

TEXTURA ABERTA, ZONA DE PENUMBRA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

OPEN TEXTURE, PENUMBRA ZONE, AND JUDICIAL DISCRETION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF THE PROPORTIONALITY TEST

Anizio Pires Gavião Filho¹

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior Do Ministério Público

José Francisco Dias da Costa Lyra²

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Resumo:

O estudo, que parte da premissa de que as normas de direitos fundamentais possuem linguagem indeterminada e aberta – princípios constitucionais encobertos por uma zona de penumbra – analisa o rendimento prático-dogmático da aplicação da metodologia argumentativa da proporcionalidade no controle da constitucionalidade das restrições impostas a posições jurídicas fundamentais. Parte-se da assertiva de que como a Constituição encontra-se numa zona de penumbra em face da indeterminação de seus conceitos, há casos conflitivos que não são solucionados pelas regras e pelo método da subsunção, podendo, inclusive, haver mais de uma solução possível ao julgador (caso difícil = colisão de princípios). Nessas hipóteses, procurar-se-á demonstrar que o juiz não decide discricionariamente, senão que de forma argumentativa, a forma representativa do teste de proporcionalidade. De dizer, o juiz tem o dever de argumentar com base em princípios constitucionais, o que não se confunde com escolhas discricionárias. Trata-se de pesquisa que se orienta pelo método empírico-dedutivo, com ênfase na análise dogmática.

Palavras-chave:

Discricionariiedade judicial. Princípios e regras. Textura aberta do direito.

Abstract:

This study analyzes the application of the proportionality argumentative methodology in controlling the constitutionality of interventions in criminal law in fundamental legal positions, especially the right to freedom. In order to do this, we start with the open, or indetermined, texture of law in general, that is, we assume the initial position that the meaning of criminal norms, sometimes (in difficult cases) is indeterminate, presenting alternatives to the judge. However, the latter has the duty to argue based on constitutional principles and not in a discretionary manner. This is what we intend to prove: the proportionality and its judgments control the residues of legal discretion. This research is oriented by the deductive-empirical method, with an emphasis on the dogmatic analysis.

Keywords:

Indigenous peoples. Right to Earth. Federal Constitution of 1988. Time Frame. Supreme Court of Brazil

¹ Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP/RS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça. E-mail: piresgavião@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7774124880944708>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>.

² Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI, Santo Ângelo-RS. Professor titular da mesma instituição. Juiz de Direito. E-mail: jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

1. INTRODUÇÃO

É lugar comum na filosofia do direito e na dogmática dos direitos fundamentais a assertiva no sentido de que a linguagem dos sistemas normativos modernos convive com o fenômeno da indeterminação e/ou com a existência de zonas de penumbra, nos quais não se revela possível precisar, de antemão, o real e atual sentido de suas normas. Isso é uma decorrência do caráter linguístico e interpretativo do direito, sobretudo pelo fato de que os sistemas jurídicos atuais, orientados pelo constitucionalismo, são compostos por um complexo conjunto de regras e princípios. Tal conformação do direito amplia os espaços de vagueza e de ausência de certeza. Ademais, o fato de muitas normas jurídicas poderem ser caracterizadas como princípios, com conotações morais e axiológicas, e submeterem o direito a um teste moral acaba intensificando o fenômeno da indeterminação.

A ambiguidade, a vagueza e a abertura valorativa são propriedades comuns da linguagem humana, das quais o direito moderno não se encontra isento. Ao contrário, sendo o direito uma prática social vivenciada por meio da linguagem, certamente não será possível ao legislador precisar, de forma exaustiva, o conjunto de possíveis significados, que variam de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas ao longo do tempo. Portanto, a objetividade, a clareza, a ausência de antinomias e a completude e ausência de lacunas normativas não mais são as características dos sistemas jurídicos modernos. Ora, a complexidade social exige um direito reflexivo, razão pela qual se procura compensar a perda da certeza e da previsibilidade do direito (a ideologia do positivismo jurídico de cunho formalista) pela possibilidade de o direito levar a sério a Constituição e os direitos fundamentais.

Não se desconhece a crítica referente ao protagonismo da jurisdição constitucional e da possibilidade da concepção objetiva dos direitos fundamentais – e do correlato efeito irradiante da constituição a todo o ordenamento jurídico – causar a patologia do “judicialismo” (Grimm, 2006). Entretanto, ao que se parece, para se evitar a patologia do judicialismo, não se deve retornar à concepção restrita dos direitos fundamentais à formulação liberal dos direitos de defesa; senão, ainda que a custo de perdas em termos de racionalidade ou segurança jurídica, esses direitos devem ser entendidos como deveres positivos de atuação, exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios dinâmicos na ordem jurídica. No entanto, é necessário respeitar os limites institucionais da competência do legislador e da função do judiciário na aplicação do direito, o que exige a redução da discricionariedade na interpretação (Grimm, 2006).

Uma breve síntese se impõe: as disposições sobre direitos fundamentais por possuírem, grosso modo, o caráter de princípios, dão margem a múltiplas interpretações e soluções possíveis ao caso concreto em face de seu caráter aberto. A interpretação das disposições jurídicas de direitos fundamentais rumo à solução de determinada hipótese concreta pode dar-se pela subsunção no chamados os casos fáceis, método pelo qual o juiz resolve as premissas fáticas com a adjudicação da regra. No entanto, quando a premissa fática cuida de caso difícil, hipótese de integração judicial de lacunas, contradição normativa ou ausência de norma, o julgador deve socorrer-se da interpretação ponderativa e dos princípios constitucionais. Nesta premissa fática do caso difícil, não há uma solução clara e unívoca subsumida das disposições jurídicas, porque a aplicação do direito fica na dependência do sentido atribuído ao texto, pois na vagueza, ambiguidade e abertura da disposição legal, haverá pluralidade de significados possíveis e a escolha da melhor interpretação (e não uma única resposta correta, em sentido forte).

Sendo assim, levando a sério o fato de que não é tarefa fácil distinguir entre um caso fácil ou difícil, até porque o caso pode ser inicialmente concebido como fácil e se revelar complexo, pergunta-se: que resposta deve escolher o julgador em casos difíceis? O juiz cria o direito na resolução do caso individual? Como se estabelecem os limites entre a função legislativa e a função judicial? Há um resíduo de discricionariedade depositado em mãos do julgador? Nos casos em que as disposições normativas não ofereçam uma solução à controvérsia – lacuna normativa –, o juiz, a partir de suas pautas morais, axiológicas e políticas, “escolhe” discricionariamente a alternativa correta?

A resposta é afirmativa para o positivismo tributário a Kelsen e Hart. No entanto, intenta-se demonstrar a resolução da hipótese não se dá de maneira discricionária, senão na forma de uma argumentação racional estabelecida pelo teste da proporcionalidade. Ora, sob os imperativos do Estado democrático e constitucional, há a exigência de que as decisões judiciais sejam legítimas e racionais, fenômeno que não se confunde com discricionariedade, a qual, inclusive, deve ser limitada. Com a metodologia argumentativa da proporcionalidade – uma entre as demais ponderações hermenêuticas –, pode ser possível conferir às decisões judiciais maior previsibilidade e, pois, segurança jurídica. Não se desconsidera a existência de corrente crítica, que tem a proporcionalidade, em face da vagueza de seus postulados e da incomensurabilidade do peso dos princípios, como contribuição decisiva para o aumento da discricionariedade judicial e usurpação das funções do legislador democrático.

Ambientado nessa discussão, o estudo pretende demonstrar que a metodologia argumentativa da proporcionalidade contribui significativamente para o processo de

interpretação e aplicação do direito, já que estabelece qual é o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, demarcando quais são os direitos afetados pela intervenção do legislador e, sobretudo, quais são os limites suportáveis da intervenção promovida em sede de posições jurídicas fundamentais. Para além, observar-se-á que a proporcionalidade respeita a capacidade decisória do legislador e/ou a sua margem decisória – a autoridade institucional –, via instituto dos princípios formais. Assim, ao contrário do que se afirma, a proporcionalidade contribui para a limitação da discricionariedade depositada no julgador e preserva as margens decisórias do legislador democrático.

Esta investigação tem sua estrutura configurada em duas partes. A primeira tratará da problematização do fenômeno da textura aberta do direito e notadamente do direito constitucional dado o caráter intrinsecamente indeterminado de sua linguagem (2). Essa parte será desdobrada na análise sobre a textura aberta do direito (2.1) e na zona de penumbra das normas constitucionais, notadamente as normas de direitos fundamentais (2.1). A segunda parte desta contribuição científica cuidará da ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade (3), sendo desenvolvida, primeiro, com uma discussão sobre os elementos estruturais do teste da proporcionalidade (3.1) e, segundo, com análise sobre o papel dos princípios formais como critério para controle da margem da discricionariedade judicial decorrente da zona de penumbra das normas constitucionais de direitos fundamentais (3.2). Por fim, (4), as conclusões são sistematizadas, reunindo-se os principais achados da investigação e indicando eventuais desdobramentos teóricos e práticos.

A abordagem teórica é baseada no método dedutivo, mediante coleta de material bibliográfico consistente em livros e artigos. Por isso, adotar-se-á um enfoque dogmático.

2. TEXTURA ABERTA DO DIREITO E A ZONA DE PENUMBRA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A experiência jurídica contemporânea é atravessada por um paradoxo estrutural. Ao mesmo tempo em que se aspira a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas, reconhece-se a impossibilidade de um ordenamento jurídico completo, capaz de antecipar todas as hipóteses de aplicação. Esse problema se revela de modo particularmente evidente em razão da textura intrinsecamente aberta do direito, expressão que designa a marca da indeterminação semântica das normas jurídicas, decorrente tanto da linguagem natural em que são formulados os textos das disposições jurídicas quanto da complexidade e variabilidade dos fatos sociais que o direito busca regular. A linguagem das disposições jurídicas, ainda que elaborada com rigor

técnico, comporta zonas de incerteza, permitindo múltiplas interpretações e exigindo do intérprete um exercício contínuo de reconstrução do sentido normativo.

