

INTERPRETAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DE ROBERT ALEXY

César Mortari Barreira

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

*Professor de Filosofia do Direito em cursos preparatórios para concursos
públicos.*

Clint Rodrigues Correia

*Defensor Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito
Constitucional. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo. Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos em cursos
preparatórios para concursos públicos.*

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar a interpretação jusfundamental do direito a partir da leitura da “*Teoria dos Direitos Fundamentais*” (“*Theorie der Grundrechte*”), de Robert Alexy, com tradução brasileira de Virgílio Afonso da Silva. No início do artigo, buscamos trazer apontamentos sobre a natureza do sistema jurídico e seu condicionamento pelos direitos fundamentais. Num segundo momento, abordamos o problema da competência do órgão oficialmente encarregado da interpretação da Constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais. Em seguida, esboçando conceitos da teoria da argumentação jurídica, procuramos relacioná-la com a obra de Luhmann e Häberle. Ao final, tecemos algumas linhas sobre a máxima da proporcionalidade e sua racionalização a partir da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: interpretação; constitucional; hermenêutica; direitos fundamentais; Robert Alexy

Abstract

This article analyzes the jusfundamental interpretation of the law from reading the Robert Alexy's "Theory of Fundamental Rights" (*"Theorie der Grundrechte"*), with Brazilian translation by Virgílio Afonso da Silva. At the beginning of the article, we seek to bring notes about the legal system and its conditioning for fundamental rights. Secondly, we treat the issue of jurisdiction of the Court in charge of interpreting the Constitution and, therefore, of fundamental rights. Then, sketching concepts of the theory of legal argument, we try to relate it to the work of Luhmann and Häberle. At the end, we weave a few lines about the maximum of proportionality and its rationalization from the dignity of human person.

Key words: interpretation; constitutional; hermeneutics; fundamental rights; Robert Alexy

Sumário

1. O problema da natureza do sistema jurídico. 2. O problema da competência da Corte Constitucional. 3. Teoria geral da argumentação jurídica. 4. A base e o processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais e diálogo crítico. 5. A máxima da proporcionalidade e a interpretação aberta. 6. Interpretação jusfundamental e restrições de direitos em face da dignidade da pessoa humana.

1. O problema da natureza do sistema jurídico

Segundo ALEXY, três são as consequências do reconhecimento da irradiação dos direitos fundamentais aos diversos ramos do sistema jurídico: a limitação material do conteúdo do direito ordinário, o reconhecimento da abertura do sistema jurídico e a constatação de que esta abertura se dá em face da Moral.

Em que pese não ser possível à Constituição esgotar o conteúdo do direito ordinário, é certo que a interpretação das normas infraconstitucionais fica condicionada pelo alcance dado pelas disposições de direitos fundamentais, em função do qual se “excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”.¹ A esse condicionamento do ordenamento jurídico ALEXY dá o nome de *determinação substancial*.

No entanto, a própria determinação substancial do ordenamento jurídico gera outro problema, em virtude da abertura semântica e estrutural das normas jusfundamentais. Ocorre que a fluidez dos conceitos, a linguagem aberta dos direitos fundamentais e, sobretudo, sua natureza eminentemente principiológica conduzem à necessidade de se sopesarem tais direitos por meio de um processo que, conquanto racional, não admite uma solução única e ideal. Essa intangibilidade do sopesamento decorre do subjetivismo do aplicador, bem assim das valorações inerentes e que fogem aos limites do próprio processo. Dessa abertura semântica dos direitos fundamentais, ALEXY conclui que o sistema jurídico é *aberto*.

Por fim, ALEXY entende que a abertura do sistema jurídico ocorre em face da Moral, por intermédio da qual o ordenamento se preocupa em racionalizar a ideia de justiça, valendo-se de conceitos filosóficos clássicos para compor o conteúdo de direitos como a igualdade, a liberdade, a dignidade, dentre outros. “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo”, conclui ALEXY, “em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”.²

2. O problema da competência da Corte Constitucional

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 543.

² *Op. Cit.*, p. 544.

Segundo ALEXY, a “determinação substancial por meio de critérios abertos em face da Moral suscita uma série de questões. Em um sistema jurídico que tem uma jurisdição constitucional abrangente (...) os problemas que a determinação substancial causam para a jurisdição constitucional têm papel especial”.³

Um dos temas mais sensíveis da jurisdição constitucional reside exatamente no fato de se delimitar a existência e o alcance de uma competência de controle da legislação em face da Constituição e, notadamente, das disposições constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais. É dizer: *se e em que medida* o órgão de controle⁴ pode derrogar normas editadas pelo Legislativo que vão de encontro à Constituição.

Esse equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador suscita uma série de discussões às quais ALEXY rejeita uma resposta perfeita, que dependeria de um sistema de regras a partir do qual se extraísse dita solução ideal, cotejando o exercício do controle com o direito positivo para saber, objetivamente, se o tribunal extrapolou a competência do legislador. Para ALEXY, tal solução não é concebível num sistema aberto.

De início, observa-se que a concepção das normas jusfundamentais como tradutoras de posições que vocacionam direitos do indivíduo e fundamentam deveres do legislador (limitação de sua competência) e a exigência de um órgão que assegure essas posições permite concluir pela competência do Tribunal Constitucional para controlar a legislação posta. Resta saber a extensão desse poder.

