. Uma vez provocado sobre a legitimidade de tal ato, ao tribunal não caberia a revisão dos prognósticos utilizados pelo legislativo em um novo juízo de ponderação entre os princípios *materiais* envolvidos. Segundo Alexy, há também o princípio formal da competência decisória do legislador que deveria fazer parte do sopesamento, garantindo-se tal decisão em medida máxima dentre as possibilidades fáticas e jurídicas.

67 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 149.

68 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 100. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, cit., p. 145.

69 ALEXY, op. cit., p. 133.

Essa concepção foi adotada por Alexy já na primeira edição de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*⁷⁰ e tem o nítido propósito de evitar um governo dos juízes, transpondo ao judiciário a competência constitucionalmente atribuída ao legislativo – crítica, aliás, estendida por alguns autores à própria ideia de mandamento de otimização e ponderação de bens.

Justamente por isso, o tema não passou despercebido no *Epílogo*⁷¹ à sua teoria dos direitos fundamentais, ocasião em que pontuou alguns esclarecimentos sobre a formação de um juízo de sopesamento entre princípios materiais e formais.

O cenário aqui, no entanto, deve levar em consideração algumas variantes que distanciam os juízos tomados pelo legislativo quando da edição de um ato normativo e pelo judiciário quando de seu controle. A principal diferença está no grau de certeza que recai sobre as premissas envolvidas na ponderação *in abstracto* feita pelo legislador. Na verdade, os próprios fatos disponíveis (âmbito de incidência da norma) nas duas ocasiões tendem a ser distintos – circunstancia absolutamente normal, já que a aplicação concreta da lei desencadeia realidades inimagináveis quando de sua edição.

O que é certo, porém, é que na grande maioria dos casos problemáticos, as decisões tomadas pelo legislador se fundam em premissas incertas, seja porque os efeitos de uma determinada medida legislativa são incertos, seja porque é incerto o que a constituição exige.⁷² Nesses casos – “em que é muito difícil saber com certeza o que é correto”⁷³ – deve-se reconhecer que a decisão tomada pelo legislador é *prima facie* correta, justamente em respeito a princípio formal de sua competência decisória.

70 ALEXY, op. cit., p. 286.

71 ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación beneficentia et perita iuris, 2004. p. 82-111.

72 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 927.

73 SILVA, op. cit., p. 928.

Não é por outro motivo que o exame jurisdicional da adequação⁷⁴ e necessidade⁷⁵, em um juízo de proporcionalidade amplo formado sobre a constitucionalidade de determinada norma, deve se levar em conta os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, reconhecendo que na sua gênese era possível a previsão da inaptidão ou desnecessidade da norma.⁷⁶

Alexy, de um lado, reconhece que a “a incerteza sobre os efeitos de uma lei ou um futuro incerto não podem eliminar a competência do legislador para proferir uma lei, ainda que esta seja de grande transcendência”.⁷⁷ Admitir o contrário, ou seja, de que o legislador deveria operar somente diante de premissas seguras e previsíveis, esvaziaria o princípio formal da competência decisória do legislador, também um mandamento de otimização.

74 NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 739: “[...] reconhece-se consensualmente, para que se apure a existência de inconstitucionalidade será ainda necessário que o responsável pela restrição pudesse ter previsto tal inaptidão no momento em que a decidiu ou a atuou. O controle de idoneidade acaba por ser, essencialmente, um controle *ex ante*, incidindo sobre a prognose realizada pelos poderes públicos responsáveis pela criação ou concretização da restrição a direitos fundamentais. Assim, de acordo com a jurisprudência e doutrina dominantes, a restrição só será idônea quando, tendo em conta a margem de livre apreciação do legislador democrático – o que faz acrescer aos limites materiais do princípio da idoneidade os limites funcionais do poder judicial – o juiz conclua ser essa restrição, à partida e de acordo com os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, totalmente inapta para, de algum modo, contribuir para alcançar o fim por ele visado”. PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 731: “uma norma legal deve catalogar-se como uma norma carente de idoneidade, só se desde o começo, ou seja, desde o momento de sua expedição, o Legislador pudesse prever sua inépcia para facilitar a obtenção de sua finalidade imediata”.

75 PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 754: “o exame da necessidade deve efetuar-se desde a perspectiva *ex ante* do Legislador. Isto quer dizer que a medida legislativa só pode se considerada desnecessária, se dados os conhecimentos existentes na época em que foi adotada, o Parlamento pudesse avistar a existência de um meio igualmente idôneo e mais benigno com o direito fundamental afetado”.

