

Sobre o postulado da moda, a proporcionalidade: sua liturgia metodológica e sua irracionalidade

About the fashionable postulate of proportionality: Its methodological liturgy and its irrationality

Josué Mastrodi¹

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil
mastrosdi@puc-campinas.edu.br

Daniel Fideles Steinberg¹

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil
danielfsteinberg@gmail.com

Resumo

Em conformidade com uma nova etapa do direito constitucional, o chamado “novo constitucionalismo”, o postulado da proporcionalidade foi alçado a um princípio constitucional indireto em inúmeras cortes constitucionais europeias, asiáticas e do continente sul-americano. Por meio do presente artigo, procuramos refutar a atual concepção do princípio da proporcionalidade como suposto método de resolução de conflitos entre princípios constitucionais e de realização dos direitos fundamentais. Segundo nossa hipótese, a proporcionalidade não oferece solução para um conflito real. Na verdade, a intrincada liturgia metodológica – materializada pelas três etapas da proporcionalidade – legitima o alto grau de irracionalidade das decisões exaradas sob esse postulado. Ou seja, toda decisão, desde que siga o método proposto, deveria ser entendida como proporcional. Sob esse enfoque, entendemos que o trânsito entre as três etapas da proporcionalidade – “etapismo” – cria uma concepção formalista e *a-histórica* dos direitos fundamentais, na medida em que os reais interesses em jogo são encobertos pela espessa estrutura metodológica que fundamenta a decisão.

Palavras-chave: proporcionalidade, ponderação, metodologia, irracionalidade, direitos fundamentais.

Abstract

In accordance with a new phase of constitutional law – “new constitutionalism” – proportionality was elevated to a constitutional principle in numerous constitutional courts

¹ Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Rodovia Dom Pedro I, km 136, Parque das Universidades, 13086-900, Campinas, SP, Brasil.

in Europe, Asia and South America. This article seeks to refute the current conception of the principle of proportionality as a method of resolving conflicts between constitutional principles and of achieving the values inherent in democracy. Therefore, we argue that the supposed truth of the postulate of proportionality, which adjudicates principles through balancing, depends on a methodological liturgy whose method – embodied by the three steps of proportionality – legitimizes the high degree of irrationality of the decision made under this postulate. Under this approach, we believe that the transition between the three steps of proportionality creates a formalist and a-historical conception of fundamental rights, in so far as the real interests at stake are concealed by the thick methodological framework that underlies the decision.

Keywords: proportionality, balancing, methodology, irrationality, fundamental rights.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar os aspectos que reputamos problemáticos acerca da teoria da proporcionalidade, sobretudo em relação às suas três etapas inerentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para tanto, apresentamos, de início, a origem e o desenvolvimento históricos do princípio – ou melhor, postulado – da proporcionalidade. Analisamos, ainda, a proporcionalidade como ferramenta eficaz na realização dos direitos fundamentais, mas que, paradoxalmente, cria aporias no âmbito do “novo constitucionalismo”, na medida em que promove a delegação excessiva de poderes aos juízes constitucionais.

Não obstante, o aspecto principal do presente artigo trata do aspecto metodológico do postulado da proporcionalidade, sobretudo sob o enfoque da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Entendemos que a liturgia metodológica dessa teoria cria uma pretensa noção de racionalidade da decisão, oriunda do sopesamento de princípios constitucionais, ainda que esta decisão tenha se materializado por um grau relevante de irracionalidade e subjetividade.

Este artigo está estruturado em três partes: na primeira, fazemos uma análise histórica da proporcionalidade; em seguida, realizamos uma análise minuciosa da metodologia desse postulado; e por fim, apresentamos o conceito de “etapismo”, em estreita relação com a problemática liturgia metodológica desse postulado.

Análise histórica do princípio da proporcionalidade

A irradiação do postulado da proporcionalidade pelos inúmeros ordenamentos jurídicos dos Estados como instrumento de resolução de conflitos entre

direitos é um fenômeno particularmente novo, que se materializou de forma especialmente rápida. Segundo Cohen-Eliya e Porat (2010), trata-se de um processo residual, que se insere no âmbito da “globalização do direito constitucional” (Cohen-Eliya e Porat, 2010, p. 263).

Pretendemos, neste item, (i) apresentar a origem e o desenvolvimento histórico da proporcionalidade, distinguindo-a de outro postulado também em voga, a ponderação; (ii) mostrar que o surgimento do princípio da proporcionalidade não foi uma quimera, isto é, um epifenômeno isolado de determinada conjuntura histórica; e (iii) apontar que as diferenças entre os dois postulados foram dissolvidas nos tribunais constitucionais ao redor do mundo, ensejando o entendimento de que ambos os postulados, aparentemente, não possuem qualquer distinção prática.

Conforme demonstrado por Weinrib (2006), a proporcionalidade, nos moldes em que é utilizada hodiernamente, é um dos elementos que compõe um amplo processo de globalização do direito constitucional (paradigma do pós-guerra), ensejando a utilização de teorias similares em ordenamentos jurídicos distintos.

Preliminarmente, importante notar que, em que pesem as diferenças históricas entre a proporcionalidade e a ponderação como métodos de efetivação de direitos, atualmente eles têm sido confundidos entre si e, embora possuam distinções sutis em suas caracterizações teóricas, aparentemente tais distinções não são identificadas na prática, já que tanto um postulado quanto o outro têm sido aplicados indistintamente. No entanto, conforme aduzido por Cohen-Eliya e Porat, as diferenças históricas entre eles são abissais, gerando grande desconforto entre os referidos autores no seu entendimento de modo conjunto e indistinto.

A proporcionalidade, como método de resolução de conflitos, foi primeiramente utilizada na Alemanha, no âmbito do Direito Administrativo, sendo basilar no final do século XIX para a “introdução dos direitos individuais

em um ordenamento jurídico extremamente autoritário, que historicamente não havia materializado os direitos conforme insculpidos no texto legal” (Cohen-Eliya e Porat, 2010, p. 276). Nesse contexto, sem anunciar explicitamente a criação de um princípio jurídico novo, a Suprema Corte Administrativa Prussiana (PSAC), no período de 1882 a 1914, julgou que o excessivo poder de polícia legitimado ao Estado infringia uma série de direitos políticos e econômicos dos cidadãos, e por isso eles deveriam ser construídos de forma proporcional.