³ *Op. Cit.*, pp. 544-545.

⁴ No caso da República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – no âmbito do controle concentrado – e qualquer órgão do Poder Judiciário – no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

ALEXY distingue, então, três níveis de argumentação por meio da qual se pode discutir a questão do alcance da competência da corte constitucional: *argumentação material*, *argumentação funcional* e *argumentação metodológica*.

No âmbito da argumentação *material*, o debate é centralizado na relevância dos bens jurídicos envolvidos no caso concreto. Isso equivale a dizer que a competência do tribunal será delimitada na medida em que a importância dos direitos fundamentais supostamente violados a justifique. Com isso, deduz-se que a argumentação nessa seara dependerá em larga medida dos valores trazidos pelo sujeito e, mais que isso, demandará uma análise criteriosa de cada caso concreto.

A argumentação *funcional* – também chamada de argumentação *relativa a competências* –, segundo ALEXY, leva em conta características – *reais* ou *supostas*, frise-se – dos tomadores de decisão. Nota-se, portanto, que o nível de argumentação funcional acaba desconsiderando, em certa medida, a análise dos casos concretos levados ao tribunal, fundamentando a argumentação em características próprias dos envolvidos no processo decisório: o Tribunal Constitucional e o Parlamento, basicamente.⁵

A argumentação *metodológica* ou *epistemológica* leva em conta a fundamentação racional das decisões. Traz-se a argumentação para a racionalidade do procedimento que levou à tomada de decisão. No entanto, mesmo aqui, diferentes pontos de vista podem ser abordados, partindo-se de um “ceticismo metodológico”, por meio do qual se elimina arbitrariamente a dúvida (SCHMITT) até à crença na existência de uma única solução correta para resolução dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), na esteira do que leciona

⁵ ALEXY elenca alguns exemplos para ilustrar como a argumentação se daria de modo favorável ou desfavorável à competência controladora do tribunal constitucional. Assim, por um lado, poder-se-ia argumentar que a legitimação democrática mais intensa, a maior capacidade para análise de situações cotidianas complexas, a possibilidade de correção das decisões com maior facilidade ou o apoio popular das decisões seriam argumentos que confeririam maior credibilidade às decisões do legislador, diminuindo a legitimidade do controle; por outro lado, a imparcialidade do julgador, a tecnicidade jurídica e a menor sujeição a pressões externas dariam maior sustento à competência controladora do tribunal (Cf. *Op. Cit.*, pp. 546-547).

DWORKIN. Vê-se aí, portanto, campo aberto para o desenvolvimento de teses como a da legitimação pelo procedimento.⁶

ALEXY propõe que a resposta ao problema da extensão da competência do tribunal constitucional só poderá ser considerada se a argumentação se der nos três níveis propostos. E não apenas isso. Segundo o jurista, há primazia dos níveis material e metodológico sobre o funcional: “Sempre que se pode fundamentar, com suficiente certeza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder”. Prossegue: “portanto, a competência de controle do tribunal depende sempre essencialmente da *certeza* com [argumentação metodológica] a qual a *existência* [argumentação material] de uma posição de direito fundamental possa ser fundamentada”.⁷

Nesse sentido, ALEXY se socorre da teoria da argumentação – já desenvolvida por ele em outro trabalho⁸ –, trazendo-a para a teoria do direito (portanto, teoria da argumentação jurídica) e por meio da qual se estudam critérios e regras que permitem diferenciar fundamentações jurídicas certas e erradas.

3. Teoria geral da argumentação jurídica

O problema da fundamentação jurídica é, essencialmente, um problema prático que consiste na definição exata do que vem a ser permitido, proibido e obrigatório. É isso que interessa à vida em sociedade e para o que o discurso jurídico deve servir: para resolução de questões práticas. Por isso, ALEXY identifica o discurso jurídico como um “caso especial do discurso prático geral” caracterizado por uma série de condições restritivas referentes à vinculação à lei,

⁶ Por todos: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

⁷ *Op. Cit.*, p. 547.

⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

ao precedente e à dogmática, às quais a argumentação jurídica se submeterá necessariamente.

ALEXY identifica um problema – igualmente prático – nesse raciocínio: o de que essas condições, passíveis de exposição num sistema de regras apto a demonstrar como se forma o raciocínio jurídico, não conduz a um único resultado em cada caso concreto, diminuindo a expectativa de segurança jurídica. Essa impossibilidade de condução a uma solução única se deve, segundo ALEXY, às “necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente”.⁹

Para solução do problema, entende ser necessária a utilização de um modelo de quatro níveis: a) o discurso prático geral; b) o processo legislativo; c) o discurso jurídico; e d) o processo judicial.

O nível do *discurso prático geral* estabelece algo que ALEXY chama “código geral da razão prática”. Tratar-se-iam das regras básicas que permitem a verificação da racionalidade da argumentação. No entanto, esse discurso prático geral, não institucionalizado, não confere um único resultado aos diversos casos concretos, como já pontuado.

Nesse sentido, o segundo nível do modelo, o *processo legislativo*, exige a institucionalização do procedimento de criação do direito, trazendo caráter decisório à argumentação¹⁰. Deixa-se o âmbito de um discurso puramente

⁹ *Op. Cit.*, p. 548. E mais: “a questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais” (p. 549). Propõe, então, a utilização da teoria do discurso prático racional, o qual também acaba sendo compatível com os mais variados discursos, tornando ao problema da multiplicidade de resultados aceitáveis. Para sanar o problema, ALEXY sugere a associação da teoria moral com a teoria do direito, num modelo de quatro níveis, adiante estudado.