76 Aqui vale o registro de que tal ideia engessaria o direito e o deixaria distante da realidade vivida pela sociedade, em constante evolução. A crítica é válida, porém, contornada com o tradicional e amplamente aceitado processo de mutação constitucional (modificação das normas sem alteração dos textos) e com os novos rumos do controle de constitucionalidade brasileiro, onde frequentemente se fala em inconstitucionalidade progressiva, modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade etc. Nesses casos, o pano de fundo teórico é justamente a proporcionalidade resolvendo o conflito entre o princípio da nulidade da norma constitucional e os demais princípios protegidos pela constituição onde, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pode-se conferir eficácia (inclusive pró-futuro) a normas inconstitucionais *ab initio*. Sobre o tema, cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 696 e s. e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297 e s.

77 ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 91. Trata-se de julgado do Tribunal Constitucional Alemão: BVerfGE 50, 290 (332).

Do outro lado, o Autor fixa uma segunda lei da ponderação: “quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”.⁷⁸

Por lidar com conceitos complexos e os vários graus de segurança, certeza, insegurança e incerteza de premissas empíricas disponíveis ao legislador quando da edição de um ato normativo, chega-se a outro problema: a *escala de faixas* da lei da ponderação, que acaba definindo a intensidade do controle jurisdicional de tais atos.

Todos esses fatores ganham especial peculiaridade quando inseridos num quadro em que o legislador atua – legitimamente – com *discrecionarietà*.

Nesse ponto, registre-se que um juízo complexo de ponderação envolve várias medidas que podem se entrelaçar e, ao mesmo tempo, demonstrar-se adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Em outras palavras, não há que se falar na possibilidade de *uma única resposta correta* quando o assunto é o conflito de direitos fundamentais.⁷⁹ Uma ponderação vem marcada pela relação de situações que, na prática, estejam em paridade e se demonstrem ótimas. Por exemplo, um meio que promova em grau maior o fim buscado e aniquile em maior intensidade os princípios avessos e outro meio que não promova com a mesma veemência esse fim, porém, o grau de restrição ao princípio contrário é consideravelmente menor.⁸⁰

Surge o embate: de um lado, as consequências práticas das decisões tomadas pelo legislador em alguns casos não devem ser ignoradas quando submetido respectivo ato ao crivo jurisdicional já que, na grande maioria das vezes, o Estado aparelha-se institucionalmente – incluindo questões orçamentárias, funcionais, logísticas etc – para determinada opção que, sem qualquer motivo legítimo, é ignorada por meio de decisões que soam como uma “caricatura” para o caso concreto.

78 ALEXY, op. cit., p. 93.

79 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 551-552; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 931.

80 Nesse sentido, vale o registro de Jorge Reis Novais: “numa escala de eficácia e de restrição de zero a dez, o meio A apresenta um grau oito de realização do fim e efeitos restritivos de grau dez, enquanto que o meio B tem sete de eficácia e três de agressividade. Aí, independentemente da qualificação do meio A como *desnecessário*, *desproporcionado* ou *excessivo*, a opção por B parece óbvia. Porém, a situação pode ser muito mais complexa; por exemplo, as alternativas podem consistir num meio A com quatro de eficácia e três de efeitos restritivos; no meio B, com nove de eficácia e sete de efeitos restritivos; e no meio C, com dois de eficácia e dois de efeitos restritivos” (NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 743-4).

Do outro, nem é preciso exaltar o quanto é fundamental o controle de constitucionalidade das normas exercido pelos tribunais constitucionais, que também não podem ter sua função esvaziada e ficar a mercê de medidas legislativas com finalidade duvidável – às vezes eminentemente financeiras em detrimento à constituição.

A solução, como se vê, está longe de uma conclusão simples e ainda mais distante do ideal.

Alexy fixa os primeiros traços de um modelo a partir dos já referidos graus de *certeza, segurança, incerteza e insegurança*, formulando a seguinte pergunta: “como determinar a relação entre a margem estrutural para a ponderação e a margem epistêmica que apresenta quando se carece de certeza para ponderar?”.⁸¹

É daí que nasce a relação entre os princípios formais e a ideia de paridade, tratada por Virgílio Afonso da Silva com a seguinte fórmula: “quanto mais difícil for para desfazer, por meio da argumentação, uma relação de paridade que sustenta a competência decisória do legislador, tanto maior será o peso do princípio formal correspondente”.⁸²

Na obra de Alexy também é possível encontrar premissa análoga ao apontar determinada situação de paridade entre direitos fundamentais opostos em que nenhum tem força suficiente para inclinar a balança em seu favor. Nesse caso, “os princípios jusfundamentais materiais não têm força para evitar que o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado conduza ao reconhecimento de uma margem epistêmica para a ponderação”.⁸³ A decisão tomada pelo legislador, portanto, seria *prima facie* a mais correta.