Essa abertura semântica assume contornos ainda mais delicados quando se trata das disposições da Constituição e dos direitos fundamentais. Essas disposições são formuladas em linguagem natural, por meio de palavras e frases que buscam expressar tanto determinações de condutas precisas como também princípios e valores dotados de elevado grau de abstração, cujo conteúdo só se concretiza diante de casos concretos e contextos específicos. Nessas hipóteses, a aplicação constitucional se situa na chamada “zona de penumbra”, espaço no qual tampouco o significado linguístico pode ser alcançado de modo unívoco, impondo ao intérprete e aplicador do Direito o recurso a critérios argumentativos, padrões de moralidade política e ponderações entre valores em conflito. É nessa zona de incerteza que se evidenciam as margens de discricionariedade judicial.

O exame conjunto da textura aberta do direito e da zona de penumbra das normas constitucionais permite compreender que não se trata de falhas ou defeitos do sistema jurídico, mas de características inerentes a um ordenamento que opera em sociedades plurais, dinâmicas e tomadas de desacordos morais razoáveis. O desafio, portanto, não é eliminar a indeterminação – tarefa impossível –, mas estabelecer métodos racionais de interpretação e aplicação capazes de garantir decisões justificadas, compatíveis com os parâmetros normativos e com os compromissos ético-políticos inscritos na Constituição. A partir dessa contextualização, o item 2.1 analisará o fenômeno da textura aberta do direito em sua dimensão conceitual e prática, enquanto o item 2.2 examinará a problemática da Constituição na zona de penumbra, destacando as implicações para a jurisdição constitucional e para a efetividade dos direitos fundamentais.

2.1 Textura aberta do direito

Na configuração sociológica da modernidade tardia, definida simultaneamente pela complexidade sistêmica e pela globalização das interações, o direito ocupa papel central na organização da vida social. Essa centralidade decorre do fato de que a liberdade – outrora concebida como espaço negativo de não interferência – converte-se, no contexto moderno, em valor de natureza normativa, exigindo institucionalização e garantia por meio do próprio ordenamento jurídico. O direito, nesse sentido, não apenas assegura a coesão social, mas também lhe confere identidade normativa, estabilizando expectativas de comportamento e protegendo-as contra a frustração e a violação (Luhmann, 2005). Trata-se, portanto, de um

mecanismo social de imunização frente à contingência e à potencial ruptura das obrigações recíprocas que sustentam a convivência civil. Esse protagonismo decorre também da função do Direito consistente em conter e regular a atuação corrosiva de outros sistemas sociais parciais – economia, ciência, religião, política – cuja lógica interna, orientada por códigos funcionais próprios, pode entrar em choque com as posições jurídicas fundamentais. A sociedade global contemporânea, atravessada pela fragmentação dos códigos morais e pela diferenciação funcional – ou seja, pela atuação autônoma e transnacional de sistemas como o mercado, a ciência, a religião, a cultura e o próprio direito (Luhmann, 2010) –, funcionaliza o ordenamento jurídico como meio privilegiado de controle das ingerências desses subsistemas na esfera social (Habermas, 2003). Nesse cenário, transfere-se ao direito uma missão que transcende a mera regulação formal: a de efetivar materialmente os direitos fundamentais constitucionais e, de modo especial, prevenir o fenômeno da colonização do mundo da vida (*Lebenswelt*), na acepção habermasiana, isto é, evitar que os subsistemas econômicos e a burocracia estatal interfiram de maneira desmedida na esfera da intersubjetividade (Habermas, 2000).

Esse protagonismo do direito na ordenação da vida em sociedade é representativo do motivo pelo qual ainda se segue debatendo – em termos filosóficos e sociais – acerca do conceito de direito, a sua natureza jurídica (Alexy, 2009) e os limites interpretativos³ (Hart, 1994). Ora, a sociedade moderna, que perdeu seus fundamentos místicos e religiosos, enfim, seus “grandes relatos”, e convive com a imperfeição e finitude da experiência humana, necessita da força coativa do direito para manter a coesão social. É da necessidade social de que determinados comportamentos devam ser obrigatórios⁴ e não facultativos (Hart, 1994) – ou do caráter cogente do sistema normativo⁵ – que brota a funcionalidade do direito e a chave da ciência do direito (Hart, 1994). De dizer, das mais profundas necessidades da experiência humana por liberdade e segurança que se encontra a essência do direito⁶. Por isso a discussão filosófica sobre o conceito de direito é, em verdade, uma interpelação sobre a sua natureza e/ou a diferença entre o direito e a moral. É, pois, a nota distintiva do direito – seu caráter obrigatório – que define a sua natureza e, sobretudo, permite a sua diferenciação com relação às regras

³ Como diz Hebert Hart (1994), ninguém considerou importante discutir o que é medicina ou química.

⁴ Por mais que a teoria do direito tenha reconhecido que o direito é um sistema de mandatos e proibições, quer dizer normas, isso não significa que as normas se esgotem no aspecto imperativo, senão que também são integradas pelo aspecto valorativo – juízo de valor (Alpaca Pérez, 2022).

⁵ Isto é, a descrição morfológica como sendo um conjunto de normas estabelecidas e promulgadas pelo legislador e os atos previstos e exigidos por ela (Cotta, 2005). Assim, o direito, em termos esquemáticos, pode ser concebido como imperativo que prescreve condutas sociais (fazer ou não fazer).

⁶ Na origem, tem-se que as necessidades humanas (a segurança social em sentido amplo, desde a perspectiva da liberdade individual, patrimônio, direitos fundamentais e relacionais) são determinantes para que o homem, enquanto ser finito-infinito, estabeleça, como condição à coexistência social, a descoberta de princípios reitores do agir social – normas e modelos de comportamento, ou seja, princípios e regras (Cotta, 2005).

morais. Estas, não obstante também sejam padrões de conduta e agir social, não estão aparelhadas da força coativa. A consequência do descumprimento é a desaprovação social. Isso não significa dizer que as ordens emanadas do direito não possuam aspectos ou elementos ligados à moral, pois direito e moral compartilham o mesmo vocabulário. Afinal, os sistemas normativos, ao estabelecerem direitos e obrigações, reproduzem as substâncias de determinadas exigências morais e imperativos de justiça.

Uma síntese é de rigor: o direito ocupa um lugar central na imaginação social da sociedade moderna, ao lado da busca pela emancipação humana e pelo desenvolvimento científico e econômico. Já a sua natureza – do direito – repousa no seu caráter coercitivo, a forma dele manter uma identidade normativa da sociedade moderna, a qual é informada pelos signos do pluralismo e dissenso moral. Por decorrência, as normas jurídicas aparecem como sendo o elemento básico e nuclear dos sistemas jurídicos atuais (Vieira, 2023). Cumpre a elas a função de manter as expectativas normativas da sociedade, imunizando-as quanto ao descumprimento pela sanção (Luhmann, 2005).

Nessa perspectiva, o direito distingue-se qualitativamente tanto das normas morais, que expressam ideias de retidão e justiça, quanto das regras sociais, carentes de respaldo coativo e, portanto, destituídas de força vinculante no sentido jurídico. Entender-se o direito como um sistema normativo e não propriamente um sistema de poder⁷, não autoriza concluir que a juridicidade se esgota na esfera normativa, nem tampouco legitima a adesão à concepção autossuficiente de um “mundo das normas” concebido como universo lógico-formal fechado, destituído de lacunas, antinomias ou ambiguidades. Se, por um lado, o direito é irredutivelmente um fenômeno linguístico e cultural, por outro, a complexidade e a mutabilidade das sociedades contemporâneas inviabilizam a pretensão de que um sistema exclusivamente composto de regras possa esgotar a disciplina de todas as situações jurídicas possíveis. Ademais, é inerente à condição humana a impossibilidade de o legislador antecipar exhaustivamente os conflitos sociais futuros e discipliná-los de modo objetivo e definitivo. É precisamente a consciência dessa limitação que conduziu a filosofia do direito a atestar a superação da ideologia do positivismo legalista e a relativizar a crença na onipotência do legislador como fonte capaz de

⁷ Nesse aspecto, o direito não é unicamente um sistema de poder tampouco um puro sistema de normas (Aarnio, 1991). Na interface direito e realidade social, pode-se afirmar que o direito como sistema jurídico é produto das relações de poder, que, inclusive, está sumamente condicionado pelas bases econômicas da sociedade. Para além, a própria consciência coletiva da sociedade – a ideologia – (moral, religião, códigos éticos e formas de cultura) reflete no direito.

regrar, de forma completa e apriorística, a totalidade dos conflitos sociais por intermédio do dado pelo legislador⁸.