¹⁰ Nesse sentido, prosperam as ideias de que a questão da decisão ou *decidibilidade* constitui o problema central da teoria jurídica. Cf., por todos: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*: “Na mais antiga tradição, o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos. Assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão de juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, rejeitando-se outras. Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como o ato culminante de um processo que, num

retórico para incorporar à argumentação um elemento fundamental para se chegar à solução do caso concreto, qual seja a decisão. Nesse sentido, converge o pensamento de ALEXY com o do jurista brasileiro TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, para quem “ao envolver uma questão de decidibilidade, a Ciência do Direito manifesta-se como pensamento *tecnológico*. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, à medida que parte das mesmas premissas que este. Os seus problemas, porém, têm uma relevância *prática* (possibilitar decisões: legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais etc.) que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia dogmatiza os seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos”.¹¹ Para ALEXY, o processo legislativo, enquanto procedimento institucionalizado de criação do direito, “é definido por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento”.¹²

No entanto, nesse processo decisório, pelo qual se realizam as opções legislativas de regulamentação dos comportamentos, ainda não é possível vislumbrar uma única solução para os diversos casos, notadamente diante da complexa e dinâmica multiplicidade de variáveis encontradas da realidade fática. O gênio do legislador jamais alcançaria essa infinidade de situações concretas passíveis de regulação, tornando o processo legislativo um importante nível da argumentação jurídica, mas jamais definitivo.

sentido amplo, pode ser chamado *aprendizagem*. (...) Essa visão alargada da decisão faz-nos ver que se trata de um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual. O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento que, como tal, é sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes. Decisão é termo correlato de conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc., que não preveem, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão” (pp. 88-89).

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. Cit.*, p. 45.

¹² *Op. Cit.*, p. 550.

Por tal razão, o procedimento deve subir – ou descer – a um terceiro nível, qual seja o *discurso jurídico* que, como o primeiro, também não é institucionalizado e, contrariamente a ele, vincula-se à lei, ao precedente e à dogmática. Tal vinculação, que só é possível nesse terceiro nível, diminui consideravelmente o grau de incerteza que se verifica no primeiro nível – o do discurso prático geral – mas não o elimina por completo, exigindo um quarto nível procedimental.

O quarto nível, institucionalizado *stricto sensu*, é o processo judicial, o qual reincorpora o caráter decisório ao modelo procedimental de argumentação. Sobre esse nível, leciona ALEXY que “os resultados desse procedimento são racionais se suas regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos primeiros três procedimentos. O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas da argumentação, mas também da decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional”.¹³ Por esse fragmento, verifica-se uma grande proximidade com o discurso de *legitimidade* [no caso, da argumentação jurídica] *pelo procedimento*.

Nota-se, realmente, que a questão da racionalização do discurso jurídico e, assim, do discurso jusfundamental, é, sobretudo, uma questão metodológica. A construção de parâmetros epistemológicos que permitam aferir a validade de determinado discurso é essencial e, na seara da interpretação constitucional – em especial, dos direitos fundamentais – essa necessidade se aflora ainda mais sensível.

¹³ *Op. Cit.*, p. 551.

Isso porque o conteúdo constitucional difere, em geral, do conteúdo da legislação ordinária, notadamente porque enquanto esta é preenchida por regras, a Constituição traz um grande arcabouço de princípios ao qual a hermenêutica tradicional, conquanto necessária, é insuficiente. Nesse sentido, explica WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, as “normas constitucionais assumem o caráter, em geral, de *princípios*, enquanto as demais normas costumam adotar a estrutura de *regras* (...), e, se para essas últimas os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica bastam para aplicá-las de forma adequada, para aquelas os mesmos cânones são necessários, mas não suficientes. Isso pelo simples motivo de que a elas próprias faltam normas superiores, como elas são para as demais normas, para ajudar na determinação de seu alcance e significado.

Conquanto não seja recomendável, nas estritas linhas deste trabalho, abordar em minúcias a discussão sobre a natureza das regras e dos princípios, nem tampouco se seriam os únicos modelos de normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico¹⁴, importa observar que os princípios exigem técnicas interpretativas diversas. Novamente, a lição de Guerra Filho, para o qual a distinção entre regras e princípios repousa, dentre outras, quanto “à *técnica de aplicação*, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado *sopesamento* (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com os princípios, que apesar de contraditórios, não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada”.¹⁵

Com isso, chega-se à conclusão de que as normas constitucionais – em especial, as normas jusfundamentais –, principiológicas que são, exigem maior rigor

¹⁴ Sobre o tema, por todos: ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, pp. 121-143, e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*, 2ª ed., pp.148-155. Também não se pode esquecer da distinção trazida, a partir de premissas diferentes, por ÁVILA, Humberto.

¹⁵ *Op. Cit.*, pp. 149-150.

epistemológico e, portanto, um método racional mais criterioso para que se estabeleça a validade do discurso que se adota. Isso porque a abertura inerente aos princípios, proporcionada que é pela sua carga valorativa construída culturalmente, há de ser resolvida por meio do debate *democrático*, exigindo-se o necessário embate argumentativo.¹⁶ O grande desafio da hermenêutica constitucional atual é descobrir se é possível – e, sendo possível, qual seria – um processo argumentativo ao qual se consiga atribuir, com elevado grau de confiabilidade, esta missão.

