XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-341-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependência da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito á identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEPÇÕES TEÓRICAS E CASOS PRÁTICOS

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS TOOL FOR EFFECTIVE AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: CONCEPTS THEORY AND CASE STUDIES

Emanuela Damo [1]

Resumo

O estudo aborda o Princípio da Proporcionalidade como instrumento para efetivação e proteção dos direitos fundamentais e sua aplicação normativa. À luz da Teoria de Alexy, que considera o caráter mandamental dos princípios, recomendando sua aplicação conforme as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, discorre sobre a importância da argumentação jurídica para a solução dos conflitos. Aborda os subprincípios da Idoneidade, Necessidade e Ponderação. Discorre sobre a importância da regra da ponderação, preconizada por Alexy, para a solução de situações onde ocorra a colisão de princípios. Ilustra o uso do Princípio da Proporcionalidade, como sinônimo de Razoabilidade pelo STF.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Princípios, Princípio da proporcionalidade, Argumentação jurídica, Proporcionalidade, Razoabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The study addresses the Principle of Proportionality as an instrument for realization and protection of fundamental rights and standard application. In light of the Theory of Alexy, which considers the writ character of principles, recommending its application as the factual and legal possibilities for each case, explain the importance of the legal argument for the conflicts resolution. Addresses subprinciples of Integrity, Need and Weighting. Discusses the importance of the law of the weighting recommended by Alexy, to solve collision principles. Illustrates the use of the Principle of Proportionality as a synonym for Reasonableness by the Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Principles, Principle of proportionality, Legal argumentation, Proporcionality, Reasonableness

[1] Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada. E-mail: emanueladamo@gmail.com.

1 Introdução

Em um breve esboço introdutório, o presente estudo aborda o Princípio da Proporcionalidade como um instrumento para a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais e sua aplicação normativa, em que pese ainda se observe grande resistência quanto a sua forma de aplicação pelo ordenamento jurídico brasileiro. O método de abordagem utilizado no trabalho é o dialético e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa justifica-se em face do contexto atual, em que não se pode cobrar do ordenamento jurídico a evolução e a modificação social, ao mesmo tempo em que se faz necessário o enquadramento das normas jurídicas à realidade em que se vive, não se mostrando, portanto, viável a solução de todos os casos por uma mera subsunção.

Em razão disso, as teorias da argumentação jurídica surgem para direcionar as soluções dos conflitos levados ao Poder Judiciário, pela falta de disciplina completa e acabada das criações legislativas, procurando afastar a atuação judicial da discricionariedade exacerbada ou da arbitrariedade.

Diante da ausência de normas e a necessidade de solução dos conflitos que surgem na sociedade, Robert Alexy desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais, a qual define os princípios como mandamentos de otimização, que devem ser aplicados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. O jurista defende que quanto mais efetivo for o sopesamento das medidas a serem adotadas na construção do provimento jurisdicional, menor será o risco de incidência na discricionariedade judicial.

Nesse ponto, o artigo aborda a regra da ponderação, desenvolvida por Alexy, que preconiza ser ela capaz de solucionar a colisão de princípios, devendo o julgador ponderar e avaliar as circunstâncias, no caso concreto, para definir qual princípio deve prevalecer, por meio da máxima da proporcionalidade, que se divide em suas três máximas parciais: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação.

O artigo traz as considerações acerca de cada um dos subprincípios, acima referidos, e traz exemplos de casos práticos e recentes em que se observa o uso do princípio da proporcionalidade, utilizado muitas vezes como sinônimo do princípio da razoabilidade ou combinado com este, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, importa esclarecer que o presente artigo tem como objetivo traçar e destacar alguns aspectos relacionados ao Princípio da Proporcionalidade, como um instrumento indispensável para a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais, não sendo, de modo

algum, o propósito deste trabalho esgotar o assunto, mas sim trazer à baila algumas definições doutrinárias, jurisprudenciais e ponderações de relevo para a discussão desse tema tão abrangente.