Já não mais vale a “doutrina tradicional” herdada da Ilustração e sua orientação pela rígida separação entre as funções de criação do direito – atividade conferida ao legislador – e a aplicação do direito – tarefa empreendida pelos tribunais e juízes. Sob orientação desta metafísica, aos juízes conferia-se tão somente a função de aplicar as leis ditadas pelo parlamento; este, sim, autorizado a criar o direito, enquanto legítimo representante do povo. Concebia-se o direito como sendo um conjunto de normas gerais ditadas pelo poder legislativo (Bulygin, 2005). Essa ideologia olvida o fato de que nem sempre a resolução do caso individual dá-se pela singela dedução da incidência da norma geral à hipótese fática. Ora, o próprio método da subsunção, metodologia usualmente aplicada nas decisões judiciais⁹, não pode ser confundido com operação puramente mecânica, pois na própria subsunção o julgador, frequentemente, se vê obrigado a valorar, argumentar sobre conceitos e interpretar o significado e alcance dos termos normativos (Bulygin, 1991). Afinal, não se pode perder de vista que as normas jurídicas são formuladas em linguagem ordinária, cujo significado nem sempre é claro e objetivo. É inegável que mediante definições de conceitos também pode modificar-se uma norma, fato que pode ser exemplificado na discussão travada pelo STF para definir quando há efetivamente trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a execução definitiva da pena (Brasil, 2023), a partir da explicitação da regra (ou princípio) prevista no art. 5, inciso LVII, CF. Há crime de furto quando o objeto material é um tubo de desodorante? (Brasil, 2024a). Aparentemente, a penumbra é fenômeno que também pode acometer o “caso fácil”, motivo pelo qual não se revela razoável imaginar um ordenamento jurídico completo e sem lacunas, ou, ainda, preconizar que para cada caso só exista uma norma que o solucione (ausência de conflitos entre normas e antinomias). Ao contrário, a ideologia da codificação napoleônica e a sua correlata orientação no sentido de que a atividade judicial se esgota na mera aplicação da lei não se sustenta, pois a legislação não resolve aprioristicamente todas as hipóteses fáticas,

⁸ Na sua proposição de abandono do esquema sujeito-objeto, herança da ontologia metafísica, argumenta Kaufmann que o esquema sujeito-objeto se apoia na ideia de que o direito justo e a justiça são dados objetivos, mais exatamente um objeto, uma coisa frente a qual se encontra substancialmente a consciência cognoscitiva, enfim, que o conhecimento se encontra rigorosamente separado do sujeito. Por isso a subjetividade nada acrescenta ao conhecimento. Na sua dição, esse ideal de objetividade foi buscado tanto pelas clássicas doutrinas do direito natural (objetividade na natureza), bem como pelo positivismo jurídico, que restou aprisionado a ela sob a seguinte premissa: “o direito idêntico a lei positivada dada, que, como fato objetivo, é aplicada sem deixar-se tocar-se pelo intérprete” (Kaufmann, 2007, p. 41-42).

⁹ Na lição de Garcia Amado (2007), que demonstra que, em casos concretos argumentados em termos do teste da proporcionalidade, inclusive decididos pelo Tribunal Constitucional alemão, pode-se chegar ao mesmo resultado pelo método da subsunção. Aliás, se não há lacunas e/ou colisão de princípios, o caso individual deve ser solucionado pela subsunção.

porque sempre haverá lacunas e colisão entre normas. Nessas hipóteses, o juiz deverá criar a norma (geral) para solucionar o caso individual e, nesse sentido, o próprio direito (Bulygin, 2005; 1991)¹⁰.

Ora, ao aplicar uma norma geral (ou soluções genéricas estabelecidas pelo legislador, ou regras¹¹) ao caso individual (norma individual para Kelsen¹²), de regra, o juiz adjudica o enunciado normativo ao fundamento fático (caso individual), isto é, aplica a norma (genérica) à hipótese fática. Nessa atividade de adjudicar a norma geral à hipótese concreta, o juiz não cria o direito; este fenômeno fica reservado para a hipótese em que não exista norma regendo o caso, ou, ainda, conflito de normas. Na hipótese em que a norma se subsuma ao caso sem complexidade, o juiz utiliza da subsunção. Portanto, somente pode-se afirmar a presença da atividade de criação do direito, via normas gerais, quando o julgador decide com base em fundamentos normativos não estabelecidos previamente pelo legislador, isto é, nas lacunas normativas (Bulygin, 2005). Agora, nessa função de criar o direito (ou normas), o juiz decide discricionariamente? Essa hipótese é rechaçada por Kelsen, para quem o sistema piramidal do ordenamento jurídico não comporta lacunas, mas, sim, autorizações legais para o juiz se afastar do direito (Bulygin, 2005). Não obstante o peso da argumentação kelsiana, sustenta-se a tese diversa, porque o juiz, para resolução da norma individual em casos atípicos, verdadeiramente cria a norma geral, pois necessariamente precisa encontrar um fundamento normativo (princípio) para solucioná-lo (Bulygin, 2005). Efetivamente, a criação judicial do direito dá-se nas integrações de lacunas, nas contradições normativas e, ainda, nos casos de ausência de disposição normativa, que pode ser exemplificada no caso em que o juiz aplique princípio não positivado¹³ pelo legislador à solução concreta (direito ao esquecimento ou direito fundamental à proteção de dados). Nessas hipóteses de criação da norma geral, o julgador vale-se de suas margens de discricionariedade (Bulygin, 2005).

¹⁰ Para Bulygin (1991), o juiz, em geral, não cria normas (gerais), já que deve fundamentar suas decisões com base em normas jurídicas preexistentes. Assim, o juiz somente está autorizado a criar norma geral em caso de ausência de previsão legal ou conflito entre normas.

¹¹ Para efeitos deste trabalho, adota-se o conceito de normas “gerais” de Bulygin (2005), para quem normas são expressões prescritivas usadas para ordenar, proibir ou permitir determinada conduta e ação. Por isso não se confundem com o “caso individual” e a sua resolução.

¹² Para Kelsen, todos os atos jurídicos são atos (de vontade) de aplicação e criação do direito. Por isso ele sustenta que o juiz, na sentença judicial, cria uma norma individual. Todavia, é duvidoso afirmar que o juiz edita uma norma individual, pois a norma-resolução somente se aplica às partes e não alcança terceiros. Assim, não possui o caráter de generalidade peculiar às normas. Dessa forma, revela-se de melhor metodologia usar o termo “resolução” “disposição”. Nesse sentido, a conclusão de Bulygin (2005).

¹³ Argumenta-se que a positivação dos princípios – relevante para conferir força normativa e estabelecer o consenso – não é requisito fundamental a sua existência – porque princípios podem decorrer (implicitamente) dos valores e princípios reconhecidos na Constituição, na Declaração Universal de Direitos Humanos e das aspirações da justiça (Sánchez-Ostiz, 2012).

2.2 A Constituição na zona de penumbra?

Efetivamente, os modernos sistemas jurídicos não podem mais ser compreendidos como um sistema unitário e coerente de normas sem lacunas e antinomias, porque a modernidade se orienta pela complexidade e contingência, fenômenos que fazem o direito variar, uma decorrência das necessidades evolutivas da sociedade. Assim, em face da contingência e complexidade que permeia o direito, não é tarefa simples extrair o conteúdo adequado e/ou correto das normas jurídicas. Esse problema agudiza quando o conflito reclama aplicação de normas constitucionais, as quais, em alguma medida, ligam-se à moral, sendo encobertas pela penumbra (Vieira, 2023). Ora, as Constituições, além de conformarem o sistema jurídico e o estatuto do político como norma superior, também são depositárias de valores éticos e princípios de justiça que regulamentam o convívio social. Para além, fornecem ao auditório e ao público em geral as “razões públicas¹⁴” pelas quais se pode alcançar um razoável consenso. Portanto, a pretensão normativa das disposições constitucionais, sobretudo porque materializadas em princípios morais, oferece dificuldades adicionais ao legislador e ao intérprete (Vieira, 2023), mormente pelo acoplamento estrutural que promovem entre o sistema jurídico e o sistema político. Assim, o legislador detém a difícil tarefa – de índole filosófica e de ciência política – de harmonizar, em uma decisão racional e justificada, a coexistência de princípios constitucionais em conflito, que chegam à jurisdição na modalidade de complexidade. Isso se detecta nos conflitos que envolvem temas controversos como o aborto, as drogas, a proteção da privacidade e da intimidade, da liberdade religiosa, a efetivação de direitos econômicos e sociais. Inclusive, para estes últimos, em países periféricos como Brasil e o continente latino, a tarefa é sensível, pela presença de severas desigualdades sociais não resolvidas (Neves, 2007; 2018). Ainda nesse aspecto, não se pode perder de vista a presença do modelo sociológico da *sociedade corporativa*, no qual o Estado é potencializado para atender os interesses econômicos dos grupos de poder em detrimento dos direitos econômicos e sociais (Aarnio, 1991).

Para além da textura aberta do direito, contata-se que a sua validade e legitimidade não mais se fundamentam exclusivamente no argumento da autoridade (Raz, 2013)¹⁵, como já foi

¹⁴ Que consistem, desde uma perspectiva liberal de justiça, na razão de cidadãos iguais de uma determinada sociedade nacional, para debater elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básicas, no que diz respeito ao seu governo. São as razões para sustentar questões fundamentais sobre justiça política. É a lição de John Rawls (2019).

¹⁵ Para Raz (2013) a aspiração última do direito, quiçá seja a justiça, no entanto, seu objetivo mais próximo e tarefa definitiva é fornecer um esquema de racionalidade prática, desenvolvido para unificar o desenho político público

preconizado pelo positivismo jurídico excludente e pelas teses no sentido de que: a) a existência e fundamento do direito descansam na prática social; b) a moral nunca é uma condição de validade jurídica e; c) nos casos limites do direito, os juízes possuem discricionariedade para solucioná-los (Moreso, 2002)¹⁶. Pensa-se em sentido contrário, pois o direito, como prática social, possui relação contingente com pautas morais, porque em determinados casos somente resta ao julgador apelar a padrões morais¹⁷. Por isso a posição decisória do juiz não se limita ao exercício da autoridade, senão que o impele à busca da segurança jurídica. Ora, o cidadão tem direito a esperar efetiva proteção jurídica quando aciona o poder judiciário, isto é, direito de que a decisão seja correta e que se evite a arbitrariedade (Aarnio, 1991). Com efeito, as decisões judiciais devem orientar o cidadão, permitindo que ele possa programar o futuro, planejando sua atividade em termos racionais, condição necessária à preservação da sociedade. Afinal, a coesão social resulta improvável em condições de imprevisibilidade e insegurança jurídica. A cidadania espera que as decisões sejam substancialmente corretas e frutos de reflexão, ou seja, que se fundamentem no direito válido – a condição do justo – e, ainda, recebam parte de seu conteúdo das normas morais e de outras normas sociais. De dizer, o julgador tem a responsabilidade social de efetivar a segurança jurídica, ou de pelo menos tentar que ela seja suficientemente satisfeita. Desse modo, a decisão não se impõe em razão do exercício de autoridade, mas pela sua correção, atividade que passa pelo acolhimento do direito válido e pela prática do discurso racional (Alexy, 2016). A credibilidade da decisão descansa na confiança dos cidadãos e/ou aceitabilidade das razões justificatórias (Aarnio, 1991).