Contudo, segundo Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, a metodologia empregada pelos juízes da suprema corte administrativa da Prússia era essencialmente formal, isto é, em regra, “tais juízes se abstiveram de conduzir os casos por meio de uma análise de custo-benefício” (Cohen-Eliya e Porat, 2010, p. 274), tendendo a realizar uma análise baseada em uma relação intimamente ligada ao ordenamento jurídico positivado, ensejando meios menos abruptos para a aplicação de determinado direito. Afirmam os autores que a “tendência dos tribunais administrativos prussianos a se concentrar em uma análise formal da proporcionalidade ficou em linha com a ordem do dia, no âmbito da ciência jurídica formal alemã” (Cohen-Eliya e Porat, 2010, p. 275).

Ainda segundo os autores, o entendimento da Suprema Corte Administrativa Prussiana em evitar a mitigação dos direitos individuais estava intimamente relacionada com a neutralidade estatal, sendo norteado implicitamente por interesses liberais em difundir anseios libertários econômicos e sociais em oposição ao excessivo poder governamental.

Por outro lado, o postulado da ponderação tem origens notadamente distintas do postulado da proporcionalidade. Enquanto este último foi criado para introduzir a proteção aos direitos individuais em um sistema legal autoritário (alemão), aquele foi criado para um objetivo fundamentalmente oposto. Conforme descrito por Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, trata-se de um princípio que possui origens no âmbito do direito privado e da negação ao formalismo, cuja criação foi necessária no ordenamento jurídico norte-americano, dado que inexistiam instrumentos legais limitadores dos inúmeros direitos individuais historicamente conquistados pelos cidadãos.

Isto é, enquanto a proporcionalidade serviria à proteção dos direitos individuais, a ponderação foi originalmente criada como um instrumento para que direitos individuais já insculpidos no *Bill of Rights* fossem so-

pesados com determinados interesses públicos. A título exemplificativo, os autores transcrevem fragmentos de inúmeras decisões da Suprema Corte norte-americana, sob o período denominado *macarthista*², em que os juízes explicitamente mitigavam o direitos fundamental da liberdade de expressão dos partidos políticos com aspirações socialistas, em evidente interpretação não formal e pragmática do ordenamento jurídico norte-americano.

Ressalte-se, portanto, que, apesar de contemporaneamente estudarmos a proporcionalidade e a ponderação indistintamente, um exame detalhado das origens desses instrumentos de aplicação de direitos, posteriormente elevados a princípios constitucionais, há sensível distinção entre ambos, decorrentes do contexto histórico, do propósito e dos problemas que levaram à construção e ao desenvolvimento de cada um desses postulados.

Não obstante, esses dois métodos de solução de conflitos tenderam a convergir no Pós-II Guerra Mundial. Nesse período, segundo Weinrib (2006), irradiou-se pelas democracias liberais do pós-guerra um constitucionalismo dinâmico e estabilizador de direitos, em que certos conceitos iluministas e da *common law* se tornaram basilares. Isto é, tratava-se de um marco institucional para o Poder Judiciário, conduzindo a realização de direitos fundamentais em uma sociedade notadamente em transformação.

No entanto, a convergência de dois postulados historicamente antagônicos teve como condão a “pasteurização” dos contextos históricos em que a proporcionalidade e a ponderação foram criadas. Notadamente, este é um dos pontos fundamentais deste trabalho, pois tais postulados, pertencentes somente à teoria geral do direito e não ao próprio ordenamento jurídico em si, foram doutrinariamente declarados não mais como apenas princípios teóricos, mas como norma jurídica implícita, sendo alçados a um único princípio constitucional fundamental³, a proporcionalidade.

Segundo afirma Robert Alexy em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, a incorporação do postulado da ponderação pelo da proporcionalidade é uma ferramenta fundamental para a inclusão de um discurso moral no Direito (Alexy, 2011, p. 29). No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação desta teoria implicou a implantação implícita de elementos que remetem às origens da proporcionalidade e da ponderação, sendo notavelmente constantes a negação ao formalismo excessivo

² Movimento desencadeado nos Estados Unidos da América pelo senador republicano Joseph McCarthy após o final da II Guerra Mundial que pretendia monitorar as atividades denominadas “antiamericanas”.

³ Em *The Ultimate Rule of Law*, David Betty, citado por Tsakyrakis (2009, p. 468), chega ao ponto extremo de afirmar que a proporcionalidade é o princípio fundamental mais adequado para a resolução de conflitos, devendo ser preponderante.

e a falta de critérios racionais de decisão da Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal).

Nesse contexto, a análise minuciosa do postulado da proporcionalidade torna-se premente, pois se, por um lado, este postulado pretende a realização de um aprofundamento da realização dos direitos fundamentais dos indivíduos inseridos dentro um Estado Democrático de Direito, por outro lado, pretende ser uma teoria jurídica formal. Essas “qualidades” dialogicamente opostas são evidenciadas, no Brasil, pela tendência do Supremo Tribunal Federal em enfatizar a ponderação como a terceira etapa da teoria da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), indicando uma tendência por parte dessa corte constitucional em sopesar os princípios de uma maneira não formal, cuja marca fundamental é a ausência de critérios racionais de escolha.

No contexto brasileiro, a teoria dos princípios fundamentais de Alexy desenvolveu-se com a aplicação híbrida do postulado da ponderação (com tendências ora formais, ora de negação ao formalismo) inserido em um contexto histórico específico do país, sendo uma ferramenta importante na efetivação dos direitos fundamentais no período pós-ditatorial, realizando os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito. Isto é, mesmo que a utilização do sopesamento de princípios fosse imprescindível para a realização dos direitos fundamentais, sobretudo os inerentes à cidadania e à efetiva participação política, a ausência de critérios – pelos quais os autores/ministros poderiam justificar a preterição de determinado princípio por outro – nos revela que o postulado da ponderação só seria eficaz em situações pontuais.