2 Proporcionalidade: breves notas

A regra da proporcionalidade, desenvolvida a partir da década de 1950, pelo Tribunal Constitucional Alemão, foi criada como um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, para a solução de casos em que um ato estatal, devendo promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, acaba restringindo ou limitando outros direitos fundamentais. (SILVA, 2002, p. 24).

Em que pese tenha origem na Alemanha, o princípio da proporcionalidade sempre se baseou na construção jurisprudencial da razoabilidade *(reasonableness)*, tão significativa e importante nas manifestações da Suprema Corte Americana. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 164).

No Brasil, talvez também por conta dessa proximidade, diversos são os exemplos, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, em que se faz uso dos princípios como sinônimos

> Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e 5, 25, §2º e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 855-2/PR-MC**, 1993).

Segundo ensina Norbert Reich, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 2004, p. 101), de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a teoria da proporcionalidade exige "uma ponderação de interesses entre a esfera de liberdade protegida para o indivíduo, os objetivos do legislador em vista dos interesses da coletividade e os meios utilizados para isto".

Em relação ao conteúdo, importa destacar que a construção da doutrina alemã versa, precipuamente, pela necessidade de adequação entre o fim de uma norma e os meios necessários para atingi-lo; ou, ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo, quando evidente uma colisão entre direitos fundamentos. Reich explica que disto resultam importantes consequências:

> a) O legislador somente pode limitar o exercício da atividade profissional para preservar o bem estar-coletivo...;
> b) Os meios empregados pelo legislador deve ser adequados e estritamente necessários para alcançar os fins propostos...;
> c) A ponderação entre a gravidade da intervenção e a urgência dos motivos que a justificam devem ficar sempre dentro dos limites da razoabilidade. (FERREIRA FILHO, 2004, p. 101).

Não se olvida, portanto, que o princípio da proporcionalidade seja um instrumento importante e indispensável para a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, embora ainda se observe resistência quanto a sua forma de aplicação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 312), afirma

> Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.

A ponderação judicial, no caso concreto, deve-se à nítida lacuna ocorrente a partir da insuficiência de normas ou de seus significados concretos, devendo-se buscar alcançar, ao máximo possível, a racionalidade prática no momento da adequação das normas jurídicas com a realidade vivida pela sociedade da época.

Desse modo, o conflito dos princípios, ou dos direitos fundamentais, deve ser solucionado pela ponderação e, se a racionalidade das decisões judiciais depende da argumentação jurídica, "deve ser estabelecida a conexão entre argumentação e ponderação", esta última, princípio parcial (subprincípio), que está inserido no princípio da proporcionalidade em sentido amplo. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

As decisões judiciais devem, portanto, alcançar, na medida do possível, a maior racionalidade na fundamentação jurídica, e, por consequência, a devida correção na atividade de julgar.

A argumentação jurídica, propriamente dita, visa à efetiva promoção de um juízo de correção em consonância com o próprio ordenamento jurídico, já que a criação das normas jurídicas pelo Poder Legislativo não importa um sistema perfeito e completamente fechado, capaz de vislumbrar todas as hipóteses e suas respectivas soluções legais, previstas em normas jurídicas.

Assim, mostra-se plenamente justificável a existência da argumentação jurídica como elemento formador do discurso a ser construído, revelando-se como uma forma de solução prático-racional para os casos e conflitos entre direitos fundamentais que surgem no cotidiano.

3 A Análise da Argumentação Jurídica no Provimento Jurisdicional

É consabido que a mensagem legislativa não é completa e acabada, fazendo-se necessário o enquadramento das normas jurídicas à realidade da sociedade, pois, muitas vezes, se está diante de normas ultrapassadas, que se situam paradas no tempo e no espaço em que devem ser aplicadas.

Alexy (2008, p. 36) pondera que nenhum ordenamento jurídico normativo é suficiente por si só de resolver cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra, explicando serem, de fundamental importância, "[...] a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma [...]". Por isso, conclui ele, acerca da importância da análise da argumentação jurídica, como elemento de concretização dos discursos jurídicos.

A argumentação, segunda explica Barroso (2009, p. 339), "[...] é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão." Para o autor,

> Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. (BARROSO, 2009, p. 339).