Com o objetivo de esboçar uma síntese, conclui-se: 1) a instituição do direito fundamenta-se, essencialmente, num sistema normativo (Hart, 1994)¹⁸, característica que dá o

e coordenar a interação social. Para cumprir dita função, o direito possui autonomia com relação aos juízos políticos e morais, isto é, as normas jurídicas são determinadas por outros critérios que não a moral política.

¹⁶ Na lição de Moreso (2002), o positivismo jurídico excludente oferece as seguintes teses: 1) o direito funda-se unicamente no conjunto de fatos sociais (ou fontes sociais), ou seja, do conjunto de ações de seus membros, sem qualquer necessidade de se socorrer da moralidade; 2) há uma rigorosa separação entre o direito e a moral, pois a adequação à moralidade não é condição de validez da norma; 3) quando o direito apela à moralidade, concede discricionariedade para os juízes decidirem.

¹⁷ Tese defendida pelo positivismo jurídico inclusivo, que preconiza: a) que o conteúdo do direito de uma determinada sociedade é dependente dos fatos sociais praticados por seus atores, os quais podem apelar contingentemente à moral; b) que há uma separação conceitual entre o direito e a moral; c) nas vezes em que o direito apela para a moralidade, esta – e não a discricionariedade – é que estabelece a qualificação normativa das ações (Moreso, 2002).

¹⁸ Para Kelsen (1994), que também entende que o direito é concebido como um sistema de normas reguladoras da conduta humana, o sistema jurídico é composto de um entramado hierárquico de normas, de forma que a validade de uma norma inferior é informada pela validade de uma norma de nível superior. No mais elevado grau está a denominada “norma hipotética fundamental”, a fonte de validação do ordenamento jurídico. Com essa “teoria pura do direito”, Kelsen depura o direito das avaliações axiológicas e morais (admitidas tão somente para a interpretação judicial), porque o direito é um sistema fechado de regras que se autolegitima, de forma recorrente, valendo-se de uma norma de nível superior.

tom do caráter formal e codificado das legislações modernas (Vieira, 2023). Aliás, é o fenômeno da positivação que permite a própria evolução do direito, possibilitando que ele se adapte às incessantes transformações sociais da atual sociedade pós-industrial e tecnológica; 2) as normas que compõem o ordenamento jurídico¹⁹, no sentido semântico, dividem-se em regras – ou enunciados normativos – e em princípios – as razões para as regras (Sieckmann, 2006)²⁰. Esse conceito amplamente admitido informa que ao lado da regra (texto legal ou enunciado normativo) situam-se os princípios (as razões para as regras e expressões do justo, do correto). Tal conceito amplo de norma (enunciado normativo + princípios ou razões para as normas) também é fator que conduz à indeterminação do direito, na medida em que a linguagem aberta dos princípios reclama esforço argumentativo na tarefa de sua interpretação e aplicação; 3) por mais singela que seja uma regra jurídica, sua aplicação exige um processo de extração de seu significado e/ou interpretação, fundamental à resolução do caso concreto. Assim, em face da abertura da linguagem do direito, os cânones clássicos da interpretação (histórica, gramatical, literal, teleológica, sistêmica, autêntica etc.²¹) não são suficientes para justificar a resposta (ou respostas) correta(s) (Hart, 1994)²², tampouco os denominados “métodos de interpretação constitucional” (Hesse, 2011, p. 67)²³; 4) a escolha entre as possíveis respostas corretas (ou a resposta) se vincula ao caráter argumentativo do direito ou à discricionariedade do aplicador do direito. Esta é a condição inescapável dos sistemas jurídicos modernos.

Em definitiva, a linguagem geral expressada na regra conduz de modo incerto os casos de sua aplicação (Hart, 1994). Verdade que há casos simples ou facilmente cognoscíveis, nos quais a linguagem é clara e permite que a regra se subsuma facilmente à hipótese fática, porque não há alternativas concorrentes. Soa inegável que a metódica da subsunção responde ao maior percentual dos casos submetidos à análise do poder judiciário, para os quais basta a operação

¹⁹ Não existe unanimidade quanto ao conceito de norma. Assim, no marco dessa investigação, adota-se o conceito semântico de norma, até porque responde a concepções comuns de muitos autores. Deve haver, pois, uma diferenciação entre o *enunciado normativo* (conjunto de signos linguísticos, caso típico de uma disposição de um direito fundamental ou princípio constitucional) e a norma *em sentido estrito* (o significado do enunciado normativo). Desse conceito decorre outra distinção relevante: os direitos fundamentais como princípios e regras. Segundo essa tese da estrita separação, princípios contêm um dever *prima facie* (representam um objeto de otimização, que pode ser realizado em um grau máximo). Já as regras contêm um mandamento definitivo, valem ou não valem (Borowski, 2003).

²⁰ Para Sieckmann (2006), princípios são razões para ponderar, ou seja, razões para argumentar. Por isso, distinguem-se das regras ou proposições normativas (enunciados normativos), as quais se aplicam ou não ao caso concreto (razões definitivas).

²¹ Posição defendida pela teoria da interpretação de Emilio Betti (2007).

²² Ora, os cânones de interpretação não eliminam as incertezas, pois eles mesmos são “regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação” (Hart, 1994, p. 139).

²³ Para o autor (Hesse, 2011), na interpretação constitucional, além da incidência dos métodos clássicos (interpretação literal, histórica, original e sistemática), também contam os princípios de interpretação constitucional: a) unidade da Constituição, b) concordância prática, c) correção formal, d) eficácia integradora e) a força normativa da Constituição.

matemática/silogística da incidência da premissa maior (a lei) ao caso concreto (premissa menor). As decisões judiciais desse tipo são classificadas de “rotineiras” ou “isomórficas”; nelas, a relação entre a norma e o fato é similar à da imagem com o espelho (ou o objeto e seu reflexo). Em ditos pronunciamentos não há discricionariedade e/ou dúvida entre alternativas possíveis, muito embora tal classificação corra o perigo de redundar em uma simplificação enganosa: achar que todos os casos são idênticos e de simples aplicação da letra da lei (Aarnio, 1991). Todavia, há casos que apresentam ao julgador duas ou mais alternativas concorrentes e possíveis – a tese do caso difícil – e dá ensejo a mais de uma resposta possível. Nesses casos, na orientação do positivismo inclusivo de Hart, o juiz pode apelar a pautas morais e, sobretudo, decidir de maneira discricionária. Na correta observação de Hart (1994), os legisladores humanos não têm o prévio conhecimento de todas as hipóteses possíveis de incidência de uma regra, tampouco podem prever o futuro e todas as combinações possíveis envolvendo a legislação – a indeterminação da finalidade da regra – (Hart, 1994), fenômeno que não pode ser negado pela filosofia do direito, como quis a teoria do positivismo jurídico²⁴ (ou conceptualismo), que procurou acobertar a real existência de um poder discricionário do aplicador do direito (Hart, 1980).

Em síntese, os direitos fundamentais, que se deixam construir como princípios²⁵ e, por essa razão, são aplicados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, não raro entram em conflito e devem ser ponderados. Portanto, a aplicação de normas de direitos fundamentais não é mera instância do caso geral (ou subsunção da regra). Esse fenômeno é exemplificado no confronto entre a liberdade jornalística – que não deve ser submetida à cesura ou embaraços à livre manifestação – *versus* a proteção da honra, intimidade, vida privada e imagem – art. 5, inciso X, CF –, pois o direito à informação não elimina as garantias individuais²⁶. A mesma reflexão é predicada no conflito entre a liberdade religiosa e a proteção da vida – o caso dos

²⁴ Não há um significado uniforme acerca do que se entende por positivismo jurídico ou por positivismo na filosofia jurídica, que não é óbice para a apresentação de um conceito de positivismo, valendo-se, mais uma vez da lição de Hart (1980), a partir de suas três teses positivistas do direito: a) tese da separação conceitual entre o direito e a moral (que defende que não há conexão necessária entre o direito e a moral, senão que contingente: a existência do direito é uma coisa, seu demérito e coisa distinta); b) a tese das fontes sociais (que alude o fundamento do direito decorre da prática social que vincula juízes e cidadãos e, dessas práticas advêm os testes últimos de validade do direito: obediência habitual e o mandato do soberano); c) tese da discricionariedade judicial, que argumenta em todo sistema jurídico há lacunas e indeterminação do direito e que, nesses casos difíceis, o juiz cria o direito, a partir de suas escolhas morais, axiológicas, políticas, etc.

²⁵ Afinal, princípios, como mandatos de otimização, exigem uma realização mais completa possível, em relação as possibilidades fáticas – adequação e necessidade – e jurídicas – lei da ponderação, formulada da seguinte forma: quanto mais alto seja o grau de não cumprimento de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro (Alexy, 2019).