Dito em outras palavras, para um determinado conflito entre bens constitucionais em que a decisão a ser tomada pelo legislador não conta com um aparato seguro sobre as premissas empíricas – como, por exemplo, questões em que a ciência não tem uma posição definida –, o leque de posições ótimas se abre conferindo certa discricionariedade em seu favor. Segundo Virgílio Afonso:

81 ALEXY, op. cit., p. 99.

82 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 933.

83 ALEXY, op. cit., p. 102.

O que sustenta essa liberdade de poder escolher entre várias possibilidades é justamente o fato de que todas elas estão em relação de paridade, pois, embora as respostas possíveis ao problema não sejam iguais, não há como se decidir qual é a melhor e qual é pior. Nesses casos, cabe ao legislador decidir e não ao judiciário querer substituir a concepção do legislador pela sua própria. Esse tipo de decisão é, seguindo a fórmula da paridade, mais difícil de ser contestada, porque a relação de paridade com outras respostas possíveis não é facilmente desfeita por meio da argumentação jurídica, já que não há certeza empírica acerca dos elementos disponíveis.⁸⁴

Situação um pouco distinta ocorre naqueles casos em que esse grau de paridade tende a desaparecer, ainda que discretamente. O princípio formal da competência decisória do legislador entra no embate como um dos figurantes (não protagonista) trazendo consigo os valores democráticos e a separação de poderes. Aumenta-se, todavia, o âmbito de intervenção do controle judicial.

A ponderação entre princípios materiais e formais, embora fortemente criticada pela doutrina alemã que se debruça sobre a teoria dos princípios de Alexy, é perfeitamente admissível. O que se deve evitar é a generalização de que o princípio formal da competência decisória do legislador sempre deve prevalecer em qualquer juízo de ponderação.

Na verdade, a ponderação entre tais espécies de princípios só ocorre quando há um princípio material dando sustento ao princípio procedimental. É o que Alexy chama de *lei da conexão*.⁸⁵ Nesses casos, é inegável que a competência decisória do legislador tem uma presunção relativa *iuris tantum* de precedência com relação aos demais direitos fundamentais de um modo geral.

Trazendo um exemplo concreto para esclarecer melhor tais premissas, cita-se o famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145) em que o Tribunal Constitucional Alemão foi provocado a decidir sobre a constitucionalidade de tipo penal que reprimiu a aquisição e o porte, para consumo próprio, de produtos derivados da maconha.

Dentre os argumentos suscitados, de um lado, invocou-se o princípio da liberdade – manifestada na intervenção estatal com uma

84 SILVA, op. cit., p. 933.

85 ALEXY, op. cit., p. 107.

imposição de pena privativa de liberdade – e o princípio da igualdade, usando como parâmetro a legalidade do consumo de cigarro e do álcool, *aparentemente* tão ou mais nocivos à saúde individual e pública. Com o álcool, por exemplo, haveria o risco de danos para toda sociedade caso o motorista bêbado resolva dirigir.

Do outro lado, há o dever do Estado em promover valores como segurança e saúde pública, agasalhados com o princípio formal da competência decisória do legislador, que optou pela tipificação penal do fato.

Para solução do embate, o princípio da proporcionalidade foi invocado, consignando-se que, na avaliação e prognósticos dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem discricionária de avaliação, cujo controle judicial pode ser exercido com extensão limitada. Dentre esses prognósticos, não há como ignorar questões culturais que distanciam a maconha e seus derivados do álcool que, inclusive, está presente em tradições religiosas. Além disso, há riscos de que o uso de drogas mais leves seja ponte para drogas mais pesadas, fato que exige especial atenção do Estado. Outro argumento suscitado reflete bem a ideia exposta no presente trabalho: os efeitos do cigarro e do álcool já são conhecidos e, no caso deste último, reprimidos por meios diversos. É inegável, por outro lado, que a avaliação feita pelo legislador sobre os perigos à saúde é, na atualidade, polêmica e o grau de conhecimento sobre a lesividade à saúde é inseguro.