No entanto, a aplicação do postulado da proporcionalidade é um fenômeno que reputamos altamente complexo, justamente por envolver diversas circunstâncias sociais mutáveis, intimamente relacionadas com o contexto político e o ordenamento jurídico de cada país. Dessa maneira, a análise da estrutura metodológica deste postulado é fundamental para verificar se, de fato, pela teoria de Alexy, é possível construir decisões efetivamente “proporcionais”, não no sentido de uma decisão proporcionar determinado fim, mas de proporcionar a melhor efetivação possível entre todos os interesses em jogo.

Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy se baseia tanto no postulado da proporcionalidade quanto na afirmação de que as normas jurídicas possuem distinção entre regras e princípios⁴. Segundo Alexy, os princípios, em tese, nunca podem ser declarados como razões definitivas, considerando que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que os princípios podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (Alexy, 2011, p. 94). E somente pela proporcionalidade seria possível, no entender de Alexy, resolver um conflito entre normas de natureza principiológica.

De acordo com Alexy, as regras devem ser aplicadas de forma peremptória (“tudo ou nada”, conforme Ronald Dworkin). Os princípios, por sua vez, caracterizam-se por serem “mandamentos de otimização”, normas que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Isto é, segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a realização deste ou daquele princípio constitucional [direito fundamental] depende necessariamente do postulado da proporcionalidade.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy tem por premissa de que a positividade dos princípios [normas] fundamentais na Constituição de determinado Estado é reflexo da cristalização de valores oriundos da própria sociedade, e por isso a denominação de direitos fundamentais e a necessidade da realização desses direitos “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁵ (Alexy, 2011, p. 90).

Sob o condão do sopesamento dos valores contidos nos direitos fundamentais, a teoria de Alexy desdobra-se nas etapas da (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Nota-se, sobretudo no contexto brasileiro, que o postulado da ponderação acaba se realizando, em grande medida, na proporcionalidade em sentido estrito⁶, cuja falta de critérios racionais para decidir os limites efetivos dos interesses “em jogo” permite o afloramento de crité-

⁴ Historicamente, a distinção entre regras e princípios foi pioneiramente concebida por Joseph Esser em seu livro *Principle and Norm in Judicial Development of Private Law*, no ano de 1956. Segundo Jakab (2009), tanto Esser quanto Dworkin foram os autores fundamentais para introduzir no pensamento jurídico a diferenciação estrutural entre regras e princípios, sobretudo sob a ótica da incompatibilidade do conceito de direitos fundamentais inserido no contexto do positivismo jurídico.

⁵ Esse conceito, desenvolvido por Alexy (2011, p. 90), será usado diversas vezes ao longo deste texto.

⁶ Isso se deve, em grande medida, à característica democrática da Constituição Federal do Brasil. Segundo alguns autores (Rubinfeld, 2004), a positividade de princípios constitucionais em Constituições escritas é bastante eficaz para promover um nível razoável de democracia participativa; no entanto, esse fenômeno só se materializa na análise não formal (Cohen-Eliya e Porat, 2010, p. 285) das demandas constitucionais, ou seja, uma análise das condições materiais, externas à letra da norma.

rios formulados conforme a percepção de cada juiz. É exatamente neste ponto que reside a contradição da teoria dos direitos fundamentais.

No fundo, a tendência em enfatizar a terceira etapa da teoria da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito, decorre da própria estrutura da teoria dos direitos fundamentais, que procura legitimar o método através de decisões nas quais, de fato, houve suposto sopesamento entre os princípios constitucionais, considerando que uma das partes em litígio “venceu o jogo”, sendo o princípio vencedor aquele que deve ser realizado.

Segundo Sweet e Matthews, a “análise proporcional é uma moldura argumentativa” (2008, p. 89), indicando as partes em confronto, os princípios de cada uma em jogo e o caminho para a decisão. No entanto, é somente com a passagem para a terceira etapa – proporcionalidade em sentido estrito – que se torna explícito que, embora as partes sejam igualmente titulares de algum direito fundamental, uma delas não poderá exercer seus direitos na prática porque o princípio que lhe garantia tal direito, naquele caso concreto, foi preterido em favor do outro princípio constitucional em jogo.

Ora, não se trata de buscar uma racionalidade *lato sensu*, de modo a excluir por completo qualquer grau de subjetividade possível na decisão judicial⁷. No entanto, a teoria proposta por Alexy, sobretudo na última etapa de seu postulado, não apresenta sequer um método (procedimento) que justifique ou limite a discricionariedade de cada “ponderador” no procedimento de preterição de determinada garantia fundamental. Isto é, em nenhum momento os critérios racionais e/ou objetivos que legitimem o(s) direito(s) do “ganhador” são inseridos na “moldura argumentativa” (Sweet e Matthews, 2008, p. 89) que fundamenta a decisão “proporcional”.

Nesse contexto, no momento em que o Supremo Tribunal Federal enfatiza a última etapa do postulado da proporcionalidade, ele realiza, segundo a teoria de Alexy, uma solução “proporcional” ou “ponderada”. Entretanto, a subjetividade subjacente a essa decisão afasta qualquer grau de racionalidade da proporcionalidade. Nesse processo decisório, alinhados a uma interpretação supostamente “proporcional” dos direitos das partes, todos os envolvidos no conflito se contentam com a realização “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (Alexy, 2011, p. 90) dos princípios, pois, em última instância, seu direito fundamental foi, ao menos, reconhecido.

Mas, sim, houve uma parte perdedora. Esta teve, na prática, seus direitos mitigados ou desprezados por uma análise particular, ou em grupo, dos juízes constitucionais, cuja falta de critério para preterir determinado princípio ensejou o uso de concepções de naturezas diversas, sejam particulares, a-históricas e/ou muitas vezes extrajurídicas. Todo esse processo de suposta eficácia da ponderação sedimenta-se pela cega aceitação desta teoria como real realizadora dos direitos fundamentais, considerando a suposta interlocução de todos os interesses em jogo e eficácia metodológica de suas três etapas.