²⁶ Nesse sentido, conferir Recurso Especial nº 1676393/SP (Brasil, 2017) e Apelação Cível nº 5002804-56 (Rio Grande do Sul, 2024).

professantes do testemunho de Jeová já analisado pelo Tribunal Constitucional espanhol (Moresco, 2010). Ora, há casos em que o equilíbrio das circunstâncias conflitantes remete a ponderação judicial, da qual, inclusive, não está infenso o precedente do sistema anglo-saxão, afinal sua aplicação reclama, no mínimo, um juízo de adequação.

A interpretação jurídica não se restringe a revelar ou a descrever um sentido previamente fixado do direito, pois também desempenha uma função criadora, notadamente ao formular a regra jurídica concreta aplicável à situação em julgamento. Com isso, deve ser reconhecido de que haverá sempre um espaço inevitável para a discricionariedade judicial, justamente porque o julgador, em determinadas hipóteses, recorre a padrões morais para fundamentar sua escolha interpretativa. Isso, porém, não significa negar a relevância estrutural das regras no sistema jurídico moderno, mas sim apenas a superação da ideia de que o direito possa ser completamente formalizado, como preconizava a ideologia da onipotência legislativa. Esse foi, aliás, o problema central do legalismo jurídico, ao sustentar que cada caso submetido ao crivo judicial estaria previamente regulado por uma norma cujo conteúdo já teria sido determinado pela autoridade legislativa.

Igualmente não se mantém, por outro lado, a postura de ceticismo absoluto em relação ao universo das regras, segundo a qual a inevitável incompletude do ordenamento justificaria transferir todo o conteúdo e sentido do direito para a interpretação judicial, relegando o texto dado pelo legislador a um papel secundário e atribuindo primazia irrestrita ao que decidem os juízes. A posição adequada situa-se entre esses os extremos do legalismo jurídico e do ceticismo radical, reconhecendo que certos casos demandam uma construção interpretativa²⁷ e argumentação jurídica²⁸ para serem resolvidos.

Por essa razão, não se acolhem as teses positivistas clássicas que defendem a separação absoluta entre direito e moral, pois o direito, na sua pretensão de correção, não pode prescindir de padrões valorativos. As versões mais recentes do positivismo já não sustentam essa cisão radical; ao contrário, admitem que os sistemas jurídicos contemporâneos incorporam critérios de moralidade como parâmetros de validade, conferindo-lhes, inclusive, estatura jurídica. Assim, embora se preserve a autonomia do direito e, com ela, a legitimidade das suas fontes sociais, sua aceitação e autoridade não derivam apenas do hábito de obediência ao legislador soberano, mas também do atendimento a padrões morais.

²⁷ Especialmente da hermenêutica filosófica, que tem a tarefa da aplicação do direito, somada a compreensão e interpretação, como a dimensão problemática da hermenêutica, atividade informada pela tradição é preconceitos (Gadamer, 2004).

²⁸ Para efeitos do presente estudo, partilha-se da teoria da argumentação jurídica, principalmente da vertente alexyana (Alexy, 2005).

É nesse sentido que o positivismo inclusivo de Hart (1994, p. 06-07) argumenta que a “regra de reconhecimento” impõe aos juízes não apenas a observância de precedentes e demais padrões jurídicos, mas também a consideração de costumes e princípios morais – ou de conteúdos de moralidade política – como critérios de validade normativa. Em situações de penumbra, portanto, o juiz, para decidir o caso concreto, é compelido a recorrer a tais princípios, sem que isso implique adesão irrestrita à tese da discricionariedade judicial²⁹. Esta última, embora tenha o mérito de reconhecer a dimensão criativa da atividade judicante e a incompletude inerente à legislação, não autoriza concluir que o julgador decide de forma puramente subjetiva, segundo suas convicções pessoais. Ao contrário, a decisão deve ser construída de maneira discursiva, racional e justificada, orientada tanto pelo dado pelo legislador, pelos precedentes e formulações da dogmática jurídica.

Releva ainda considerar que o direito possui uma dimensão valorativa externa que transcende o âmbito interno de obrigatoriedade das regras jurídicas, envolvendo uma reflexão sociológica sobre as razões pelas quais ele é reconhecido como válido e vinculante pelo corpo social. Cabe ao sistema jurídico oferecer fundamentos racionais para a ação social, de modo que não baste uma constatação descritiva da obediência cotidiana e irrefletida à lei: é imprescindível estabelecer uma relação de compromisso e integração entre direito e moral³⁰, capaz de legitimar e sustentar a autoridade normativa do ordenamento. Assim, a legitimidade do direito não repousa apenas na autoridade legislativa, mas também na capacidade de fornecer razões públicas que sustentem sua aceitação social e política.

3. O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS INTERVENÇÕES EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas de direitos fundamentais vinculam o legislador, o executivo e a jurisdição, traço característico e identificador do Estado de direito constitucional democrático. É tarefa da

²⁹ Tese criticada por Dworkin e sua teoria distintiva da adjudicação, que entende que os juízes não criam o direito (que para o autor seria antidemocrático), senão que nos casos difíceis sempre há uma resposta correta, que se orienta por um conjunto consistente de princípios, implícitos ou explícitos, existentes no ordenamento jurídico (teoria unicompreensiva do direito). Essa tarefa hercúlea, Dworkin atribui a um juiz ideal (Hércules). Sob esse aspecto, importa as observações de Hart (1994).

³⁰ Por certo que não se defende uma espécie de moralização do direito. Aliás, registra-se que o próprio positivismo jurídico se presta para um controle exigente de constitucionalidade, inclusive pela proporcionalidade. Ora, se os positivistas já admitem a existência de relação contingente entre o direito e a moral, pois os modernos sistemas positivos já incorporaram critérios materiais de validez (caso da regra de reconhecimento de Hart, que alberga princípios morais), pode-se chegar à conclusão de que o positivismo jurídico admite a correção da lei pela moral. Por isso, é – o positivismo jurídico – compatível com teorias argumentativas. Aliás, um aspecto por demais controvertido na teoria de Alexy repousa no argumento central de que a moral “corrige” o direito.

jurisdição constitucional guardar a constituição e, assim, a proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, esse arranjo institucional não está imune a tensões e conflitos, pois a antiga aspiração de submeter a política ao direito e de impor limites ao exercício do poder enfrenta obstáculos consideráveis, em grande medida decorrentes da falta de objetividade e da inerente indeterminação das normas de direitos fundamentais e das soluções constitucionais compromissárias. Um dos dilemas centrais reside justamente na difícil tarefa de traçar fronteiras claras entre a competência legislativa e a competência jurisdicional.

O pensamento jurídico do constitucionalismo contemporâneo, até mesmo em razão dos riscos de experiências históricas traumáticas sob regimes totalitários, não abre mão do controle de constitucionalidade das leis em favor das pretensões do governo de simples maiorias parlamentares (Sandel, 2023). Mas isso coloca o problema da determinação dos parâmetros constitucionais que delimitem o alcance da atuação revisora dos tribunais e, por consequência, contenham o excesso de discricionariedade concentrado nas mãos da jurisdição constitucional. É nesse cenário que se insere o teste da proporcionalidade, concebido como instrumento para aferir a legitimidade das restrições impostas a direitos fundamentais por medidas infraconstitucionais – sejam elas de origem legislativa ou judicial (Lyra, 2020). Por isso mesmo, o teste da proporcionalidade é identificado como sendo o limite dos limites.

A determinação desses limites, contudo, revela-se tarefa complexa, pois a indeterminação dos conteúdos materiais da Constituição impede que se estabeleça, de antemão, o que exatamente ela proíbe ou permite, bem como os patamares aceitáveis de restrição. Assim, por exemplo, estas questões. Da garantia constitucional do direito à vida poderia derivar, além da proteção de viver, um eventual direito de morrer – como no caso do suicídio assistido? A proteção da vida teria caráter absoluto, a ponto de afastar a recusa a transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová? Ademais, a própria Constituição abriga princípios e diretrizes potencialmente conflitantes, como a proteção à honra e a liberdade de expressão ou de informação, que com frequência entram em colisão uns com os outros nos casos concretos submetidos à jurisdição (Lopera Mesa, 2023).

Socorrer-se da proporcionalidade como estrutura discursiva para resolver as tensões entre os direitos fundamentais tem sido uma tendência do modelo constitucional contemporâneo³¹ (Klatt; Meister, 2021). No âmbito da teoria jurídica, a concepção mais articulada para enfrentar os conflitos entre princípios que estabelecem direitos fundamentais é

³¹ O modelo de constitucionalismo global é representado pelo direito constitucional alemão, isto é, uma decorrência da carga axiológica dos direitos fundamentais como princípios constitucionais que desbordam a todo o ordenamento jurídico (Webber, 2017).

a ponderação – ou proporcionalidade (Klatt; Meister, 2021) –, desenvolvida por Robert Alexy (Bernal Pulido, 2003), doutrinador que nutre a pretensão de demonstrar que a ponderação é um método racional (aritmético) de aplicação do direito (Moresco, 2003). Daí a razão pela qual os tribunais constitucionais primam em empregar o teste de proporcionalidade – ou princípio de proporcionalidade³² – para análise constitucional das intervenções promovidas em posições jurídicas fundamentais. O fundamento constitucional da proporcionalidade pode ser encontrado na noção de democracia ou do Estado de Direito (Scholler, 1999)³³ e, sobremaneira, do caráter conflitivo dos princípios jurídicos e da interpretação conforme a Constituição (Barak, 2021). Sob o escrutínio da proporcionalidade (Alexy, 2019), a intervenção em direitos fundamentais somente será válida quando: 1) persiga um fim constitucionalmente legítimo³⁴; 2) o meio escolhido seja idôneo ou adequado para alcançar o fim almejado pelo legislador; 3) seja necessária, por não existir outro meio igualmente apto ao alcance da finalidade e; 4) que a afetação de direito fundamental resulte justificada pela importância do outro interesse que persegue, ou seja, que exista proporcionalidade entre os sacrifícios e os benefícios obtidos com a intervenção (Lopera Mesa, 2023). Abreviando, a proporcionalidade sedimenta-se como metodologia argumentativa dotada da funcionalidade de determinar o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais em casos controversos ou difíceis, isto é, a elaboração das normas de direito fundamental. Pelo teste, é possível verificar se a finalidade declarada na medida estatal é ou não vedada pela Constituição. Além disso, se a medida eleita contribui ou não à efetivação do fim, não se apresentando indiferente ou contraproducente. Também não deve haver meios menos invasivos – igualmente eficientes – para se atingir a finalidade declarada. Derradeiramente, naquilo que se convencionou como o escrutínio da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se que o bem ao qual se empresta proteção suplante os sacrifícios a que se submete a outro interesse (Lopera Mesa, 2023). Concluindo, a proporcionalidade legitima-se como estrutura argumentativa vocacionada para resolver a colisão de direitos fundamentais, que, não raro, possuem caráter normativo de princípios (Lopera Mesa, 2023).