Adentrando ao exame da proporcionalidade, o Tribunal reconheceu que os dispositivos penais que reprimiam o uso de produtos derivados da maconha são adequados para restringir o alastramento da droga na sociedade e, com isso, diminuir os perigos dela provenientes. Quanto à necessidade, assentou-se que o estágio atual do conhecimento (inclusive científico) não autoriza afastar a opção do legislador, segundo a qual não há outro meio igualmente eficaz para a finalidade da lei e de menor interferência que a previsão de sanção. Não há, pois, elementos empíricos que legitimem a afirmação de que a liberação da maconha ou a atuação preventiva do Estado possa cumprir essa função legal. Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito o argumento é ainda mais contundente: os interesses peculiares de parte da população não devem se sobrepor ao fim almejado pelo legislador, qual seja, a proteção da população em geral – sobretudo os jovens – dos perigos à saúde e o risco de dependência

psíquica que pode levar ao envolvimento com organizações criminosas e suas influências maléficas em geral.

Nesse caso, a posição do Tribunal Alemão é bem clara no sentido de reconhecer a constitucionalidade da norma que tipificou a conduta em tela, já que não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente em favor de uma ou outra alternativa, devendo, pois, prevalecer a opção feita pelo legislador democraticamente eleito.

4 CONCLUSÃO

Como já dito, o tema ora proposto carrega consigo um turbilhão de críticas de autores alemães consagrados que se estendem, em sua maioria, à essência da teoria dos princípios de Robert Alexy. No Brasil, a aceitação exacerbada – a ponto de ser encarada como um típico caso de *sincretismo metodológico* – da concepção dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização tem calado boa parte dos autores sobre a relação entre princípios formais e materiais voltada ao controle judicial de atos normativos emanados pelo legislativo. No presente trabalho não se buscou uma solução concreta e definitiva sobre essa relação – se é que existente. Alguns apontamentos, todavia, são passíveis de nota:

1. O chamado novo constitucionalismo tem sua origem vinculada a três vertentes: política, filosófica e teórica;
2. Na vertente política, há uma renovação do conceito tradicional de soberania, antes atrelado à ideia de concentração de poder, e agora refletindo o marco das sociedades pluralistas: a não prevalência de um único valor, senão a salvaguarda de vários simultaneamente através de decisões conciliatórias;
3. No campo da filosofia, sepulta-se de vez os tradicionais ideais jusnaturalistas e juspositivistas, chegando-se ao que se chama pós-positivismo, fulcrado em uma dimensão valorativa do direito com enfoque na constituição em geral, e nos direitos fundamentais em especial;
4. É no campo teórico que tais vertentes mais refletem na medida em que dão um novo modo de operar o direito: o processo de subsunção sai de cena (embora ainda operante) para dar lugar à ponderação, cuja origem revela a importante divisão entre regras e princípios como espécies de normas jurídicas;

5. Paralelo ao item anterior, cresce a importância prática do princípio da proporcionalidade, cuja origem e fundamento se distanciam do que se conhece como razoabilidade; sua função é, basicamente, solucionar o conflito entre princípios pela aplicação escalonada de seus três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
6. Por consequência e corroborando crítica direcionada à teoria dos princípios de Robert Alexy em geral, a atuação do judiciário põe em risco a separação dos poderes já que, muitas vezes, simplesmente ignora ponderações feita pelo legislador e, com elas, toda estrutura estatal implementada como aparato para o cumprimento da norma;
7. Surge então a figura dos princípios formais, dentre eles o da competência decisória do legislador, que deve prevalecer em absoluto nos casos em que o juízo de ponderação *in abstracto* cujas premissas empíricas são incertas e os princípios envolvidos estão em situação de paridade; nas demais situações em que essa paridade não se demonstra evidente, a competência decisória do legislador deve participar do juízo de ponderação sempre com a ideia de que seja otimizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficientia et Perita Iuris, 2004.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

_____. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *RTDP* 29.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 23, São Paulo: RT, 1998.

_____. *Interpretação e aplicação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1, 7. ed. Brasília: UnB, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ÉFESO, Heráclito de. *Coleção Os Pensadores*. v. I, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. Sobre o princípio da proporcionalidad". In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- _____. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- HÄBERLE, Peter. Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento posibilista. In: _____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- _____. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.
- _____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MALBERG, Carré R. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- _____. A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4). *Revista do Advogado*, n. 73, São Paulo: AASP, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem, In: *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1994.

_____. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAUPERIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, Chain. *Tratado da Argumentação. A nova retórica*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIEROTH;SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 22. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

- SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2002.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012.
- _____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista CEJ*, v. 11 n. 39, out./dez. 2007.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005.