

O EPÍLOGO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY

THE EPILOGUE OF THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN ROBERT ALEXY

*Alexandre Antônio Bruno da Silva **

*Whenny Hawlysson Araújo Silveira ***

Resumo: Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram implementados novos conceitos concernentes à Teoria do Direito por consequência de um fenômeno mundialmente conhecido como Neoconstitucionalismo. Uma destas mutações se dá por seu caráter axiológico e diz respeito à teoria dos direitos fundamentais. Robert Alexy inova seu pensamento ao afirmar que o conflito entre direitos e garantias fundamentais deve ser resolvido pelo instituto da ponderação e afirma que esse instituto não se trata de um princípio, pois a eles não se submete. Este artigo é composto de uma análise sobre essa teoria geral defendida por Alexy sobre o instituto da proporcionalidade.

Palavras-chave: Ponderação de Princípios. Robert Alexy. Filósofos do Direito. Proporcionalidade.

Abstract: With the advent of the Constitution of 1988 were implemented new concepts concerning the legal theory thus a phenomenon known worldwide as Neoconstitutionalism. One of these mutations lies in its axiological character and concerns the theory of fundamental rights. Robert Alexy innovates their thinking to say that the conflict between fundamental rights and guarantees should be resolved by the weighting Institute and states that this institute it is not a principle because they do not submit. This article is composed of a completed analysis of this general theory advocated by Alexy on the proportionality of the institute.

* Graduação em Processamento de Dados pela Universidade Federal do Ceará (1988), graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1998), mestrado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor adjunto i da Universidade Estadual do Ceará, auditor-fiscal do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, professor titular da Faculdade Farias Brito, coordenador da pós-graduação da Faculdade Christus e professor da Faculdade Christus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: relações de trabalho, acesso à justiça, direito de ação, justiça e direito.

** Acadêmico de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá (5º semestre). Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIC - Estácio - CNPQ). Áreas de interesse acadêmico: Direito Constitucional, Teoria do Estado/Ciência Política, Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Keywords: Weight of principles. Robert Alexy. Philosophers of Law. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A proporcionalidade é o elemento marcante e essencial que se destaca no contexto do fenômeno jurídico que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo. O conjunto de normas valorativas concentradas e difusas que cotidianamente entram em embates necessita de um elemento harmonizador. É nesse contexto que a proporcionalidade se mostra essencial à proteção e resolução destes confrontos.

A ideia de proporcionalidade reside em uma relação encontrada em dois direitos conflitantes onde uma medida protetiva é questionada e sua finalidade avaliada. O questionamento se dá com base no outro direito atingido e que precisa, ao máximo, ser efetivado.

Paulo Bonavides relaciona o surgimento da proporcionalidade com a modificação da ideia de Estado de Direito. Num primeiro momento, este conceito estava ligado ao positivismo (princípio da legalidade) que, posteriormente, cedeu lugar ao Princípio da Constitucionalidade, que por sua vez “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”¹.

Como os direitos fundamentais se estruturam sob a forma de princípios e estes são, para Robert Alexy, mandados de otimização, torna-se essencial o uso da proporcionalidade. Entretanto, a proporcionalidade já foi questionada, por não estar expressando ordenamento jurídico pátrio. Mesmo assim, apesar de não haver previsão Constitucional expressa, a doutrina defende que tal fato não lhe retira a imperatividade e reconheceu sua presença no Direito.

Paulo Bonavides aponta os incisos V, X, e XXV do art. 5º; os incisos IV, V e XXI do art. 7º, entre outros para comprovar a previsão Constitucional da proporcionalidade. Além disso, usa o §2º do art. 5º para justificar que a Carta Magna não exclui outros direitos fundamentais do regime e dos princípios evocados².