4. A base e o processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais e diálogo crítico.

Os quatro níveis do modelo procedimental apresentados, decorrentes da associação entre teoria moral e teoria do direito, não são suficientes para abranger a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, uma vez que “o discurso nesse âmbito não está vinculado às decisões tomadas no processo legislativo; ele o precede”¹⁷. O que está em jogo é saber se uma decisão no âmbito dos direitos fundamentais é favorecida ou não, quanto à controlabilidade racional, pelas disposições de direitos fundamentais, que são abstratas, abertas e ideologizadas. ALEXY propõe uma diferenciação entre base e processo na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais como resposta que valida e caracteriza essa argumentação como argumentação *racional*.

A base possui três partes, identificadas pelos termos “lei”, “precedente” e “dogmática”, que mesmo limitadas contribuem para a vinculação da

¹⁶ GUERRA FILHO, *Op. Cit.*, p. 150: “Quando se trata de interpretar e aplicar princípios, porém, ocorre uma inversão, pois eles já são o resultado de um consenso em torno da adoção de certos valores, cujo conflito só poderá vir a ser *democraticamente* resolvido com a garantia do dissenso, do debate sobre eles, na instância competente do Poder Público. Ao assumir a natureza de um debate judicial, não resta dúvida que ele também necessita da garantia de um procedimento formalmente estabelecido para ser solucionado, cuja importância, contudo, é bastante diminuída pela ausência dos critérios materiais para o julgamento, por serem eles justamente o próprio objeto do litígio. Daí a necessidade muito maior de outro ‘procedimento’, o método de argumentação e interpretação, quando se trata de aplicar os princípios ínsitos nas normas constitucionais”.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 551.

argumentação¹⁸. Por “lei” temos a vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte. Já os precedentes nos conduzem a pontos fixos para a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Antes de adentrarmos no estudo da “dogmática” – a terceira parte da base - cabe uma observação. Em suas considerações a respeito da base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais (item 3.2), ALEXY apresenta com o subtítulo “Texto e vontade” a primeira parte da base, a “lei” (item 3.2.1.). Em seguida, “Precedentes” (item 3.2.2) é o nome do subtítulo em que suas considerações sobre os próprios “precedentes” serão desenvolvidos. Mas algo muito diferente ocorre quando o autor passa a apresentar a terceira parte da base, a “dogmática”. O subtítulo (item 3.2.3) tem o nome de “teorias materiais dos direitos fundamentais”, e logo na terceira frase ALEXY sustenta, a partir das três dimensões da dogmática jurídica¹⁹, que “a questão acerca da base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais tem como escopo a dimensão normativa e, mais precisamente, as teorias normativas dogmáticas dos direitos fundamentais”²⁰, que foram denominadas “teorias materiais dos direitos fundamentais”.

É por conta deste “salto” que logo em seguida ALEXY afirmará que é possível “indagar sobre a procedência de se considerar teorias materiais de direitos fundamentais como base da argumentação sobre esses direitos”²¹. ALEXY está

¹⁸ No que se refere às leis, Alexy sustenta que “embora a expressão e a força da vinculação “à lei” na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais seja limitada, ela existe”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 554. No tocante aos precedentes, o autor afirma que “embora os precedentes contribuam imprescindivelmente para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, a argumentação neles baseada não é, sozinha, suficiente para o controle racional da fundamentação nesse âmbito”. *Op. Cit.*, p. 558.

¹⁹ No primeiro capítulo do *Teoria dos Direitos Fundamentais* Alexy diferencia as dimensões. Sobre a dimensão normativa, que aqui nos interessa, sustenta o autor que ela “avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto”. *Op. Cit.*, p. 35-36.

²⁰ *Op. Cit.*, p. 559-560.

²¹ *Op. Cit.*, p. 560.

ciente de que lei, precedente e dogmática constituem “uma clara linha decrescente de força dotada de autoridade”, razão pela qual as teorias materiais dos direitos fundamentais têm uma natureza essencialmente argumentativa. Diante da crítica de circularidade – referente à ideia de uma base para a argumentação que seja ancorada argumentativamente – ALEXY responde que esta crítica pode ser superada através da já mencionada distinção entre base e processo.

Nada há de circular na concepção segundo a qual uma teoria estabelecida por meio de um processo argumentativo, ainda que seja passível de refutação, compõe, enquanto não for refutada, uma base para a argumentação subsequente. Em vista disso, o que se deve indagar é como uma tal teoria material dos direitos fundamentais pode ser criada e como ela pode contribuir para um controle racional da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais²².

Ao se referir ao processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais (item 3.3), ALEXY salientará – e aqui adiantamos propositadamente algumas considerações – que a base da argumentação deixa uma considerável lacuna de racionalidade, que é preenchida pelo aludido processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais: o *discurso* de direitos fundamentais. Este seria um procedimento argumentativo, responsável por atingir resultados constitucionalmente corretos a partir da base apresentada²³, mas que também partilharia da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. “Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável”. Trata-se daquela abertura decorrente da irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito, uma vez que as normas de direitos fundamentais possuem natureza principiológica e, por isso, requerem sopesamentos. Entretanto, sustenta ALEXY que esta abertura seria uma “abertura qualificada”, e que “a insegurança quanto aos resultados do

²² *Op. Cit.*, p.560-561.