Assim, as teorias da argumentação jurídica foram construídas em linhas orientadas pela análise da escolha e valoração no caso concreto, para o direcionamento das soluções dos conflitos levados ao Poder Judiciário, pela falta de disciplina completa e acabada das criações legislativas.

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (2002, p.529) possui como proposta o fornecimento de fundamentos à decisão pela precedência de determinado valor que se evidencie em choque com outros, legitimando assim, a atuação judicial.

Segundo Alexy (2011), a decisão proferida por um julgador não se constitui em uma manifestação lógica das formulações a respeito de normas jurídicas, em decorrência da vagueza da linguagem normativa, da possibilidade de conflito entre normas, bem como dos casos de lacuna e da existência de decisões *contra legem*.

Alexy (2002, p. 529-530) discorre que:

> O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja,

> àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.

Para o autor, um sopesamento é racional quando o enunciado de precedência do qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional, apresentando um método baseado no desenvolvimento de etapas que integram o princípio da proporcionalidade para extrair o enunciado de precedência racional.

Percebe-se, então, ser plenamente justificável a existência da argumentação jurídica como elemento formador do discurso jurídico a ser construído, caracterizando-se como elemento de solução prático-racional das lides que surgem no cotidiano.

Essa preocupação, portanto, deve estar presente, principalmente quando os conflitos envolverem direitos fundamentais, pois a ponderação nesses casos torna-se mais instável, pelo afastamento parcial de um dos direitos avaliados no efetivo provimento jurisdicional.

Nesse aspecto, ressalta-se a importância de a atividade jurisdicional aproximar-se do ideal de justiça, denotando-se maior aproximação, quanto maior for a atuação vinculada à racionalidade.

Isso porque quanto mais efetivo for o sopesamento das medidas a serem adotadas na construção do provimento jurisdicional, menor será o risco de incidência na discricionariedade judicial exacerbada, caracterizada pelo uso de critérios dotados de imprecisões aptas a produzir a manifestação jurisdicional arbitrária.

> Naturalmente, o equilíbrio do sistema jurídico não depende apenas de princípios e regras; é preciso também que eles funcionem e sejam manipulados pelos operadores jurídicos dentro de suas características próprias. Isto significa, portanto, que, como padrão geral, as regras não foram feiras para serem ponderadas. Com efeito, a ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estrutura do Estado Democrático de Direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente todas as conveniências e interesses envolvidos na questão, para, ao fim, definir o comportamento desejável [...]. (BARCELLOS, 2008, p. 55).

Não restam dúvidas, porém, que o sistema jurídico é composto tanto de regras quanto de princípios e que os conflitos existentes entre princípios são cada vez mais frequentes. Além

disso, os ideais e formas de justiça têm variado ao longo da história, não sendo viável ao legislador prever a solução para todas as situações sociais. Isso acarreta aos juristas a atividade de criação, por meio da argumentação, estando passível, contudo, de se recair na discricionariedade judicial extravagante.

A preocupação aumenta, sobretudo, quando os conflitos envolverem direitos fundamentais, pois a ponderação, pelo uso do princípio da proporcionalidade, deve estar dotada de maior cautela por parte do julgador, em razão do afastamento parcial de um dos direitos avaliados por ocasião do efetivo provimento jurisdicional.

4 A Solução dos *Hard Cases*: colisão entre princípios de direitos fundamentais

Para renomados positivistas, como Hans Kelsen e Herbert Hart, o método da subsunção seria suficiente para a solução dos *hard cases* envolvendo direitos fundamentais, de modo que não havendo no sistema normativo a resposta racional pronta e acabada para resolvê-los, a solução ficaria a cargo da discricionariedade do julgador, que não fica vinculado aos princípios.

Dwokin (2002, p. 126), por outro lado, faz acirrada crítica ao positivismo e destaca o papel dos princípios no direito como valor normativo, considerando sua importância no sistema jurídico para controlar as decisões nos *hard cases,* afirmando que "O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente".

De todo modo, Dworkin (2002, p. 50) assevera que no caso de colisões existentes entre princípios é preciso analisar o argumento que direciona a uma decisão particular, visualizando-os como padrões de orientação da justiça e de equidade, aplicados diferentemente aos casos concretos, explicando que os princípios assumem forma vinculante, como diretrizes para um direcionamento ideal, ainda que não prevejam situações concretas.