Contudo, no que tange às etapas inerentes à teoria dos direitos fundamentais, nota-se que nas primeiras, adequação e necessidade, se apresenta a conexão empírica e lógica entre os meios e os fins pretendidos, isto é, as possibilidades fáticas. Na primeira etapa, procura-se demonstrar se um direito desloca/exclui outro; já na segunda, da necessidade, procura-se sempre a realização da medida menos gravosa à parte que se submete à aplicação do princípio contrário. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito encerra o trânsito metodológico da teoria da proporcionalidade, na qual, segundo Alexy, “o conflito deve ser resolvido por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes” (Alexy, 2011, p. 95).

Por isso insistimos nesse aspecto: a preponderância da terceira etapa da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, resulta na iminente aplicação “custo-benefício”, como afirma Grimm (2007), sedimentando o alto grau de irracionalidade de todo processo, considerando que, na ausência de critérios racionais, decisões podem ser tomadas segundo critérios altamente subjetivos, baseados na noção de bem ou de justiça próprias do julgador e não do ordenamento jurídico.

No entanto, aqui reside um dos pontos mais paradoxais da teoria da proporcionalidade: a decisão nunca estará errada, assim como “nunca” haverá um perdedor. Entendemos que a marcante irracionalidade da proporcionalidade é extremamente prejudicial ao Direito, condição corroborada pela intrincada metodologia da proporcionalidade, que cria uma legitimação formal da própria teoria, “provando” a própria decisão.

Segundo Alexy, em seu posfácio contido no livro *Teoria dos direitos fundamentais*, a proporcionalidade em sentido estrito pode ser definida como “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro” (Alexy, 2011, p. 593), na qual algum princípio será preterido por outro.

⁷ Essa possibilidade, conforme Weber (2001), não nos parece construtiva, muito menos real.

A questão relevante e problemática se materializa neste momento, considerando que a proporcionalidade, como teoria de realização de direitos, não fornece elementos para a sedimentação de um critério efetivamente coerente e racional de decisão.

Ao contrário de estipular um critério único e efetivo no conflito de princípios constitucionais, a proporcionalidade fornece inúmeros critérios disponíveis ao juiz para que fundamente sua decisão, normalmente extralegais. Acrescente-se, ainda, que a metodologia empregada pela proporcionalidade – e suas três etapas – “define o que a teoria dos princípios chama de ‘otimização’” (Alexy, 2002, p. 397).

Ou seja, as três etapas da teoria de Alexy legitimam o processo de “otimização” dos comandos, pois circunscritos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. No entanto, segundo a linha argumentativa proposta por Ralf Poscher, a otimização não é uma condição inerente aos princípios, pois “nem sempre os princípios são otimizáveis” (Poscher, 2009, p. 438). Isto significa que o postulado da proporcionalidade tem por característica a universalização da proporcionalidade, na medida em que todos os princípios, mesmo não otimizáveis, podem ser objeto de uma decisão “proporcional”.

Em relação a essa perspectiva, afirma Alexy (2002, p. 397, tradução nossa):

Princípios são normas que exigem a máxima realização de algo em relação ao que é factual e juridicamente possível. É uma das teses centrais da teoria dos direitos constitucionais que esta definição implica o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e que por outro lado o principal personagem dos direitos constitucionais decorre logicamente do princípio da proporcionalidade. Isto significa que a equivalência dos três subprincípios da proporcionalidade define o que a teoria dos princípios entende por “otimização”.

Isto é, para o autor, a metodologia da teoria da proporcionalidade, através das três etapas, é suficiente para fornecer todos os elementos que legitimam o processo de “otimização” dos comandos, ou seja, a realização destes “dentro das condições fáticas e jurídicas existentes”. Entretanto, segundo Poscher, trata-se de um processo cuja premissa é equivocada, pois “princípios nem sempre são otimizáveis, nem diferem logicamente das regras. Em decorrência de sua própria natureza ontológica, a teoria dos princípios é uma teoria sem objeto” (Poscher, 2009, p. 438).

“A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela” (Alexy, 2011,

p. 116). De fato, a afirmação de Alexy condiciona de forma visceral a natureza dos princípios em um ordenamento jurídico ao postulado da proporcionalidade, considerando que tais princípios [direitos fundamentais] só poderiam ser realizados “na maior medida possível” se houver a ponderação entre eles. Isto porque, nos termos do autor, “[a máxima da proporcionalidade] decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é dedutível dessa natureza” (Alexy, 2011, p. 117).

Nota-se, portanto, que Alexy condiciona a proporcionalidade em sentido estrito à tarefa de otimizar os princípios colidentes. Segundo o dicionário Houaiss (2010), “otimizar” significa “tirar o melhor rendimento de algo, criando as condições mais favoráveis possíveis”. Não se trata, todavia, de tirar o melhor proveito de eventuais princípios constitucionais colidentes, considerando que, em última instância, os direitos fundamentais são legitimados por uma intrincada base deontológica, cuja origem é unicamente o próprio tecido social e as condições históricas determinadas.

Segundo Grimm, a preponderância da proporcionalidade em sentido estrito resulta na “comparação entre a perda de um direito fundamental, por um lado, e, por outro lado, o bem da vida protegido pelo Direito, devendo ter, na maioria das vezes, o reconhecimento constitucional” (Grimm, 2007, p. 393). Nesse sentido, afasta-se de uma análise dos fins pretendidos pelos meios empregados para efetivá-los, constantes nas duas primeiras etapas da ponderação, pois, na maioria das vezes, a proporcionalidade em sentido estrito (última etapa do processo) é diluída nas duas etapas anteriores, objetivando a neutralizar o grau de subjetividade decorrente da última etapa.