²³ Alexy complementa o raciocínio: “Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito”. *Op. Cit.*, p. 573.

discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade (...). À luz dessa reflexão, a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional”²⁴.

Dito isso, apresenta-se claramente a *premissa* que serve de orientação e permite toda essa construção teórica: identificação da teoria material dos direitos fundamentais – referente à terceira parte da base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais – *como* teoria dos princípios²⁵. ALEXY, dialogando com BÖCKENFÖRDE, apresentará então cinco teorias dos direitos fundamentais – a liberal, a democrática, a social-estatal, a axiológica e a institucional –, salientando aspectos que permitem considerá-las como teorias de princípios. Feito isso, a questão que se deveria indagar seria então referente a qual teoria de princípios é a correta²⁶. Mas o próprio autor afirma que “não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais”, ou seja, de uma teoria dos princípios, salientando que “a forma mais ambiciosa de uma teoria material dos direitos fundamentais seria uma teoria que contivesse uma única resposta correta para todo e qualquer caso. Nos últimos tempos foi sobretudo DWORKIN quem se esforçou na direção de uma tal teoria”²⁷.

ALEXY não partilha da posição de DWORKIN. Observando que a ordenação cardinal ou ordinal dos princípios já fora rejeitada (Cf. Capítulo 3, III.2.2.1.), acrescenta que uma tal teoria que possibilitasse uma decisão correta para cada caso necessitaria de uma lista abrangente de regras de decisão que a própria capacidade de imaginação humana excluiria. “Mas o mais importante é que as respostas contidas na lista necessitam de uma fundamentação. A questão acerca

²⁴ *Op. Cit.*, p. 574.

²⁵ *Op. Cit.*, p. 561.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 566.

²⁷ *Op. Cit.*, p. 571.

dessa fundamentação leva de volta ao problema de uma teoria material dos direitos fundamentais, para cuja solução a lista deveria ser um meio”²⁸.

Dito isso, ALEXY concluirá que não se pode exigir de uma teoria material dos direitos fundamentais mais que “a estruturação no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável”²⁹. Esse maior grau de racionalidade possível, alcançado mediante o sopesamento dos princípios – já que uma teoria material dos direitos fundamentais é uma teoria dos princípios –, parte da “identificação” feita por ALEXY entre princípios e valores³⁰. Entretanto, esta relação é criticada por JÜRGEN HABERMAS, que vê no “modelo economicista de fundamentação” uma insuficiência em levar a discussão adiante. Para ele,

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina de ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos³¹.

²⁸ *Op. Cit.*, p. 572

²⁹ *Op. Cit.*, p. 573.

³⁰ Trata-se de uma igualdade estrutural. Segundo Alexy “o modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom)”. *Op. Cit.*, p. 153. Um pouco antes o autor clarifica a diferença entre princípios e valores, apesar de serem “intimamente relacionados”. Partindo da divisão dos conceitos básicos proposta por von Wright – deontológicos, axiológicos e antropológicos – Alexy considera: “princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico”, e depois, “aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”, em *Op. Cit.*, p. 146-153.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, pg. 321-322.

Em sentido próximo, LUÍS FERNANDO SCHUARTZ chama a atenção para a proximidade entre o tipo de racionalidade proposto por ALEXY e o tipo de racionalidade envolvido nos processos decisórios de agentes econômicos. A pressuposição de que exista um “ótimo” em alguma solução e a confiança de que esta propriedade possa ser encontrada racionalmente.³²

ALEXY, no *Posfácio*, chama a crítica de HABERMAS de “alerta para o perigo de uma insuficiência dos direitos fundamentais”³³, compreendendo-a como um ceticismo radical em relação ao sopesamento. Mas, segundo este autor,

A objeção de Habermas à teoria dos princípios seria em seu cerne justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos. Afora as eliminações levadas a cabo por meio das máximas da adequação e da necessidade, os direitos fundamentais compreendidos como princípios permitiriam qualquer solução. Não haveria nenhuma moldura (...). Se se toma literalmente sua tese (Habermas) de que faltam “parâmetros racionais” para o sopesamento, então, essa tese sustenta que por meio de um sopesamento não é possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso. Há suas teses contrárias a essa tese, uma radical e uma moderada. A tese radical sustenta que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos. A teoria dos princípios nunca sustentou essa tese e sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Diante disso, as atenções se voltam para a vertente moderada. Ela sustenta que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método³⁴.

³² “O nó da questão está na pressuposição de que existe um ótimo a perseguir nos juízos sobre a licitude de práticas e atos que, aparentemente, promovam/difícultem a realização de princípios jurídicos; mais ainda, na pressuposição de que o comportamento racional dos participantes dos processos em que esses juízos devem ser enunciados consiste justamente em deixar-se orientar pela busca de um tal ponto de ótimo”. SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, pg. 195.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pg. 576.

³⁴ *Op. Cit.*, pg. 594. No terceiro capítulo desta obra o autor afirma, diante da crítica de que o sopesamento abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes, que “essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclua que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional”, em *Op. Cit.*, p 164.