Para ele, "a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica", concebendo aos princípios valor normativo e derrubando as teorias positivistas que colocavam os princípios em um segundo plano, como Hans Kelsen. (DWORKIN, 2002, p. 5).

Robert Alexy (2011, p. 93), por sua vez, explica que enquanto os conflitos entre regras podem ser solucionados a partir da visualização da validade, excluindo-se, para tanto, a norma reputada como inválida, ou, então, simplesmente excluindo-a do ordenamento jurídico; os princípios, em contrapartida, possuem uma dimensão de peso e contrapeso e, no caso de colisão entre princípios, indaga-se somente o problema do peso e não da validade.

Segundo Dworkin (2002, p. 42), a tese da separação entre princípios e regras ocorre pelo critério qualitativo. Para ele, no caso prático, analisa-se qual princípio deverá prevalecer sobre o outro diante de certas circunstâncias, devendo-se adotar uma regra para a solução dos casos futuros de colisão de princípios, que poderá ser aplicada da mesma maneira, caso as condições que formalizaram os conflitos anteriores se repitam.

Na Teoria de Alexy, que parte do critério qualitativo de Dworkin, os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Alexy aprofundou a teoria, principalmente ao dispor acerca da existência de graus de aplicação dos princípios, verificando-se, pois, as possibilidades normativas e fáticas.

Para o autor, "Princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]". (ALEXY, 2004, p. 162).

Nesse ponto é que se extrai a ideia de colisão entre princípios de direitos fundamentais, analisando-se o caso concreto para que, por meio da proporcionalidade e da ponderação entre os princípios, um cederá espaço para outro diante da atribuição de um peso maior ao princípio que deva prevalecer como ensina Alexy. A ponderação, portanto, equilibra os entendimentos acerca dos sentidos e cargas axiológicas, determinando graus de dimensões valorativas para a solução das colisões entre princípios.

Pontua Cademartori (2008, p. 124) que o princípio da proporcionalidade, com a Constituição da Alemanha em 1949, passou a ser reconhecido na esfera jurídico-constitucional como parâmetro vinculante de toda a atividade legislativa.

Para a jurisprudência constitucional alemã a máxima da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito para a solução de colisão de princípios constitucionais com o objetivo de orientar o intérprete e o aplicador do direito na busca de um resultado racionalmente justificado.

Ensina Cademartori (2008, p. 124) que a jurisprudência alemã difundiu a submissão dos atos do Poder Público aos elementos da proporcionalidade, ou seja, desenvolvendo o conteúdo da ideia nos requisitos intrínsecos: adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

A inspiração da técnica da ponderação, portanto, consiste em técnica de decisão judicial diante de casos essencialmente difíceis, principalmente em discussões acerca do

princípio da proporcionalidade e do conteúdo múltiplo dos direitos fundamentais, como explica Ana Paula de Barcellos (2008, p. 55):

> [...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hardcases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

Na doutrina brasileira, contudo, o termo mais usual é da proporcionalidade ligada ao conceito de princípio, sendo controversa a sua utilização quando se adota o conceito de norma jurídica, regras e princípios, como ensina Robert Alexy através de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

5 A Máxima da Proporcionalidade e a Teoria dos Direitos Fundamentais

Como visto, para Alexy, o termo princípio, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de princípio na distinção entre regras e princípios.

Alexy (2002, p. 111) classifica a ideia da proporcionalidade como máxima, sendo que o princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios e vice-versa, explicando que "entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não pode ser mais estreita: o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade e esta implica aquela".

O princípio da proporcionalidade está enraizado no Estado de Direito Democrático Constitucional e constitui a essência dos direitos fundamentais. Ele tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. (ALEXY, 2002, p. 112).