Nesse sentido, Alexy defende que a “máxima” da proporcionalidade é uma dedução à aceitação dos direitos fundamentais como princípios, ou seja, é uma consequência lógica incontornável³. Se por um lado os princípios são mandamentos de otimização que devem ser, ao máximo, preservados pelo intérprete, por outro lado é inevitável o uso da proporcionalidade.⁴

2 DOS ELEMENTOS QUE CONSTITUEM A PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade se subdivide nos denominados subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Faz-se necessário destacar que, para Robert Alexy, a ponderação é elemento constitutivo da proporcionalidade e corresponde à proporcionalidade em sentido estrito. Para alcançá-la, devemos percorrer em ordem o caminho dos outros elementos que constituem a proporcionalidade – adequação e necessidade.

No entanto, podemos observar uma peculiaridade na doutrina de Alexy. Enquanto para muitos doutrinadores a ponderação é um princípio, Alexy inova sua classificação. Segundo ele, a ponderação não se submete ao regime dos princípios, pois ela mesma jamais é ponderada frente a outro princípio com base em seus próprios subprincípios. Em um conflito entre princípios, onde não se sabe qual vai prevalecer em maior intensidade, a proporcionalidade operará em pleno, mas não estará sujeita à restrição por outro princípio.

No mesmo sentido, os elementos parciais deverão ser aplicados sequencialmente e todos eles deverão ser satisfeitos. Esta definição é típica das regras e é como elas que Alexy defende os elementos parciais da proporcionalidade⁵.

Inicialmente temos a adequação como uma aptidão para realizar determinado fim. Entretanto, esta definição não está em plena aceitação pelos tribunais alemães. Pelo menos não seria esta a definição evocada do Tribunal Constitucional, pois este defende que adequado é o meio que “promove”, “fomenta” o fim e não aquele que o realiza⁶. Nesse contexto, seria ilegal a finalidade que não perseguisse o fim estabelecido pelo princípio.

Por conseguinte, temos a necessidade que não é pautada apenas na realização de determinado fim, mas faz um juízo comparativo entre os direitos fundamentais colidentes. Este elemento exige que, quando o meio escolhido para determinada realização restrinja outro direito fundamental, outro meio alternativo deve ser consultado para que não o atinjam.

No entanto, se o elemento da necessidade não for suficiente para resolver os conflitos e houver lesão a determinado princípio por ambos os meios possíveis, então se usará o terceiro elemento da proporcionalidade que é a proporcionalidade em sentido estrito.

Para Alexy, este elemento corresponde ao mandado de ponderação. Através dele, verifica-se se o princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente importante para justificar a restrição no princípio oposto. Assim, será incompatível a intervenção que atinja determinado princípio em maior escala que a importância do princípio contraposto ⁷.

O objetivo da proporcionalidade na colisão entre princípios de Alexy reside na solução ótima. Decisão em que uma posição não pode ser melhorada sem que outra piore e que não há possibilidade para melhorar ambas, simultaneamente.

3 PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL

Existem limites impostos que visam a combater o esvaziamento ou supressão dos direitos e garantias fundamentais. Um desses limites é denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais, considerado por alguns doutrinadores como conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Diferentemente da Constituição Brasileira, outras constituições trazem expressamente esse núcleo. É o caso da Constituição Alemã. Os mecanismos para a proteção desse núcleo essencial encontram respaldo no que se convencionou chamar de “limite dos limites”.

Assim, o núcleo essencial dos direitos se encontra em um patamar inviolável. Mesmo que precise fomentar outro princípio, o intérprete não pode violar este núcleo, por guardar dentro dele, as mais intocáveis concepções e garantias concernentes ao ser humano ⁸.

Há muitas discussões doutrinárias sobre o tema, porém algumas delas ainda tentam entender se o objeto de proteção ao núcleo destas garantias é objetivo ou subjetivo.