Considerar o sopesamento como método significa, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais aqui estudada – e conseqüentemente, para uma interpretação jusfundamental – significa operar com a “lei de colisão” (*Abwägungsgesetz*)³⁵. Trata-se de um dos fundamentos da teoria dos princípios de ALEXY, para quem “ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores”. A ideia central desta “lei de colisão”³⁶ é de que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro”³⁷.

Após analisar a *Abwägungsgesetz* e a “fórmula de ponderação” (*Gewichtsformel*)³⁸, SCHUARTZ considera que o problema está em “como assegurar o acesso a valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula”³⁹. O que SCHUARTZ pretende é chamar a atenção para a questão dos critérios de adequação de qualquer posição teórica, enfatizando a necessidade de se discutir a relação entre justiça (ou legitimidade) e verdade. Isso é feito por ALEXY, ao inserir “uma variável *S* para o “grau de certeza” das hipóteses teóricas e empíricas acerca do significado (i.e. os efeitos) de um ato normativo qualquer para a realização de um princípio e a não-realização de um outro princípio”⁴⁰. Mesmo assim, para SCHUARTZ,

³⁵ “Lei de colisão” é o termo utilizado na tradução de Virgílio Afonso da Silva. Luís Schuartz traduz como “lei de balanceamento”. Sobre a tradução do termo alemão *Abwägung* como sopesamento (o que significaria utilizar o termo “lei de sopesamento”, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pg. 129, nota 225.

³⁶ Para utilizarmos o termo que aparece no livro. Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pg. 99.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pg. 593.

³⁸ Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, pg. 203-218.

³⁹ *Op. Cit.*, pg. 218.

⁴⁰ *Op. Cit.*, pg. 221.

O caráter constitutivo, para a definição dos critérios de correção da decisão, da verdade das hipóteses teóricas e empíricas usadas como premissas na inferência que conduz à decisão impõe – ao menos do ponto de vista dos participantes – o reconhecimento, no discurso jurídico, de uma dimensão extrajurídica⁴¹.

Um caminho inicial para se responder a esta questão, segundo SCHUARTZ, está na “constatação de que as passagens do discurso teórico (empírico) ao discurso jurídico e vice-versa dão causa a rupturas naquele que é o discurso ‘de origem’”⁴². Mas a crítica – como a de HABERMAS – de que a falta de critérios de seleção seria manifestação do déficit de racionalidade é rebatida por SCHUARTZ. Para ele, este posicionamento impede a percepção dos problemas nas suas reais dimensões e possibilidades de superação⁴³.

Peça fundamental na busca de soluções é a constatação de que existem na pós-modernidade uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas⁴⁴, e que uma decisão atenta à complexidade e imprevisibilidade atuais somente pode ocorrer em um espaço público caracterizado pela presença de diversas manifestações articuláveis⁴⁵. Para retomarmos a questão da justiça, adquire especial relevância o entendimento de NIKLAS LUHMANN sobre o tema, ao considerar a justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico⁴⁶.

⁴¹ *Op. Cit.*, pg. 223.

⁴² *Op. Cit.*, pg. 223. “O caráter estrutural do descompasso entre critérios de conhecimento e de verdade no sistema jurídico e critérios de conhecimento e de verdade no sistema científico nos obriga a recolocar os fundamentos da discussão teórica sobre tipos, condições e limites de racionalidade dos mencionados juízos – bem como das inferências e decisões baseadas nestes juízos – nas análises sociológicas voltadas à reconstituição dos padrões de comportamento identificáveis nas interações comunicativas pertencentes ao sistema jurídico que está sendo analisado”. *Op. Cit.*, pg. 225.

⁴³ *Op. Cit.*, pg. 227.

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pg. 22.

⁴⁵ Segundo Willis, “a “procedimentalização” (*Prozeduralisierung*) do Direito, se mostra como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender as exigências sociais garantindo a participação e liberdade dos indivíduos, pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão”, em *Op. Cit.*, 123.

⁴⁶ Para Luhmann, “las fórmulas de contingencia se refieren a la diferencia entre indeterminabilidad y determinabilidad. Su función consiste en rebasar ellas mismas este límite y recurren para ello a factores plausibles hitóricamente dados”, em LUHMANN, Niklas. *El derecho dela sociedad*, pg. 282. Cumpre destacar que o referido livro do sociólogo alemão é posterior à guinada autopoietica do autor. Neste sentido, Orlando Villas Boas Filho salienta que “é preciso que se lembre que parte considerável dos escritos de Luhmann sobre o direito é anterior à incorporação da teoria da autopoiese em seu pensamento. Tal é o caso das obras clássicas referidas ao assunto, como “Legitimação pelo procedimento” (1969), “Sociologia do direito” (1972), “Sistema jurídico e dogmática jurídica” (1974) e “A diferenciação do direito” (1981). É certo, porém, que, no que tange ao direito positivo da sociedade moderna, não é

A mencionada “procedimentalização do direito” dialoga intensamente com a “legitimação pelo procedimento” – nome de um dos primeiros livros de LUHMANN –, que desemboca na consideração do problema dos participantes da interpretação, no âmbito da interpretação constitucional, como uma questão que “provoca a práxis em geral”⁴⁷.