Alexy (2002, p. 113) propõe a lei da ponderação para resolver a colisão de princípios, devendo o julgador ponderar em cada caso, avaliando as circunstâncias dentro do caso concreto, qual princípio deve prevalecer. Cada princípio tem um peso, mas o critério para avaliar é a máxima da proporcionalidade, que se divide em suas três máximas parciais: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2005, p.98), para a ponderação da colisão dos princípios ou direitos fundamentais, mediante o uso da proporcionalidade, faz-se necessário que se satisfaça uma ordem pré-definida e subsidiária do emprego das máximas parciais, ou seja "a análise de adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito".

Para Alexy (2002, p. 112), os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, a máxima da proporcionalidade decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização, logo a proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação diz respeito às possibilidades jurídicas (que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em colisão) e os estágios da idoneidade ou adequação e da necessidade ao aspecto fático.

Prega a doutrina alemã defendida por Robert Alexy (2002, p. 111-112), que a proporcionalidade seria composta por três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequada seria a medida capaz de fomentar e não necessariamente atingir determinado fim; necessária, aquela que, colocada ao lado de outras tão eficazes quanto, atingisse ou menos restringisse o direito fundamental violado; e proporcional em sentido restrito, a medida que promovesse a realização de um direito fundamental mais importante que aquele com ele colide, subprincípios que serão trabalhados nos capítulos seguintes.

5.1 Princípio Parcial da Idoneidade

O Princípio Parcial da Idoneidade ou Adequação, conforme esclarece Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 241), realiza o exame da causalidade empírica entre a medida e o fim, questionando se a medida que está intervindo em um determinado direito fundamental justifica a realização de outro direito fundamental.

Nesse caso, se a medida de intervenção não promover a realização do outro direito, então ela não estará justificada, devendo ser a medida idônea/adequada para alcançar o fim que outro princípio fundamental exige.

Sendo assim, a medida deve ser idônea ou adequada para justificar a intervenção, pois, se intervenção afetar negativamente o princípio, então a medida estará proibida, já que o fim somente será legítimo quando não está proibido explícita ou implicitamente pela Constituição.

O autor explica que, quando há intervenção legislativa em um direito fundamental deve-se analisar o fim mediato e o fim imediato da normalização infraconstitucional.

(GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). O fim mediato é aquele exigido por outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido, enquanto o fim imediato é aquilo (estado de coisas) que se pretende alcançar.

Esclarece o autor, que a idoneidade ou não de uma medida estatal deve ser aferida com base no conjunto de premissas empíricas (conhecimentos científicos e convicções sociais), atendendo, por isso, às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade, conclui o autor, é empírico, porque as premissas devem estar baseadas nas regras de experiência. Cita, como exemplo, a intervenção na atividade econômica pela obrigação de as indústrias de cigarro colocarem advertências quanto aos riscos de fumar, pois, com isso, o consumo de cigarro pode ser menor e menos pessoas serão atingidas pelas consequências negativas à saúde. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 242-243).

A medida estatal, segundo ele, não será proibida e, portanto, será idônea, se houver uma relação positiva entre a medida e o fim. Assim, quanto maior a eficácia, a rapidez, a segurança de uma medida para se atingir o fim, mais idônea ela será, sendo a relação também inversamente proporcional. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 242-243).

5.2 Princípio Parcial da Necessidade

Este subprincípio reza que, em havendo duas ou mais medidas igualmente idôneas para realização do fim de um direito fundamental ou de um bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervenha no outro direito fundamental. (GAVIÃO FILHO, 2011).

Alexy (2002, p. 113-114) exemplifica colocando em colisão 2 princípios e 2 sujeitos jurídicos (Estado e cidadão). O Estado fundamenta o fim F com o princípio P^1 e o fim F é idêntico a P^1. Existem pelo menos duas medidas (M^1 e M^2) que são igualmente idôneas para se alcançar o fim (F). Ocorre que M^2 afeta menos intensamente que M^1 ou não afeta em absolutamente nada a realização daquilo que exige uma norma de direito fundamental com caráter de princípio P^2. Para P^1 é indiferente que se eleja M^1 ou M^2. Para P^2, porém, se exige uma otimização tanto no que diz respeito às possibilidades fáticas quanto jurídicas. Quanto às possibilidades fáticas, P^2 pode ser realizado em uma medida maior caso se eleja M^2 e não M^1. Assim, do ponto de vista das possibilidades fáticas M^1 está proibido e M^2 está permitido.