De fato, esta é uma das críticas mais respeitáveis sobre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sobretudo sob a ótica de Ralf Poscher. Segundo Poscher (2009), na teoria proposta por Alexy há uma tendência generalizante para que tudo se torne “mandamentos de otimização”, inclusive elementos reais como a saúde e a vida. Nesse sentido, o autor acredita na necessidade de que o processo de otimização preceda o objeto da ponderação, na medida em que tende a impedir a otimização compulsória de diversos valores, partindo da premissa ontológica de que os princípios sempre serão passíveis de “otimização”, e/ou que sempre serão distintos das regras.

Uma das premissas fundamentais da teoria de Alexy é que os princípios insculpidos na Constituição Federal são imbuídos de valoração, sendo verdadeiros valores inalienáveis, cuja positivação foi decorrente dos

processos sociais e históricos. Nesse sentido, mesmo que a referida teoria seja uma tentativa de abertura ao discurso moral, a otimização das normas eminentemente deontológicas não representa o melhor método para a realização dos princípios fundamentais, considerando que as características inerentes à realização dos princípios fundamentais mediante proporcionalidade possibilitam decisões cuja única característica é a “otimização” de algum comando, independentemente da forma em que foi materializada: ou seja, sem critérios específicos, possibilitando decisões arbitrárias.

Em outras palavras, Alexy advoga por uma suposta teoria totalizante, pois considera que todos os interesses em jogo são passíveis de resolução por meio de seu arcabouço metodológico. Contudo, o conceito de totalização advém da vontade de impedir a possibilidade de qualquer decisão “injusta”, pois haveria o crivo do postulado da proporcionalidade (e suas três etapas) para atestar que a decisão, por ter sido feita com base na teoria de Alexy, deve ser vista como “a mais proporcional possível”; e a formulação das etapas corresponde a uma tentativa de realizar os direitos fundamentais sem um critério racional de decisão. Aliás, bastaria seguir o procedimento (cumprir as três etapas) para legitimar a suposta “justiça” e “precisão” (Tsakyrakis, 2009, p. 469) da decisão sobre o caso concreto. Nesse aspecto, fica evidente o caráter tautológico dessa teoria, que fundamenta a prova dos resultados obtidos exclusivamente ao cumprimento de seu método.

Na verdade, o aspecto totalizante que Alexy atribui à teoria dos direitos fundamentais é enfatizado ao longo do livro do autor, conforme trecho exemplificativo:

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integrativa, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas aproximação deste real (Alexy, 2011, p. 39).

Fundamentado na diferenciação (pressuposta) entre regras e princípios, Alexy buscou a criação de uma teoria “ideal” dos direitos fundamentais, considerando seu aspecto “integrativo”. Tal teoria, indissociável da “te-

oria dos princípios”, foi norteadada por uma vã tentativa de reinserir a “moral”, em sentido *lato sensu*, no direito positivo. Aliás, esse objetivo está expressamente contido no livro de Alexy, conforme trecho a seguir:

Nesse âmbito, será demonstrado que a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais (Alexy, 2011, p. 29).

Vejam. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, em nenhum momento foi estipulado qual critério deve ser utilizado para resolver determinado caso. Robert Alexy se refere à lei do sopesamento nos termos da lei de colisão, na qual será decidido qual dos princípios constitucionais em jogo, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto, considerando uma relação de precedência condicionada ou incondicionada entre os princípios. Ora, no que consiste esse critério de decisão? Evidentemente, há uma contradição imanente, já que não há, nessa teoria, nenhum critério pelo qual algum princípio constitucional possa ser preterido por outro⁸.

Na verdade, segundo a proporcionalidade, sobretudo em sua última etapa, a proporcionalidade em sentido estrito, há uma obrigação remetida aos juízes de sopesar a própria moral [*lato sensu*], pois, enquanto valores positivados na Constituição Federal, os direitos fundamentais não passam de condições historicamente construídas, inerentes à politização da moral.

Deste aspecto decorre exatamente a necessidade da realização dos direitos fundamentais por meio de critérios claros e racionais para os cidadãos, sobretudo na condição de jurisdicionados. Encobertar a ausência de critérios por uma espessa estrutura metodológica – “otimizando” os comandos sob a premissa ontológica que diferencia regras dos princípios – é corroborar para um sistema que nega a historicidade dos direitos fundamentais, haja vista a latente adjudicação do “poder de sopesamento” aos juízes constitucionais.

Na verdade, ao delimitar a teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy procurou desenvolver uma teoria “livre de suposições insustentáveis” (Alexy, 2011, p. 29), na qual valores socialmente cristalizados como direitos fundamentais não tivessem valorações diferentes, à medida que todos fossem realizados, atribuindo como único limitador

⁸ Por isso a grande discussão sobre a incomensurabilidade dos critérios dessa teoria, que tem posicionado autores no sentido de defender a possibilidade de comparar direitos, bens e valores distintos para poder haver a ponderação entre os que estão em colisão ou conflito, e os autores que apontam a impossibilidade de se mensurarem interesses distintos, o que caracterizaria uma terrível falha na teoria de Alexy. A esse respeito, Silva (2011).

a colisão entre eles. De fato, não há que se negar os méritos da teoria dos direitos fundamentais em alguns pontos, sobretudo no que tange à abertura ao pluralismo jurídico e à possibilidade da prevalência de direitos sociais.

Contudo, é certo que a aplicação da teoria dos direitos fundamentais, enquanto método, depende da observância minuciosa de todas as etapas da teoria da ponderação, “porque a próxima etapa só pode ocorrer se o direito conflitante não falhou na etapa anterior” (Grimm, 2007, p. 397). Daí seu caráter excessivamente metodológico, criando uma estrutura hermética e “etapista”, pois seu sucesso depende da realização minuciosa de todas as etapas do postulado da ponderação.

Ao nosso ver, todas as teorias com aplicação prática, contextualizadas dentro de uma ordem social vigente, devem ser reinterpretadas à luz das condições históricas e sociais, deixando de ser excessivamente genéricas. No contexto pós-ditatorial brasileiro, por exemplo, a proporcionalidade foi, por inúmeras vezes (mas não em todas), fundamental para a realização dos valores democráticos, tendo, para tanto, se transformado em uma teoria não formal, materializando-se pela última etapa do postulado da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito, cuja aplicação decorre de uma “análise custo-benefício” (Grimm, 2007, p. 387), etapa que se materializa com elevado grau de subjetividade, solapando a inserção de qualquer critério racional na “moldura argumentativa” criada pela proporcionalidade.