Nesse sentido é importante ressaltar a importância, no âmbito da interpretação jusfundamental, da contribuição de PETER HÄBERLE, que entendemos ir muito além da tentativa de ALEXY em demonstrar que a teoria institucional dos direitos fundamentais – associada ao constitucionalista alemão mencionado – “consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores”⁴⁸. Partindo da interpretação como processo aberto, HÄBERLE dialoga com LUHMANN de forma particularmente interessante. Ao considerar que as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial, HÄBERLE salienta que

Também a “legitimação pelo procedimento” no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, p. 27s., 107s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas

possível vislumbrar qualquer incompatibilidade entre os textos mais antigos de Luhmann e suas formulações mais recentes. O direito positivo, estatuído e validade por decisões, é essencialmente autopoietico na medida em que constitui um sistema que reproduz interna e recursivamente seus elementos, estruturas e operações. Em “O direito da sociedade” (1993) – traduzido para o inglês como *Law as social system* – já incorpora todo o instrumental da teoria dos sistemas auto-referenciais e autopoieticos para a análise do direito”, em FILHO, Orlando Villas Bôas. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*, p. 124, nota 42.

⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, pg. 11. Häberle esclarece sua tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. *Op. Cit.*, pg. 13.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pg. 565.

de um “aprendizado” por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes⁴⁹.

A ideia da Constituição como “um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*)”⁵⁰ requer o entendimento de que em uma sociedade aberta a democracia “se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*)”⁵¹. Trata-se, afinal, de considerar o direito processual constitucional como parte do direito de participação democrática⁵².

5. A máxima da proporcionalidade e a interpretação aberta

As tentativas de se construir uma teoria argumentativa em torno dos direitos fundamentais devem, necessariamente, levar em conta, como já mencionado, a carga valorativa inerente à sua condição principiológica. Como tal, as normas de direitos fundamentais carregam em sua essência opções culturais axiológicas – e, por isso, ideológicas – que compõem grande parte de seu conteúdo.

A abertura semântica das normas de direitos fundamentais – que, como se viu, dá-se em face da Moral torna necessário um modelo que garanta a racionalidade de certos discursos, evitando aqueles que destoam do alcance ou conteúdo dos direitos fundamentais envolvidos no conflito.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, pg. 31-32, nota 48.

⁵⁰ *Op. Cit.*, pg. 34.

⁵¹ *Op. Cit.*, pg. 36. Para Häberle, “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*)”. *Op. Cit.*, pg. 37.

⁵² Já abordando o *status activus processualis*, Häberle – antes de Alexy – afirma, em *Pluralismo y Constitución*, que “en los procedimientos relativos a prestaciones estatales también actúan los derechos fundamentales de una manera totalmente nueva, lo que podría denominarse “concreción procedimental de los derechos básicos” o fundamental. Mediante la inclusión de este tipo de “procedimientos previos” se logran mejores efectos en materias constitucionalmente básicas que con los mejores procedimientos administrativos *ex post facto*, ya que en la fase previa preprocesal se alega todo cuanto serviría posteriormente como contenido material propio de tales derechos. De este modo, los derechos básicos adquieren relevancia constitutiva a través del *status activus processualis*; tanto es así que a más largo plazo se les incluirá como esenciales”, em HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*, pg. 198-199.

Nesse sentido, a *máxima da proporcionalidade* oferece promissor ponto de partida para a construção de um modelo, a um só tempo, aberto – exigência da natureza dos direitos fundamentais –, mas também racional. Mais que isso: a *máxima da proporcionalidade* prestigia uma hermenêutica concretizadora, exigindo a análise do caso concreto para que se possa chegar à solução do conflito jusfundamental. Por essa razão, está condizente com a moderna hermenêutica constitucional para a qual o problema passa a compor a própria norma jurídica, cujo conteúdo só é possível perquirir de modo prático, empírico.

Sobre a utilização da proporcionalidade, ensina GUERRA FILHO que “o princípio construtivo e fundamental que procuramos encontra-se (...) implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas”. E prossegue: “a conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que, por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada ‘máxima de proporcionalidade’. A imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídica e faticamente possível, para obter-se a otimização no adequamento da norma com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana”.⁵³

A *máxima de proporcionalidade* exige a racionalização do discurso jusfundamental, submetendo-o a crivos de adequação, necessidade e ponderação. Deste modo, não apenas torna legítimo, como exigido o controle desse discurso pelas instâncias oficiais designadas pela Constituição, dentre as quais se destaca, por óbvio, o controle feito pela corte constitucional.

⁵³ GUERRA FILHO, *Op. Cit.*, p. 157. Conclui o eminente jurista que na máxima de proporcionalidade “pode-se vislumbrar a norma fundamental que procurávamos, que não se situa somente no ápice de uma ‘pirâmide’ normativa (...), estática, sendo passível de emprego também na ‘base’ do ordenamento jurídico, em decisões de autoridade judiciais ou administrativas, instaurado encadeamentos novos e válidos de normas, para atender às necessidades de transformações e adaptações do sistema normativo” (p. 158).

O método hermenêutico da proporcionalidade se compatibiliza com o “estado potencial de conflitos” dos princípios constitucionais⁵⁴, garantindo que as soluções *em tese* sejam limitadas racionalmente através de um *procedimento* argumentativo. Não obstante, a concretude do exame de proporcionalidade permite o prestígio do caráter prático do discurso jusfundamental.