Mas, quando entram em jogo mais de dois princípios, o princípio parcial da necessidade se mostra limitado, insuficiente; o mesmo ocorre quando estão em jogo direitos fundamentais de diversos titulares distintos. Isso significa, conforme explica o Gavião Filho

(2011, p. 244), que o exame do princípio da necessidade exige que se verifique: a) a Idoneidade equivalente ou maior das medidas alternativas para promoção do fim imediato (o que se pretende alcançar); b) escolha da medida com menor intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

O autor assevera que na investigação do princípio parcial da necessidade não se pode exigir do tomador da medida que anteveja todas as medidas alternativas. Assim, é como se houvesse uma blindagem de proteção e imunização contra o futuro surgimento de medidas alternativas produzidas em face da evolução social e científica. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 248).

Portanto uma medida judicial, legislativa ou administrativa irá satisfazer o princípio parcial da necessidade mesmo que depois surjam medidas alternativas com menor grau de intervenção/menos restritivas das posições jurídicas fundamentais *prima facie* ou dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 248).

Quanto mais intensa for a intervenção da medida estatal no direito fundamental, maior deve ser o controle jurisdicional e melhores argumentos deverão ser apresentados; quanto menos intensa a intervenção, menor será o controle e, portanto, maior o espaço de conformação do legislador. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 248).

5.3 Princípio Parcial da Proporcionalidade em Sentido Restrito: ponderação

O terceiro passo é a análise da proporcionalidade em sentido estrito, como afirma Alexy (2011, p. 120) “mandamento de sopesamento propriamente dito” Nem sempre se chega a esta fase, constitui-se, na verdade, numa análise jurídica.

Está relacionado com o cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas. Quanto mais alto for o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro. (ALEXY, 2011, p.113).

Significa que, quanto maior o grau de intervenção em um princípio (P1) maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental (P2). A verificação dos graus deve ser realizada em 3 passos em que se deve comprovar: a) o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* no direito fundamental ou bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; b) a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental ou do

bem jurídico coletivo; c) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não do cumprimento do outro princípio, ou se a realização das posições fundamentais *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental. (ALEXY, 2007, p. 133).

O que se discute é a constitucionalidade de uma medida legislativa, em caso de o direito fundamental ganhar primazia em relação ao direito fundamental/bem coletivo que fundamenta a mesma medida, esta deverá ser declarada inconstitucional em razão da configuração de posição fundamental jurídica com validez definitiva. Se a relação de precedência condicionada for resolvida a favor do direito fundamental ou do bem coletivo que fundamenta a medida legislativa que gerou a intervenção, esta medida deve ser declarada conforme a Constituição. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 250).

A dificuldade se dá quanto à verificação dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e de importância de cumprimento de outro direito fundamental em um caso de colisão de dois direitos fundamentais. A verificação dos graus de intervenção e de importância é ainda mais complexa quando envolver colisão de um direito fundamental com um bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido e outros direitos fundamentais, explica do autor. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 250).

Nessas situações, acrescenta o autor, o grande desafio é saber se a atribuição dos graus de intervenção e de importância de realização ocorre de maneira que seja viável um controle racionalmente intersubjetivo da ponderação, e, portanto, do princípio da proporcionalidade como um todo. Afirma, outrossim, que também se discute se os juízes poderiam decidir legitimamente sobre graus de intensidade de intervenção e de importância de realização de direitos fundamentais sem comprometer os princípios formais de competência decisória do legislativo. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 250).

> As mais destacadas objeções à aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para a solução dos casos de colisões de direitos fundamentais se referem à irracionalidade da ponderação e à legitimidade da jurisdição constitucional para a aplicação da ponderação. A objeção da irracionalidade diz que a ponderação não é passível de controle intersubjetivamente racional. Argumenta-se que o recurso à ponderação autoriza que os juízes decidam com base nas suas próprias valorações e intuições morais. Sem um referencial jurídico e em nome da justiça do caso concreto os juízes se valem da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis. Com isso, perdem a generalidade e a segurança jurídica. A ponderação conduziria ao relativismo e ao decisionismo. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 250).