Importante notar, contudo, que o postulado principal da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, isto é, a proporcionalidade, não nasceu de uma quimera, considerando a tentativa de criar um critério isonômico entre todos os valores deontológicos insculpidos na Constituição Federal alemã na qualidade de direitos fundamentais. No entanto, sua utilização significa a solidificação de um sistema de resolução de conflitos tendente à “arbitrariedade” (Grimm, 2007, p. 397), considerando a impossibilidade de sopesar valores advindos de um processo de construção histórica dos direitos fundamentais e de construção de uma moral politizada, pois fruto inalienável do tecido social.

Nisso está nossa insistência: trata-se de um problema de ordem metodológica e deontológica. O “ponderador” fica prisioneiro da análise metodológica das três etapas inerentes ao postulado da ponderação, acreditando residir nesse trânsito entre etapas a real efetividade da teoria dos princípios fundamentais e a legitimidade para qualquer decisão. No entanto, essa

instrumentalidade nega a real efetividade dos direitos fundamentais historicamente construídos, sendo apenas uma maneira de materializar decisões baseadas na discricionariedade de cada juiz, na medida em que há uma “delegação massiva dos poderes aos juízes constitucionais” (Sweet e Mathews, 2008, p. 86).

Isto é, a metodologia criada pela proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – torna o juiz constitucional (“ponderador”) refém da realização deste ou daquele direito fundamental a qualquer custo, independentemente do critério utilizado, bastando apenas a própria metodologia⁹ para o desenvolvimento da teoria.

Sobre o etapismo e a politização da moral

A criação da teoria dos direitos fundamentais, fundamentada na teoria dos princípios, foi um marco determinante no processo decisório das cortes constitucionais internacionais, “tornando-se um eficaz sistema de *judicial review* em inúmeros países” (Grimm, 2007, p. 384), na medida em que sua aplicação tenderia a realizar os direitos fundamentais na maior medida possível.

Defendemos, em alguns pontos desse texto, a importância de se observar a historicidade dos direitos humanos, em decorrência da necessidade da realização eficaz dos direitos fundamentais. Esse tema é fundamentalmente importante no âmbito da teoria da proporcionalidade, considerando que os direitos humanos – positivados ou não – são criações humanas, condicionadas ao processo histórico.

No entanto, o caráter “natural” dos direitos humanos prevalece ainda hoje, tratando a todos genericamente, “baseando-se num modelo genérico de homem, num universal abstrato, válido para todos os tempos. Como consequência, os próprios direitos humanos são projetados como válidos para todos os tempos, enquanto existir um homem abstrato e universal” (Kashiura Júnior, 2009, p. 128).

Esse processo de negação dos direitos fundamentais enquanto construção histórica fornece elementos para as teorias que pretendem analisar tais direitos sob o viés interpretativo, pois a compreensão abstrata e generalista dos direitos fundamentais faz com que estes sejam vistos de forma descolada da realidade social e, conseqüentemente, dos valores inerentes a ela.

⁹ É claro, tal procedimento não é explicitado nas decisões que envolvem o sopesamento. No Brasil, por exemplo, a importância dada à proporcionalidade em sentido estrito é amenizada, pois esta etapa acaba se diluindo nas primeiras duas etapas da teoria da ponderação.

Isto é, a teoria dos direitos fundamentais parte da premissa de que todos os princípios fundamentais historicamente positivados na Constituição de determinado país estão igualmente assegurados sob o argumento da validade jurídica, ignorando que o critério de decisão em determinado caso concreto se fundamenta em valores diversos, seja histórica ou pessoalmente (pelo magistrado) construídos.

Assim, os princípios – entendidos como valores socialmente construídos e cristalizados na Constituição Federal – possuem, sob a ótica da ciência do Direito, o mesmo critério de validade, na medida em que foram obedecidas as mesmas condições formais e materiais para a integração ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, estão aptos a possuírem, ao menos em tese, a mesma eficácia.

Trata-se do duplo caráter dos direitos fundamentais: apesar de historicamente construídos e positivados, tais direitos dependem de sua realização pelas cortes por meio das leis alexyanas de sopesamento, ensejando um nível de abstração altamente elevado. Isto é, a abstração advinda do postulado da ponderação fornece elementos para intensificar o processo de abstração dos direitos do homem, pois, enquanto abstratos, sua violação não será possível (não há violação em tese, somente no caso concreto).

Esse duplo fator constitutivo dos direitos fundamentais é basilar para “fazer de conta” que existe um critério racional para escolha do direito a ser aplicado, apresentando a ponderação como “o” critério que evitaria as arbitrariedades impostas pelas formas de decisão historicamente construídas.

Novamente insistimos: a metodologia da teoria da proporcionalidade condiciona os direitos fundamentais como uma entidade genérica (a-histórica), na medida em que produz entre os princípios em conflito uma batalha não condicionada à realidade social, mas adequada exclusivamente aos cânones da própria teoria, “ponderando” através das etapas, na medida em que se chegue a um resultado ilusório em que ninguém é efetivamente “perdedor”.

Em que pesem os elementos trazidos em relação à falta de um critério racional de decisão no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, Alexy até afirma que “o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” (Alexy, 2011, p. 164), mas essa constatação não fornece elementos suficientes para deduzir que o sopesamento é um procedimento irracional.

Segundo Alexy, a racionalidade do sopesamento advém da fundamentação racional dos enunciados con-

dicionados de preferências. Portanto, supostamente, a irracionalidade seria afastada se o enunciado condicionado de preferência fosse racionalmente fundamentado, diante do princípio prevalente, nos termos da argumentação utilizada. Acerca desta argumentação, aduz Alexy:

Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas (Alexy, 2011, p. 166).