Como dito, ainda, os direitos fundamentais trazem em seu ínsito uma carga axiológica extremamente forte, pautada em opções culturais e ideológicas de certos valores aos quais se busca proteção destacada. Esses valores, que emergem das normas jusfundamentais e irradiam efeitos por todo o ordenamento por meio do que se convencionou chamar *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, denotam a abertura semântica desses direitos e exigem, portanto, que o método hermenêutico seja, também, um método aberto e, por isso mesmo, democrático. Tal característica, de vital importância para a compreensão do sistema jurídico jusfundamental, permite concluir que o discurso de direitos fundamentais é um discurso que, enquanto legitimado pela argumentação e pelo debate democrático, está naturalmente aberto aos influxos culturais, ideológicos, políticos, sociais e jurídicos.

Mais que isso: tão mais democrático e legitimador será o discurso de direitos fundamentais quanto maior o debate constitucional e, por óbvio, tão maior será esse debate quanto mais aberta for a interpretação constitucional.⁵⁵

⁵⁴ GUERRA FILHO, *Op. Cit.*, p. 175: “Esse estado potencial de conflitos dos princípios de um ordenamento jurídico se vê já naquela fórmula política da nossa Constituição, há pouco mencionada, que condensa dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, pois, na medida em que eles se implicam mutuamente, pode-se imaginar que o respeito unilateral de um deles leve ao desrespeito do outro (...)”. Assim, “para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o ‘princípio dos princípios’: o *princípio da proporcionalidade*. E isso, após o emprego de uma nova metodologia hermenêutica, exigida nessas situações, em que se tem um ‘caso difícil’ (*hard case*) para resolver: a *interpretação especificamente constitucional*.”.

⁵⁵ Por todos, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

6. Interpretação jusfundamental e restrições de direitos em face da dignidade da pessoa humana

Dito isso, torna-se pertinente indagarmos sobre como relacionam-se interpretação jusfundamental e restrições de direitos. Retomemos o enunciado dado por ALEXY sobre a proporcionalidade em sentido estrito, correspondente à “lei do sopesamento”. Diz o autor que, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro”. Nada há aqui que permita estabelecer um limite para além do qual eventual restrição de direito, ainda que em benefício de outro, fosse legítima. Os outros subprincípios da proporcionalidade, o da adequação o da exigibilidade, por seu turno, “determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’”⁵⁶.

Para GUERRA FILHO, as considerações atinentes ao princípio da proporcionalidade, diante de um caso concreto, não podem deixar de levar em consideração a proibição de que se fira o conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, o que significaria um desrespeito à dignidade humana. O limite que há pouco não se encontrou na formulação de ALEXY, é, para WILLIS, a dignidade humana, “que em uma situação concreta de colisão entre outros princípios e os direitos fundamentais a eles correspondentes não pode jamais ser anulada”⁵⁷.

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pg. 83.

⁵⁷ *Op. Cit.*, p. 83. Alexy apresenta suas reflexões a respeito da dignidade humana no contexto da discussão entre princípios absolutos⁵⁷. Ela adquire uma “natureza dúplice”, sendo ora princípio ora regra: “É necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pg. 114.

Em conformidade com a utilização da dignidade da pessoa humana como limite para as ponderações envolvendo princípios, podemos concluir, com WILLIS:

O princípio da proporcionalidade, além de ter a dúplice natureza de regra e princípio, tem também a dúplice natureza de norma material e processual, donde se poder nele vislumbrar uma espécie de síntese essencial de uma ordem jurídica que se há de conceber, contemporaneamente, como estruturada por normas que são regras e normas que são princípios, enquanto sua dinamicidade é fornecida por normas, sejam elas princípios ou regras, de caráter processual ou procedimental. E mais: como um direito fundamental em sentido amplo, enquanto garantia fundamental que é, a proporcionalidade, como todo direito (e garantia) fundamental tem ainda um outro dúplice caráter, o subjetivo, enquanto direito conferido a titulares, e o objetivo, enquanto pauta informadora da estruturação do direito (objetivo), de acordo com as determinações de um Estado Democrático de Direito em sentido mais avançado⁵⁸.

Conclusão

Para ALEXY, o direito constitui um sistema aberto, cuja abertura se dá em face da Moral, por meio da qual o sistema jurídico racionaliza a ideia de justiça por meio de conceitos filosóficos. Em sua abertura, o sistema jurídico se vale comumente de termos fluidos e normas de natureza principiológica. Essa abertura semântica provoca a determinação substancial do sistema jurídico, que passa a ser condicionado pelos direitos fundamentais. Nesse contexto, sobrepõe-se o papel do órgão encarregado da interpretação oficial da Constituição, notadamente no que diz respeito à justificação racional das decisões por ele emanadas. O discurso jurídico é racionalizado por uma questão fundamentalmente metodológica que se desenvolve em quatro níveis. Como parâmetro de racionalização do discurso prático, tem-se a máxima da proporcionalidade a desempenhar papel fundamental na teoria da argumentação. A regra da proporcionalidade busca conferir racionalização, sobretudo, às decisões que restringem direitos fundamentais dentro de um processo complexo e aberto de interpretação constitucional. Nesse contexto, questiona-se a existência

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pg. 87.

de um limite a conferir legitimação racional à máxima da proporcionalidade para além de sua estruturação lógica. Esse limite, entre nós, seria a dignidade da pessoa humana que, por sua dúplici natureza, teria o condão de dar epílogo à formulação teórica da proporcionalidade como instrumento de congruência do sistema jurídico.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. CARNIO, Henrique Garbellini (Colab.). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. São Paulo: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2006.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Normas, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.