Nossos Tribunais, em contrapartida, não aplicam a fórmula de Alexy para análise dos casos concretos. O princípio da proporcionalidade, contudo, tem sido cada vez mais utilizado

pelos operadores do direito, quando em colisão dois ou mais direitos fundamentais, concluindo-se que a ponderação e consequentemente a intervenção ou limitação de um direito em prol de outros tem sido cada vez mais frequentes.

6 O Princípio da Proporcionalidade e sua combinação com o Princípio da Razoabilidade pelo STF

O Princípio da Proporcionalidade é consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, muitas vezes, combinado com o Princípio da Razoabilidade ou utilizado como sinônimo deste. Em recente caso, a Suprema Corte discutiu

> [...] à luz dos arts. 1º, III, 5º, I e II e 37, I e II, da Constituição da República, se o fato de um cidadão ostentar tatuagens em seu corpo, visíveis ou não, é circunstância idônea e proporcional a impedi-lo de concorrer a um cargo ou emprego público, ainda que, eventualmente, o obstáculo esteja previsto em lei. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades, já havia julgado inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público, estabelecida em leis e editais de concurso público, nos termos do artigo 37, I, da CF.

Na decisão do RE 898.450 em exame, contudo, o STF foi mais além e reafirmou, em repercussão geral, que "Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais", cujos fundamentos enveredam para a racionalidade da decisão final.

O Ministro Luiz Fux, relator do acórdão, asseverou que a criação de barreiras arbitrárias para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade e que qualquer obstáculo a acesso a cargo público deve estar relacionado unicamente ao exercício das funções.

Destacou o ministro, ainda, que a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma transgressão ou conduta atentatória aos bons costumes, pois, segundo ele, o respeito à democracia não se dá apenas na realização de eleições livres, mas também através da liberdade de expressão, desde que isso não represente ofensa direta a grupos ou princípios e valores éticos:

> Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.
> Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de

> que os obstáculos para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

Em seu voto, o ministro Fux assinalou que tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição devem ser coibidas e que um policial, por exemplo, não pode ostentar sinais corporais que signifiquem apologias ao crime ou exaltem organizações criminosas, mas não pode ter seu ingresso na corporação impedido por uma manifestação e liberdade de expressão: "[...] o tratamento diferenciado só é justificável, quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualação milita em prol da própria isonomia." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

E finaliza: "[...] evidencia-se a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, posto medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a ampare. " (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

Para o relator do acórdão "O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito" devendo-se respeitar "a não intromissão e o direito de escolha", por se tratar de espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que representa um sentido afirmativo da personalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

De uma análise do caso, parece ter sido estabelecida, aqui, uma relação de precedência entre o direito à livre manifestação em relação à intervenção Estatal no livre arbítrio e direito de escolha dos indivíduos. A Corte afirma, nas palavras do Ministro Fux, que a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em editais de concurso público denota-se inadmissível, porquanto inconstitucional, assim como qualquer restrição ofensiva aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame quando não previstas em lei formal.

Denota-se presente, também, o uso do conceito de razoabilidade pelo STF, ao fundamentar que

> A legitimidade de diferenciações jurídicas não exige propriamente uma correlação lógico-formal entre o critério de diferenciação e o tratamento díspar estabelecido, o que se quer, na verdade, é uma adequada correlação valorativa acerca da razoabilidade da medida (*substantive due processo of law*). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**, 2016).

Depreende-se que, no caso em exame, a Suprema Corte utiliza-se da proporcionalidade combinada com o princípio da razoabilidade, resgatando o sentido de igualdade da norma, consistente no tratamento igual para os iguais, desigual para os desiguais, concluindo que a lei desarrazoada desigualiza arbitrariamente os indivíduos.

Em outro caso, bastante comentado, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski suspendeu decisão do juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (RJ) para restabelecer imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403 MC/SE,** 2016).