Novamente, nota-se a falta de critérios para a escolha dos enunciados de preferências condicionadas. Ora pode-se recorrer à vontade do constituinte, ora às consequências negativas de alternativa, ora a consensos dogmáticos.

Isto é, em nenhuma dessas hipóteses há racionalidade na decisão. Caso se recorra “à vontade do constituinte”, haverá a possibilidade de decisões irracionais, pois a vontade do constituinte não se confunde com o comando normativo insculpido na Constituição. Outrossim, mesmo na utilização de consensos dogmáticos (doutrina) ou decisões passadas (teoria dos precedentes), a racionalidade fica excluída de utilização porque em nenhum dos casos ela é necessária.

Como, porém, uma teoria alheia a critérios racionais de decisão prevaleceu como teoria constitucional implícita no âmbito do conflito entre princípios? Acreditamos que a teoria dos direitos fundamentais possui como fundamentação seu procedimental metodológico, conduzindo a uma suposta teoria totalizante, desconectada das condições historicamente construídas. Nesse sentido, há a necessidade de desenvolver um minucioso procedimento, cujo único critério legitimador são suas etapas/subtestes, através de uma eloquente metalinguagem, cuja fundamentação inserida no âmbito das três etapas da teoria da ponderação bastaria para considerá-la válida e inegavelmente eficaz.

Isto é, acreditamos haver um problema de ordem procedimental, convertendo a teoria dos direitos fundamentais em uma teoria autorreferente, alheia aos valores historicamente construídos, fundamentando a escolha deste ou daquele princípio através de uma ferramenta procedimental que depende exclusivamente de seu desdobramento em etapas, o que pode gerar “resultados arbitrários e menos previsíveis” (Grimm, 2007, p. 397).

Dessa forma, a ausência de critérios racionais de decisão culminou na determinação de um critério particular, intrínseco ao próprio processo, isto é, o único

critério disponível passou a ser a metodologia desenvolvida por meio das etapas da teoria de Alexy, que se basta para legitimamente preferir, em cada caso concreto, um princípio em favor de outro.

Importante ressaltar que não criticamos a metodologia procedimental em si, mas sim a forma como tal metodologia legitima o próprio processo real, através da utilização disseminada da proporcionalidade. Esse processo de autolegitimação, a que chamamos de etapismo, nega a historicidade dos direitos fundamentais, na medida em que considera que todos os conflitos entre direitos fundamentais, os mais variados possíveis, passarão igualmente pelas etapas da teoria de Alexy como adequações gerais e genericamente impostas a todas as hipóteses de colisão, quaisquer que sejam as circunstâncias históricas, políticas e sociais de determinada sociedade.

Acreditamos que é exatamente essa liturgia procedimental que legitima o postulado da proporcionalidade e que fornece elementos para a criação de uma ficção jurídica, cuja criação e aplicação foi considerada uma “invenção não legítima pelo tribunal constitucional” (Grimm, 2007, p. 386), conforme afirma Dieter Grimm.

E mais. A característica fundamental da teoria dos direitos fundamentais é a realização dos princípios na maior medida possível, ou seja, busca-se o “justo” no âmbito dos direitos inerentes aos seres humanos. No entanto, o postulado da proporcionalidade confere ao juiz constitucional a própria conceptualização do que é justo/injusto ou bem/mal, pois a decisão está baseada em critérios os mais variados possíveis, fundamentada no trânsito metodológico entre as etapas do próprio postulado.

É exatamente através do rito procedimental do modelo proposto por Alexy, perpassando os três subtestes da teoria da ponderação, que a proporcionalidade se mostrou inadequada para absorver a moralidade intrínseca a cada ordenamento jurídico, na medida em que em diferentes ordenamentos jurídicos houve a predominância desta ou daquela etapa da ponderação¹⁰.

Aliás, sobre esse ponto, Tsakyrakis (2009) afirma que na etapa da adequação reside outra grande questão problemática: o que pode ser adequadamente inserido na interpretação *prima facie* de um princípio? Normalmente, segundo este autor, muitos conceitos podem ser interpretados na condição de *prima facie*, cuja limitação só irá ocorrer na última etapa, ou seja, na efetiva proporcionalidade em sentido estrito. Nesta, os valores morais socialmente construídos são nivelados, ignorando a própria complexidade de cada um

deles e a complexidade que existe entre eles. Porém, é exatamente nessa etapa que entendemos ocorrer uma análise “custo-benefício” dos interesses em jogo, pois muitas vezes trata-se da busca de um interesse ou direito já especificado na primeira etapa da teoria da proporcionalidade: a necessidade.

Todo esse entendimento foi resumido da seguinte maneira por Tsakyrakis: “Em todos os momentos o ‘ponderador’ pode apontar para as estruturas da ponderação como uma rede segura, mas a etapa da ponderação existe suspostamente para legitimar a própria relação problemática criada pelo ‘ponderador’” (Tsakyrakis, 2009, p. 481).

Isto posto, entendemos que a discricionariedade do “ponderador”, inerente ao sopesamento entre princípios, enseja decisões baseadas em “morais”, isto é, baseadas nas condições particulares de cada juiz, muitas vezes descoladas da realidade social. Por outro lado, entendemos que a “politização da moral” deveria ser materializada na observância de um ou mais critérios – racionais, definidos, explícitos – que indicassem a fundamentação da ponderação, elemento que acreditamos estar ausente na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ao contrário, defendemos que o único critério legitimador da teoria dos direitos fundamentais é criado por ela mesma, através de uma metalinguagem entre a teoria e suas três etapas inerentes.

Considerações finais

A tendência pela aplicação uníssona do postulado da proporcionalidade por inúmeras cortes constitucionais, como da Europa e América do Sul, remete-nos à importância do tema e à sua real efetividade no âmbito da maior realização dos direitos fundamentais insculpidos nas Constituições dos mais diversos países, sobretudo em relação à sua aplicação no Brasil.