³² Não há consenso dogmático quanto à natureza jurídica da proporcionalidade. Costuma ser definida com princípio – de forma majoritária – ou como regra – tese de Virgílio Afonso da Silva (2011) – ou cânone interpretativo – posição de Humberto Ávila (2019). No entanto, para os propósitos do estudo, adota-se a ideia de teste de proporcionalidade.

³³ Na lição de Scholler (1999), a sede material do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de direito, o qual, na condição de um princípio constitucional fundamental, vincula o legislador, na medida em que serve de fundamento para o princípio da reserva de lei proporcional.

³⁴ Em última análise, significa que o fim (bem ou valor) deve ser relevante, ou seja, deve possuir amparo na Constituição. Nesse sentido, inclusive, a versão débil dos direitos fundamentais como trunfos – ou a ideia dos direitos fundamentais como trunfos no interior do princípio da proporcionalidade (Klatt; Meister, 2021).

A incidência do teste da proporcionalidade no controle da atividade do legislador ou julgador requer, em primeira mão, que se demarque o âmbito normativo protegido pela norma. Devem ser definidos quais são os direitos fundamentais afetados ou limitados pela medida interventiva. Também que se demonstrem as posições jurídicas fundamentais afetadas e, ainda, a interferência em direitos fundamentais. Em segundo lugar, deve ser positivada a legitimidade constitucional do fim perseguido (Martins, 2022).

Ultrapassadas as etapas preliminares, ingressa-se na análise das etapas que compõem o teste de proporcionalidade. No âmbito da verificação da adequação, exige-se a demonstração de que a medida adotada, seja de natureza legislativa ou administrativa, revela aptidão objetiva para promover a finalidade normativa declarada. Trata-se de aferir a existência de um nexo de causalidade positiva entre a providência estabelecida pelo legislador e a produção de um determinado “estado de coisas” cuja melhoria ou concretização se busca alcançar. A análise da idoneidade requer comprovação de que a medida fomenta a realização do objetivo legítimo que lhe serve de fundamento.

Além disso, o componente do fim adequado possui uma carga axiológica, pois reflete a noção de que nem todo fim justifica uma restrição a direito fundamental. De dizer, os fins devem derivar dos valores em que se funda a sociedade – fundamento constitucional (Barak, 2021). Satisfeita essa parcial, a argumentação prossegue com o exame da *necessidade*, conhecida como o requisito dos “meios menos restritivos” (Barak, 2021, p. 351). De acordo com esse teste, o legislador deve escolher, dentre todos os meios que possam promover o propósito da medida restritiva, aquele que menor restringe direito humano fundamental. Estabelece-se a comparação entre o fim da medida legislativa elencada e da ausência (hipotética) de outro meio legislativo que seja menos danoso ao direito em questão (igualmente eficazes à promoção do fim da lei). Se houver alternativa menos restritiva capaz de alcançar o fim da medida, então não há necessidade desta. Portanto, o teste somente tem lugar quando o cumprimento do fim for possível de ser realizado por outros meios racionais alternativos (Barak, 2021), desde a perspectiva das posições jurídicas fundamentais do objeto de intervenção. Afirmadas positivamente ditas parciais, a medida restritiva é submetida ao escrutínio da *proporcionalidade em sentido estrito*, para a qual deve existir uma relação proporcional entre os benefícios que se obtêm com o cumprimento do fim e a vulneração causada a direito fundamental com a obtenção de tal fim. A parcial requer ponderação dos benefícios obtidos pelo público e a vulneração provocada em direitos fundamentais com o uso dos meios selecionados pela lei para obtenção do fim adequado, que pode ser aplicado às restrições fundamentadas em regras e/ou princípios (Barak, 2021), permitindo que se pondere

entre a intensidade da restrição imposta a direitos fundamentais e os possíveis benefícios utilitários obtidos com a medida interventiva. Nesse âmbito, interdita-se o excesso ou defesa ausente/insuficiente a posições jurídicas fundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy identifica a proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação, ferramenta metodológica que se destina à solução dos casos de colisão entre princípios e se acha estruturada em três etapas: (a) o grau de afetação e de satisfação de cada princípio em virtude da intervenção; (b) o peso abstrato ou a relevância material dos bens jurídicos que esses princípios protegem; e (c) o grau de segurança epistêmica das premissas empíricas que amparam os argumentos favoráveis ou contrários à medida restritiva.

No que tange à primeira variável – grau de afetação –, procede-se à mensuração da intensidade e da duração com que a intervenção incide sobre as posições jurídicas fundamentais, classificando-a tipicamente nos patamares de leve, moderada ou grave restrição. A segunda variável – peso abstrato dos princípios – parte do postulado de igualdade formal entre os princípios constitucionais de conteúdo material, reconhecendo, contudo, que sua importância relativa se modifica em função das particularidades fáticas do caso concreto e do horizonte argumentativo assumido pelos partícipes do discurso constitucional.

A atribuição de peso, na terceira etapa da ponderação, obedece a critérios normativos e axiológicos que funcionam como parâmetros de racionalidade da decisão, entre os quais destacam-se: (1) a posição hierárquica ocupada pelos princípios em disputa no sistema constitucional; (2) a precedência, em regra, dos princípios que consagram direitos individuais sobre aqueles que tutelam bens coletivos e, destes, sobre os orientados à proteção das instituições estatais; (3) a proteção reforçada que a Constituição outorga aos procedimentos legislativos voltados à revisão ou supressão de direitos fundamentais; (4) a vinculação da posição jurídica afetada aos valores estruturantes do princípio democrático e da dignidade da pessoa humana; e (5) a autoridade dos precedentes jurisprudenciais e das construções doutrinárias que tenham estabelecido prioridades condicionadas entre princípios em conflitos similares³⁵.

³⁵ Nesse aspecto, de vital importância a lição de Bulygin (2005), quando ressalta que na decisão judicial ou resolução do caso concreto (disposição ou mandato), os juízes, a bem da verdade, criam regras gerais e não normas individuais. A razão é singela: as normas individuais não atendem o critério fundamental da generalidade, pois somente obrigam as partes. Assim, as regras gerais nada mais são que a base normativa dos denominados casos atípicos, isto é, casos em que não há regras, ou, ainda, nas hipóteses de antinomias e da existência de mais de uma solução possível. Dessa forma, normas gerais são encontradas nas razões de decidir, ou seja, da definição dos conceitos normativos e demais definições jurídicas. Ora, como os princípios são indeterminados, é necessário que se defina o seu conceito e se estabeleça a referência ao caso concreto e, no que relevante, que se afirme uma relação de precedência para determinados conflitos principiológicos. Certamente que as razões de decidir não são

Nesse aspecto, a teoria dos princípios confere à ponderação esquema de “peso abstrato” de direitos importantes – o que não se confunde com prioridade absoluta e/ou versão forte dos direitos fundamentais como trunfos de Dworkin (2017) –, permitindo, no interior da proporcionalidade – na fórmula de peso –, um “*trumping*” entre princípios com pesos abstratos diferenciados (Klatt; Meister, 2021). Aliás, na versão débil dos princípios como trunfos (acolhida), não há óbice para que princípios tidos como absolutos submetam-se à ponderação, fato que pode ser exemplificado com o direito à vida, que não obstante possua prioridade quase que absoluta, pode ceder no confronto com a dignidade da pessoa humana – que possui peso abstrato extremamente relevante (Klatt; Meister, 2021). Por esse motivo, na argumentação jurídica da proporcionalidade há uma estreita vinculação do intérprete às decisões já tomadas pelo legislador e pelos tribunais³⁶. Logo, se a lei, o precedente ou a dogmática estabelecem claramente a decisão para o caso concreto – e sem reparos sérios no aspecto da correção material –, o caso se decidirá pelo argumento da autoridade ou pela subsunção (Alexy, 2016)³⁷. Agora, se o caso envolver colisão de princípios, é possível que haja, inclusive, prioridade abstrata de um princípio em detrimento de outro (caso da vedação da tortura *versus* segurança coletiva). Na terceira variável – da relevância da qualidade epistêmica das informações que dão base argumentativa a favor e contra a intervenção legislativa –, estabelece-se a orientação de que, quando se tratar de intervenções severas em direitos fundamentais, as informações devem ser seguras e robustas.

Com a observância da dogmática jurídica da proporcionalidade, aufere-se maior racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais, em especial àquelas que não são passíveis de serem resolvidas pela subsunção.

obrigatórias; todavia tais normas gerais podem adquirir vigência e integrar a ordem jurídica (sendo vinculativos: precedentes). Por isso, a importância do cuidado argumentativo e precisão na definição dos conceitos, além do respeito à redundância, condições da racionalidade do direito.