A teoria objetiva afirma que a proteção ao núcleo deve se dar de forma taxativa. O texto deve ser interpretado tal qual como está na lei (regra geral e abstrata). A crítica a esta teoria encontra respaldo na ausência de margem que o intérprete tem para aplicá-la a um caso concreto. A objetividade da regra anularia qualquer interpretação possível e a aplicaria de forma direta, mesmo que outra garantia fosse totalmente violada. De modo contrário, a teoria subjetiva compreende que a proteção ao núcleo essencial compõe o direito subjetivo de cada pessoa.

Robert Alexy defende que para se ter a máxima garantia de ambos os direitos, não se deve adotar exclusivamente uma teoria⁹. Canotilho segue na mesma linha de raciocínio de Alexy ao afirmar que a opção unilateral das teorias pode trazer efeitos indesejáveis à aplicação:

A solução do problema não pode reconduzir-se a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a função dos direitos da vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjectiva desconhedora desta função, designadamente pelas consequências daí resultantes para a existência da própria comunidade, quotidianamente confrontada com a necessidade de limitação dos direitos fundamentais mesmo no seu núcleo essencial (ex: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso).¹⁰

Ainda existe outro questionamento sobre a possibilidade de relativização da proteção ao núcleo essencial. De acordo com a teoria absoluta, o núcleo jamais poderia ser restringido, mesmo antes de feita a ponderação. Uma das críticas mais pertinentes relata que a ponderação seria ilusória e, portanto não surtiria efeitos, visto que sua imutabilidade precedia a própria ponderação¹¹.

Por outro lado, a teoria relativa sugere que a proteção ao núcleo se dá somente após o processo de ponderação. Desse modo, somente com a análise do caso concreto é que conheceríamos o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. A crítica mais pertinente relata que a submissão do núcleo à ponderação poderia levá-lo a um processo de esvaziamento, tornando-o justamente naquilo que ela visa proibir.

Gomes Canotilho novamente se opõe à escolha unilateral de teorias. Para ele, submeter o núcleo ao processo de ponderação é demasiadamente perigoso. Porém, ao adotar a teoria absoluta, as liberdades e garantias individuais e coletivas seriam preteridas¹².

Para alguns autores, o núcleo essencial se confunde com a dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet afirma que o núcleo essencial não se confunde com a dignidade da pessoa humana por dois motivos. O primeiro reside no fato de que nem todos os direitos detêm conteúdo correspondente à dignidade. O segundo é que se eles tivessem se esvaziariam por si próprios¹³.

Mesmo com todas as discussões presentes, é inquestionável que não há como cumprir a ponderação sem observar os parâmetros estabelecidos na dignidade da pessoa humana.

É inaceitável, que após o procedimento da proporcionalidade, o resultado seja tão grave ao ponto de lesionar a própria dignidade da pessoa humana. Lesando a dignidade da pessoa humana, estaria lesando ao próprio direito fundamental que, por sua natureza, não pode ser lesionado.

4 CONCLUSÕES

Sem dúvidas, Robert Alexy inovou em sua teoria ao afirmar que as normas não são apenas regras e que a ponderação permite atingir a máxima eficácia de princípios sem precisar recorrer à invalidade de um deles ou mesmo atingi-lo. A importância desse método para o direito é indiscutível e certamente, uma conquista.

NOTAS

- ¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 398.
- ² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp.434-436.
- ³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 112-113.
- ⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.
- ⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112, nota 84.
- ⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo, 2002. p. 36-37.
- ⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 24. São Paulo, 2005, p. 340 e seguintes.
- ⁸ Ana Paula de Barcellos indica algumas Constituições que fazem menção expressa à proteção ao núcleo essencial. São elas: Constituição Alemã, art. 19, § 2º; Constituição Portuguesa, art. 18; Constituição Espanhola, art. 53; Declaração de Direitos da África do Sul (Bill of Rights), art. 36; Constituição do Timor Leste, art.24 e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 52. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139-140.
- ⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 287-288.

- ¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional de Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 419.
- ¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 142-144.
- ¹² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002., p. 113.
- ¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. Revista de Direito Privado, n. 24. São Paulo, 2005.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional de Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 419.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo, 2002.