Os postulados da proporcionalidade e da ponderação são oriundos de circunstâncias históricas distintas, pois enquanto o primeiro se originou no âmbito do tribunal administrativo Prussiano, com a finalidade clara de inserir os direitos individuais em um ordenamento jurídico extremamente hermético e autoritário, o princípio da ponderação originou-se no sistema jurídico norte-americano, aparecendo como limitador dos direitos individuais.

Primeiramente, acreditamos que no Brasil houve a inserção destes postulados de forma híbrida, com aspectos ora formais (decorrentes da proporcionalidade),

¹⁰ Grimm (2007), por exemplo, afirma que no Canadá houve a predominância da segunda etapa da proporcionalidade, enquanto na Alemanha predominou a terceira.

ora materiais (decorrentes da ponderação), inseridos em um contexto específico do país, de efetivação dos valores e direitos fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988, considerando que o Poder Judiciário vem desempenhando papel fundamental nessa questão, em razão da delegação dos poderes aos juízes constitucionais, inseridos em uma “nova etapa do direito constitucional”, em que há a premente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

A construção alexyana da teoria dos direitos fundamentais depende da observância de um intrincado caminho metodológico que prevê, segundo a estrita obediência às suas regras internas, a ocorrência das três etapas da teoria da ponderação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, conforme nos referimos anteriormente, para que haja a efetivação dos direitos fundamentais nos termos da lei alexyana de colisão entre princípios, imprescindível que o postulado da proporcionalidade se apresente na forma em que a discricionariedade do “ponderador” se revele com mais liberdade, situação que ocorre na proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, há a observância na relação entre o núcleo do direito fundamental não respeitado e o bem da vida protegido pelo ordenamento jurídico ou, como afirma Grimm, “comparação entre a perda de um direito fundamental, por um lado, e por outro lado, o bem da vida protegido pelo Direito, devendo ter, na maioria das vezes, o reconhecimento constitucional” (Grimm, 2007, p. 393).

Em relação ao aspecto “totalizante” da teoria proposta por Alexy, esta suposição já estaria prejudicada se apenas um ou outro caso não pudessem ser resolvidos por seu método, mas ela perde ainda mais credibilidade quando se percebe que os casos que podem ser resolvidos a partir de seus pressupostos não são a maioria: talvez a solução dos conflitos analisados segundo a teoria de Alexy tenha ocorrido por outros meios, e o resultado apenas coincidiu com a decisão a partir da teoria dos princípios.

Segundo Grimm, nos termos da teoria proposta por Alexy, a “próxima etapa só pode ocorrer se não falhou a etapa anterior”, isto é, o etapismo inerente à aplicação eficaz do postulado da ponderação asfixiou a intenção inicial de uma maior efetividade, considerando que a teoria de Alexy fornece subsídios para decisões cujo critério de veracidade é sua própria liturgia metodológica, e não efetivamente o valor moral social cristalizado na Constituição Federal, podendo gerar “resultados arbitrários e menos previsíveis” (Grimm, 2007, p. 397).

Outra questão desenvolvida no texto é a problemática envolvendo o conceito de “mandamentos de otimização”, pois a partir desde conceito todas as instâncias da vida tendem a se desenvolver como “princípios otimizados” e, portanto, passíveis de sopesamento. Porém, “otimizar”, enquanto processo metodológico, “drasticamente reduz a complexidade da efetivação dos direitos fundamentais” (Poscher, 2009, p. 449).

Estes, portanto, são alguns dos principais problemas da teoria de Alexy. Ela não se sustenta sequer como uma teoria de adjudicação, pois não há nela critérios racionais de decisão; e enquanto teoria geral do direito, que é a formulação original que lhe deu Alexy, o alto grau de formalismo metodológico para sua efetivação produziu efeito substancialmente inverso ao pretendido: criou uma ficção jurídica, cuja necessidade genérica de otimização abstrata dos fatos da vida tende a criar decisões arbitrárias, sem critério racional, haja vista a impossibilidade de cumprir a metodologia teórica (etapas) da teoria da ponderação, ensejando a criação de decisões fundamentadas nos mais variados critérios.

Referências

- ALEXY, R. 2011. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 669 p.
- ALEXY, R. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press, 506 p.
- COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. 2010. American Balancing and German Proportionality: the historical origins. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 8(2):263-286. Disponível em: <http://icon.oxford-journals.org>. Acesso em: 02/04/2013.
- GRIMM, D. 2007. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, 57(2):383-397. Disponível em: <http://muse.jhu.edu/journals/tlj/summary/v057/57.2grimm.html>. Acesso em: 15/07/2013.
- HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S. 2010. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Objetiva, 920 p.
- JAKAB, A. 2009. Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy. *On the Nature of Legal Principles (ARSP BEIHEFT)*, 119:145-159. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1918421>. Acesso em: 16/07/2013.
- KASHIURA JÚNIOR, C.N. 2009. *Crítica da igualdade jurídica – Contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo, Quartier Latin, 248 p.
- POSCHER, R. 2009. Insights, Errors and Self-misconceptions of the Theory of Principles. *Ratio Juris*, 22(4):425-454. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1505729>. Acesso em 15/07/2013. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9337.2009.00434.x>
- RUBENFELD, J. 2004. Unilateralism and Constitutionalism. *New York University Law Review*, 79(6):1971-2028. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1553. Acesso em: 15/06/2013.
- SILVA, V.A. 2011. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(2):273-301. Disponível em: <http://ojls.oxfordjournals.org>. Acesso em: 25/06/2013.
- SWEET, A.S.; MATHEWS, J. 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47:73-165. Disponível em: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11. Acesso em: 02/04/2013.

TSAKYRAKIS, S. 2009. Proportionality: An Assault to Human Rights? *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 7(3):468-493. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org>. Acesso em: 02/04/2013.

WEBER, M. 2001. A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais. São Paulo, Ática, 112 p.

WEINRIB, L. 2006. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. In: S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*. Cam-

bridge, Cambridge University Press, p. 84-111. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=899131>. Acesso em: 15/07/2013.

Submetido: 06/02/2014

Aceito: 22/04/2014