Segundo o ministro, a suspensão do serviço aparentemente viola o preceito fundamental da liberdade de expressão e comunicação (artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal) e a legislação de regência sobre a matéria. Assim, em análise preliminar, concluiu que o poder geral de cautela do magistrado assegura a suspensão de ato aparentemente pouco razoável e proporcional, além de gerar insegurança jurídica, deixando milhões de brasileiros sem esse meio comunicação.

Aqui, verifica-se o uso das expressões "razoável e proporcional" como sinônimos para justificar os fundamentos do voto, no sentido de que a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) dispõe que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como um dos princípios a "garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal". Além disso, há expressa preocupação com a "preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede".

Nesse caso, os termos proporcionalidade e razoabilidade são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal como sinônimos extraídos do princípio do devido processo legal *substantivo* aplicado a casos concretos, como no primeiro caso, o que denota, mais uma vez, seu uso pela Corte de modo diverso daquele preconizado por Alexy.

Para Virgílio Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal muitas vezes age de maneira não consistente ao aplicar a proporcionalidade:

> A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'. [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. (SILVA, 2002, p. 31).

Como se vê, não se verifica uma única linha de raciocínio para a aplicação da proporcionalidade, como também, se apresenta mais de um fundamento para a sua validade. Não há no Brasil um conceito unívoco a respeito do que seja a proporcionalidade, nem uma diferenciação clara entre esta e a razoabilidade, afastando-se, portanto, das fórmulas apresentadas por Alexy e do conceito de Proporcionalidade, por ele utilizada, como Máxima.

De todo modo, o dever de observância a uma argumentação racional para o direcionamento das soluções dos conflitos levados ao Poder Judiciário, independente da técnica, merece ser respeitada, sobretudo, quando em jogo a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, o que ressalta a importância dos paradigmas das diversas concepções teóricas a respeito do princípio da proporcionalidade.

7 CONCLUSÃO

Além da questão terminológica ou da divisão em subprincípios, não restam dúvidas de que o princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado como importante meio de amparar e resguardar a proteção dos direitos e garantias fundamentais em face do eventual arbítrio do poder do Estado, já que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Assim, pode-se encontrar no Brasil diversos doutrinadores defendendo as mais variadas interpretações a respeito da proporcionalidade e, também, decisões judiciais aplicando o princípio num sentido muito mais conceitual e substantivo do que como uma regra como teoriza Alexy e a doutrina Alemã.

Essa controvérsia impõe que, desde o início, se tenha em mente os paradigmas das diversas concepções teóricas a respeito do tema, não se tendo aqui o intuito de criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal, mas sim fazer a análise muito mais da fundamentação e do desenvolvimento dos acórdãos, levando-se em consideração os diversos parâmetros existentes.

Mostrou-se importante a exposição do conceito de alguns teóricos sobre o assunto para que se percebam as peculiaridades de cada corrente doutrinária e para que se possa extrair dos casos práticos alguns parâmetros para se chegar a decisão final. Ressalta-se que não se pretende a defesa de uma corrente ou linha específica de entendimento a respeito do tema, muito menos criticar ou esgotar tão rico assunto.

Nesse sentido, o aprofundamento e o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica, construídas em linhas orientadas pela análise da escolha e valoração no caso concreto, para o direcionamento das soluções dos conflitos levados ao Poder Judiciário, revela-se cada vez mais importante para a aplicação e a avaliação do direito no caso concreto, especialmente naqueles casos em que se mostra evidente a colisão de direitos fundamentais.

De outra parte, embora de uma leitura das decisões ilustradas no presente trabalho seja possível, de certo modo, se reconhecer essas distinções, conclui-se que para a Suprema Corte brasileira não haveria a necessidade de uma diferenciação conceitual entre razoabilidade e proporcionalidade, porque ambas estariam abrigando os mesmos valores que devem ser observados pelos juízes para a máxima proteção e eficácia dos direitos e garantias fundamentais, como razão, justiça, adequação, senso comum, buscando, assim, afastar-se, o máximo possível, da arbitrariedade ou discricionariedade extravagante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 855-2/PR-MC**. Tribunal Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertende. Brasília, DF, 1º de janeiro de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403 MC/SE.** Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ ADPF403MC.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP**. Plenário. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898450.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.