³⁶ Nesse particular, a tese da “ponderação definicional” de Moresco (2003) é atraente, porque limita a ponderação abstrata de Alexy (“*ad-hoc*” ou sempre referida a um caso individual), pois Moresco trabalha com o “peso abstrato” dos princípios de forma independente das circunstâncias fáticas do caso. Com isso, há maior previsibilidade à ponderação judicial. Com efeito, partindo-se do “universo do discurso” (Alchourrón; Bulygin, 1971) ou problema normativo, é possível selecionar, *prima facie*, os princípios que regem ação no caso individual, além de apresentar os casos paradigmáticos já decididos pelo judiciário e as possíveis reconstruções normativas que devem ser “subsumidas” ao caso individual (p. e., liberdade de imprensa *versus* direito a intimidade/honra; afinal soa consensual que informações verídicas e de relevância pública possuem uma preferência condicionada com relação a proteção a honra; liberdade religiosa – testemunhas de Jeová – *versus* proteção à vida).

³⁷ No dizer do autor (Alexy, 2016), somente quando a lei, o precedente e a dogmática não apresentam resposta a uma questão jurídica é que são necessárias valorações adicionais que não podem ser extraídas do material autorizativo ou institucional já estabelecido. Assim, só há ponderação no caso especial. Aliás, como já sinalizado em outro escrito: nas hipóteses em que não há colisão de princípios, não se pondera; ao contrário, aplica-se a lógica formal subsunção (Alexy, 2003). Reputa-se questionável a crítica no sentido de que a ponderação consagra a discricionariedade judicial, pois a jurisprudência e dogmática constitucional já consagram preferência condicionada para alguns princípios, ou não?

A ponderação não exclui a margem de discricionariedade, sobretudo no momento em que se atribui primazia a um princípio em detrimento de outro. Ainda assim, o espaço decisório residual deixado ao julgador é menos amplo do que frequentemente se supõe. Isso porque a determinação da primazia – sempre relativa – entre princípios é orientada por critérios previamente estabelecidos, notadamente aqueles consolidados na jurisprudência dos tribunais e na elaboração sistemática da dogmática jurídica.

Por esse motivo, valoram-se como injustificadas as críticas endereçadas à ponderação, especialmente no sentido de que teria forjado o surgimento da “indústria de princípios”, estabelecida ao redor do núcleo de seguidores de Alexy (Poscher, 2016). Também é desmedida a denominada “objeção institucional” (Alexy, 2019, p. 265-280), que, ao explicitar a natural tensão entre a democracia e o sistema de direitos no âmbito dos estados constitucionais, alude que a proporcionalidade – a qual extremou a relação conflitiva – deu forma ao modelo da Constituição-total, que, ao conferir extraordinário poder de revisão ao tribunal constitucional, usurpa a competência do legislador democrático³⁸. Ora, a objeção institucional desconsidera o fato de que a dimensão autorizativa do legislador (segurança jurídica) compõe o teste da proporcionalidade pelo instituto dos princípios formais³⁹.

Corresponde aos princípios formais, em resumidas palavras, nos limites do estudo, fundamentar a validade formal das normas jurídicas, porque elas são produtos de procedimentos legislativos anteriores (Alexy, 2019). Nesse afã, os princípios formais preservam as margens de liberdade ponderativa e decisória do legislador⁴⁰ e, no relevante, contêm exigências de se tratar determinadas decisões normativas como vinculantes, a despeito da questão da correção material e/ou conteúdo (Sieckmann, 2022)⁴¹. Portanto, os princípios formais exigem que a autoridade de normas devidamente produzidas e socialmente eficazes seja levada a sério. O

³⁸ No entanto, Alexy (2008) adota justamente o modelo da Constituição-marco, tese destacada por ele destacado a fim de responder a crítica no sentido de que a sua teoria dos princípios e a ponderação conduziram a consolidação de uma ideia de Constituição material (total).

³⁹ Para Alexy (2022), os princípios formais são princípios – comandos de otimização, ou normas que exigem que algo seja implementado de maneira ótima. Assim, a diferença entre princípios materiais e princípios formais repousa ao objeto da otimização, porque enquanto os princípios materiais pretendem dar máxima efetividade possível aos direitos fundamentais propriamente ditos, os princípios formais prestam-se a ponderar as decisões jurídicas (independentemente de seu conteúdo) e a autoridade legislativa.

⁴⁰ Atienza e Ruiz Manero (2001) concebem princípios formais como princípios institucionais, isto é, como nova categoria de normas, que levam em consideração o aspecto sociológico do direito (sua aceitação) e o caráter autorizativo da produção legislativa das normas. As normas, segundo os autores, dividem-se em regras (razões operativas de caráter peremptório ou protegido); os princípios (razões não peremptórias, razões de correção, que devem ser balanceadas com outras razões (ou princípios em sentido estrito) e princípios-diretrizes (pautas que incorporam razões finalistas, tais como direitos econômicos e sociais).

⁴¹ Para Sieckmann (2022), há várias definições de princípios formais, dentre as quais: a) de tornar vinculantes os resultados dos processos de criação ou conhecimento das normas; b) de conferir primazia a primeira decisão tomada (do legislador), que deve ser vinculante para outros órgãos; c) de estabelecer o caráter vinculante das normas ou decisões normativas independentemente de sua correção material (a competência decisória).

caso ilustrativo dos princípios formais é o princípio da democracia, o qual confere ao legislador democrático a primazia para tomar as decisões que são importantes para a sociedade como um todo e, por esse motivo que sejam observadas na maior medida do possível, não só em deferência a autoridade, mas sobretudo pelo escopo de uma autoridade jurídica (Wang, 2022). Limita-se o alcance da discussão sobre a validade moral das normas em respeito às competências decisórias do legislador democraticamente legitimado, desde que, é claro, compatíveis com as exigências da Constituição (Sieckmann, 2022).

Para cumprir tal função, eles – os princípios formais – conferem um “corredor”, ou “margem de liberdade”, isto é, discricionariedade estrutural para definir objetivos e meios (objeto dos testes da adequação e necessidade), sendo que somente os meios abertamente inadequados ou não necessários podem ser declarados inconstitucionais (Bernal Pulido, 2013, p. 129). Corresponde, pois, ao legislador, a discricionariedade para sopesar sempre que houver um impasse entre princípios colidentes. Para além, os princípios formais conferem ao legislador discricionariedade substancial (que corresponde àquilo que a Constituição deixa livre ao legislador dispor, isto é, tudo aquilo que a Constituição não proíbe ou ordena) e epistêmica (quando o conhecimento daquilo que é proibido ou ordenado por normas constitucionais é incerto). Esta, a discricionariedade epistêmica, divide-se em: a) empírica, a qual autoriza o legislador a adotar medidas legislativas com base em premissas incertas e inconclusas – bastando que sejam defensáveis e/ou plausíveis ou não evidentemente falsas – (Alexy, 2022), que pode ser ilustrada no caso de estabelecer os perigos associados ao uso da *cannabis*⁴², porque entre as possibilidades de liberação do uso e manter a punição para a proteção da saúde, na ausência de estudos científicos conclusivos, concedeu-se ao legislador a prerrogativa de decidir qual a política que deve ser adotada e a intervenção em direitos fundamentais com base em premissas incertas (Alexy, 2019). No âmbito da discricionariedade epistêmica normativa, a incerteza refere-se a premissas normativas, pois a compreensão do conteúdo demandado pelos direitos fundamentais é incerta, havendo dois ou mais pontos de vista defensáveis na interpretação da Constituição (ou do caráter indeterminado da Constituição). Assim, havendo concepções jurídicas ou constitucionais concorrentes – sem avaliação inequívoca –, deve ser preservada a margem discricionária ou interpretação ponderativa do legislador (Sieckmann, 2022)⁴³. Tal discricionariedade pode ser exemplificada na criminalização do aborto (em sentido

⁴² De acordo com o caso BVerfGE 90, 145 (Bundesverfassungsgericht, 2023).

⁴³ Esse é o típico caso de aplicação de princípios formais e/ou de se atribuir ao judiciário ou ao órgão controlado (legislador), pois se trata de uma ponderação sobre competências. Ora, se não há avaliação inequívoca do caso jurídico, que prevalece a ponderação do legislador. Afinal, é correto afirmar que as regulações legislativas também devem ser consideradas como expressão de juízos de ponderação constitucionais (Sieckmann, 2022).

amplo), pois, além de envolver princípios materiais concorrentes, a autonomia da gestante e proteção da vida do nascituro, abarca o princípio da democracia⁴⁴.

Em conclusão, os princípios formais acomodam o elemento da autoridade democrática no interior da proporcionalidade e, com isso, configuram verdadeiramente uma teoria da discricionariedade do legislador. Nela, preservam-se o aspecto institucional e democrático do direito e minimizam-se os riscos da teoria dos direitos fundamentais converte-se numa constitucionalização excessiva do ordenamento jurídico (a “hiperconstitucionalização” do direito); ou da possibilidade de a teoria dos princípios convolar-se em uma teoria moral da interpretação jurídica: a transição do Estado legislativo ao Estado de interpretação constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. As hipóteses de maior complexidade na aplicação do direito, especialmente aquelas que requerem a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e naqueles em que há antinomias normativas, ausência de regras ou colisão de princípios, normalmente identificados como casos difíceis, evidenciam exatamente o traço da textura aberta do ordenamento jurídico. Nesses contextos, situados naquilo que Hart denominou zona de penumbra, inexistente regra específica capaz de regular de modo direto a hipótese em exame. A partir dessa indeterminação, a atuação jurisdicional não deve escapar da interpretação e aplicação criativa do direito assentada em fundamentação conforme as exigências de justificação da argumentação racional. Quando o caso concreto se insere no núcleo de certeza da norma, dentro da moldura textual da regra, e não há incompatibilidade com a Constituição, prevalece a autoridade normativa da regra, sendo o conflito solucionado pela operação clássica da subsunção. Mesmo assim, cabe ao intérprete e aplicador do direito justificar racionalmente a escolha das premissas.

⁴⁴ Questão controversa e que vai além do escopo deste trabalho é estabelecer a forma pela qual se revela possível a ponderação dos princípios formais, bem como se é possível ponderar um princípio material com um princípio formal e vice-versa. Borowski (2022) defende a teoria da “aglutinação” e, pois, a tese no sentido de que os princípios materiais podem ser ponderados em conjunto com os princípios formais. Alexy (2022), por sua vez, alude da existência de dois níveis de ponderação em um modelo epistêmico. Na ponderação de primeira ordem entra a fórmula de peso e os princípios materiais. Já na ponderação de segunda ordem, a discricionariedade epistêmica, pois os direitos fundamentais exigem não somente otimização material, senão que também epistêmica. Sieckmann (2022) defende os princípios formais são derivados dos princípios materiais e, por isso, os princípios formais não existem sozinhos, senão que derivam dos princípios materiais. Nesse sentido, os princípios formais são concorrentes, pois as competências decorrem dos princípios materiais em discussão e, sob esse aspecto, orientam a ponderação sobre as competências (legislador *versus* judiciário).

2. Nas zonas de abertura do direito, a proporcionalidade possui estrutura discursiva para resolver as tensões entre os direitos fundamentais, seguindo o modelo constitucional global. A sua função primordial é exercer controle de constitucionalidade de leis, atos normativos e administrativos que intervêm em posições jurídicas fundamentais. Trata-se de metodologia fundada em cálculos aritméticos expressos na fórmula de peso – a técnica da ponderação de princípios concorrentes.

3. A proporcionalidade como doutrina jurídica é metodologia composta por passos racionais (ou testes) e destina-se à resolução da colisão de princípios, que estabelecem cargas probatórias e discursivas necessárias para a intervenção em direitos fundamentais. Urge, pois, que se estabeleça no universo do discurso o âmbito de proteção da norma, com a seleção dos princípios concorrentes. Passo seguinte é submeter a medida interventiva em posições jurídicas fundamentais ao escrutínio dos testes do fim legítimo, da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Aliás, somente com a observância desses passos metodológicos é que se pode criar normas claras e justificáveis à luz de valores morais compartilhados pelo coletivo social. Do contrário, há altas margens de discricionariedade e a imposição de interesses particulares (ou uso retórico da proporcionalidade para encobrir decisões discricionárias). Ora, a aplicação do teste da proporcionalidade requer que se desenvolva uma argumentação racional e o especial cuidado argumentativo.

4. A proporcionalidade, que se presta a uma aproximação analítica de campos epistêmicos complexos e à complexidade da realidade social no interior do constitucionalismo global, não é uma “condenação” à discricionariedade judicial. Aliás, o fenômeno da discricionariedade judicial não é passível de ser eliminado dos discursos de aplicação do direito. Ora, em face da textura aberta do direito, a discricionariedade somente pode ser controlada ou limitada via um controle que se estabeleça em termos normativos e argumentativos, conferindo-se previsibilidade às decisões judiciais e, assim, segurança jurídica. Nesse particular, argumenta-se, sem que isso signifique refutação à doutrina de Alexy, que os tribunais e cortes superiores, ao formularem normas gerais à decisão do caso concreto, delimitam o universo do discurso da ponderação, porque estabelecem precedência “abstrata” de determinados princípios constitucionais. As cortes terminam por estabelecer espécie de ponderação definicional, que desonera, em termos argumentativos, a atividade do julgador e restringe os espaços discricionários. Também, a proporcionalidade não despreza o caráter autorizativo do direito e, pois, a legitimidade institucional do legislador, porque os insere no teste pela ponderação dos princípios formais, os quais possuem a função de preservar a competência institucional do

legislador, estabelecendo que, nos casos de discricionariedade substancial e epistêmica, prevalece o poder conformador dele.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALCHOURRÁN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. Nova York: Wien-Springer, 1971.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Gonzalo Villa Rosas (coord.). Lima: Palestra, 2019.

ALEXY, Robert. **La doble naturaliza del derecho**. Madrid: Trotta, 2016.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, [S.l.], n. 16, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. Posfácio. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *In*: ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Lima: Palestra, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. Tradução de Zilda H. S. da Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de E. Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Principios formais. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin (org.). **O debate sobre a teoria dos principios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 111-129, 2022.

ALPACA PÉREZ, Alfredo. **Teoría das normas e injusto penal**. Madrid: Marcial Pons, 2022.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, v. 24, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos principios**: da definição à aplicação dos principios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad**: los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra, 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. **DOXA**, [S.l.], n. 26, p. 225-238, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Janninni. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOMHOFF, Jacob: Proportionality: thinking comparatively about constitutional review and punitiveness. *In*: VOCKI, Jackson; TUSHNET, Mark. **Proporcionalidade**. New Frontiers. New challenges. London: Cambridge University Press, 2017.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colômbia: Universidad de Externado, 2003.

BOROWSKI, Martin. Os princípios formais e a fórmula de peso. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin (org.). **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 61-109, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 934258/RS**. Impetrante: Hiago Ferreira Mendes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Naiane Ribas Boeira. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 08 de agosto de 2024a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202402888259&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial REsp nº 1676393/SP**. Recorrente: Editora Abril S.A. Recorridos: Elisabeth Leonel Ferreira; Guilherme Leonel Gushiken; Artur Leonel Gushiken; Helena Leonel Gushiken. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Data de Julgamento: 07 de novembro, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/y3iTM>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43/DF**. Requerentes: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1771510913/inteiro-teor-1771510916>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.212.272 (Tema 1.069). Relator: Min. Gilmar Mendes. 25 de setembro de 2024. **Informação à sociedade**, Brasília, 25 set. 2024b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1.212.272.Testemunhadejeova769vAO.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BULYGIN, Eugenio. Creación y aplicación del derecho. *In*: ATRIA, Fernando *et al.* (coord.). **Lagunas del derecho**. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BULYGIN, Eugenio. Sentencia judicial y creación de derecho. *In*: ALCHOURRÓN, Carlos.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Federal Constitutional Court. Judicial referrals regarding the criminalisation of cannabis products inadmissible. **Bundesverfassungsgericht**, Karlsruhe, n. 65, 2023. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2023/bvg23-065.html>. Acesso em: 15 fev. 2025.

COTTA, Sergio. **Que es el derecho**. Madrid: Rialp, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes: una crítica. *In*: ALEXY, Robert (org.). **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 249-331.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A inconstitucionalidade da criminalização da assistência ao suicídio e o teste da proporcionalidade: uma perspectiva comparada de cortes constitucionais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 11, n. 2, e 267, p. 01-39, maio/ago. 2024.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. 3. ed. Tradução de Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Dom Quixote, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Celeste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e de Juan Ramón Páramo. **Sistema**, [S.l.], n. 36, maio, 1980.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho em la postmodernidad**. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **La estructura constitucional del principio de proporcionalidade**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidade y ley penal**: bases para un modelo de control de constitucionalidade de las leys penales. Lima: Palestra, 2023.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do mediating principle da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 89-129, set. 2020.

MARTINS, Leonardo. **Direitos fundamentais**: conceito permanente – novas funções. Madrid: Marcial Pons, 2022.

MORESCO, José Juan. **Alexy y la aritmética de la ponderación**. [S.l.], 2003. Disponível em: <https://studylib.es/doc/5714148/alex-y-la-aritmética-de-la-ponderación-jos-juan-moresco>. Acesso em: 10 fev. 2025.

MORESCO, José Juan. Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. **Arbor**, Madrid, p. 821-831, set./out. 2010.

MORESCO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MORESO, Josep Joan. En defensa el positivismo jurídico inclusivo. *In*: REDONDO, María Cristina; LÓPEZ, Pablo Eugenio Navarro (comp.). **La relevancia del derecho**: ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa, p. 93-116, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a mal sucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. Tradução de Eduardo Vandrê Lema Garcia. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, p. 63-96, 2016.

RAWLS, John. **Direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

RAZ, Joseph. **Entre la autoridad y la interpretación**. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 5143665-13.2022.8.21.7000/RS**. Agravante: Segredo de Justiça. Agravados: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Eduardo Uhlein. Data de Julgamento: 23 de novembro de 2022. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/acordao-n-51436651320228217000-tribunal-934134533>. Acesso em: 20 fev. 2025.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5002804-56**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Eliziana da Silveira Perez. Data de Julgamento: 01 de março de 2024.

SÁCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Fundamentos de policia criminal**: un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANDEL, Michael J. **O descontentamento da democracia**: por que razão vivemos tempos perigosos e o que temos de fazer para mudar. Tradução de António Costa Santos Lisboa: Presença, 2023.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, n. 2, p. 93-107, 1999.

SIECKMANN, Jan-R. Competências para ponderar. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 131-153, 2022.

SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Colombia: Universidad de Externado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Martins Fontes, 2023.

VOGL, Joseph. **Capital y resentimiento**: una breve teoría del presente. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2023.

WANG, Peng-Hsiang. Princípios formais como razões de segunda ordem. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, p. 259-280, 2022.

WEBBER, Grégoire. Proportionality and absolute rights. *In*: VOCKI, Jackson; TUSHNET, Mark. **Proportionality**. New Frontiers. New challenges. London: Cambridge University Press, 2017.