

A resposta adequada frente ao Recurso Extraordinário 608.482 – Rio Grande do Norte.

Vinicius Ferrasso

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

I. O caso concreto

I.a. O Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte.

II. A Teoria Alexyana: A Máxima da Proporcionalidade e a Lei do Sopesamento

III. Considerações finais: O critério da Máxima da Proporcionalidade diante do Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte

RESUMO: O artigo faz uma análise do Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte, precisamente do voto do relator Ministro Teori Zavascki, e do voto que abriu a divergência do Ministro Luís Roberto Barroso. Buscou-se identificar se os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de fato, utilizaram da teoria da Máxima da Proporcionalidade, para realização do sopesamento dos princípios em colisão defendido por cada um dos Ministros. Descreveu-se a teoria da Máxima da Proporcionalidade, frisando o caráter de subsidiariedade das três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), assim como, a aporia que a teoria se inseri. Ao final, tem-se o parecer se os votos dos Ministros foram coerentes à luz da teoria de Robert Alexy, e concomitantemente, sugere-se a decisão conforme a Constituição Federal.

PALAVRAS CHAVES: Arbitrariedade – Discricionariedade – Princípios Constitucionais – Ponderação – Máxima da Proporcionalidade.

ABSTRACT: The article makes an analysis of Extraordinary Appeal 608.482 of Rio Grande do Norte, precisely the vote of the rapporteur Minister Teori Zavascki, and the vote that opened the dissent of the Minister Luís Roberto Barroso. It was tried to identify if the Ministers of the Federal Supreme Court, in fact, used the theory of the Maximum of the Proportionality, to realize the balance of the principles in collision defended by each one of the Ministers. The theory of the Maximum of Proportionality was described, stressing the subsidiarity character of the three sub-maxims (adequacy, necessity and

proportionality in the strict sense), as well as the aporia that the theory was inserted. In the end, it is considered whether the votes of the Ministers were consistent in the light of Robert Alexy's theory, and concurrently, the decision is suggested according to the Federal Constitution.

KEYWORDS: Arbitrariness - Discretionary - Constitutional Principles - Weighting - Maximum of Proportionality.

I. O caso concreto

Importante se faz descrever o liame do caso concreto, uma vez que ele, inexoravelmente, será o nosso ponto de partida de (re)construção do horizonte, onde devemos renunciar à pretensão de encontrarmos uma verdade compreensível que possa ser válida para nós mesmos.¹ O caso irá nos mostrar que, não temos condições de possibilidades de auferirmos se a reclamada realizou mais ou menos abdominais válidos que reivindicava o edital. Muito menos se o fiscal errou ao invalidar três abdominais da reclamante, ou que, caso a reclamada tivesse sido avisada à tempo, poderia tranquilamente ter realizado apenas mais 1 abdominal, e assim, menos 1 processo tomando tempo precioso da maior Corte do país.

Dito isso, debrucemo-nos diante o caso. A reclamada Vanusa Fernandes submeteu-se às provas do concurso público para ingresso na carreira de Agente de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte, regulado pelo Edital nº 001/2000. Aduziu que após a prova escrita, foi convocada para os exames físicos, em que foi reprovada no teste de flexões abdominais. Atribuiu esse resultado a um equívoco do fiscal da prova, que a orientou no sentido de parar os exercícios, ainda que restasse tempo suficiente para desenvolver mais a atividade. Como tinha realizado 22 flexões, ficou descansando o resto do tempo por confiança no que havia sido determinado. Todavia, depois foi informada de que foram desconsiderados 3 abdominais, resultando na sua reprovação por apenas um único abdominal, uma vez que o edital exigia o mínimo de 20 abdominais, e a autora teve considerados apenas 19 exercícios.

¹ - Esse horizonte a qual Gadamer se refere, não se trata de um horizonte fechado,¹ e muito menos, de dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende se deslocar. A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 402.)

A reclamada ingressou com a ação cautelar nº 001.01.006781-8, e obteve medida liminar, que lhe assegurou o direito a participar da etapa de Investigação Social, que deu acesso à 4º fase do certame, que foi o Curso de Formação Profissional.

O Estado do Rio Grande do Norte ofertou contestação, tratando de matéria diferente da que foi exposta na inicial. Alegou que a Reclamante havia se insurgido contra a exigência do teste psicológico, bem como pela suposta inobservância dos ditames da Lei Estadual nº 6.202, de 06 de dezembro de 1999, especialmente no tocante a entrevista oral e sua gravação magnética.

Impugnou o laudo psicológico juntada nos autos pela reclamada, uma vez que o nenhum momento a lei exige a feitura de laudos em separado subscritos por cada membro da comissão, e assim, destacou o dispositivo abaixo:

Art. 2. - O ingresso depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

I - omissis

Parágrafo 3 - O exame psicotécnico previsto no inciso V é realizado *por uma comissão composta de um psiquiatra, um psicólogo e um sociólogo que emitem pareceres fundamentados*, caso a caso, nas respectivas áreas profissionais, observado o disposto no parágrafo anterior.

Ainda, o Estado do Rio Grande do Norte ressaltou que, o processo seletivo para o ingresso nos cargos de carreira da Polícia Civil-RN foi estruturado por meio do Edital nº 001/2000, de 28 de agosto de 2000, publicado nas edições do Diário Oficial do Estado de 09 e 12 de setembro de 2000, constituído por 04 (quatro) fases independentes entre si, sendo a 1ª e 4ª classificatórias e eliminatórias, enquanto que a 2ª e 3ª apenas eliminatórias. O epigrafado certame foi executado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FESMP-RN.

O Juiz de Direito Luiz Alberto Dantas Filho decidiu fundamentando que, a reclamada já era integrante da Polícia Civil desde 25 de janeiro de 2002, desempenhando suas funções em prol da sociedade há mais de cinco anos, que esse fato analisado em conjunto com os demais dados constantes do processo, leva à convicção da aptidão da autora no desempenho da função de Agente policial Civil. Ainda o julgador destacou, na oportunidade, a declaração de desempenho na disciplina de Educação Física ministrada no curso de formação profissional, em que está atestado que a autora foi aprovada com média 9,5. Todas essas observações, segundo o julgador, demonstram as condições positivas em que se encontrava e encontra agora a reclamada no desempenho das funções do cargo.

Decidindo ao final que, diante dessas considerações, sobreleva-se a possibilidade de se reconhecer apropriada a aplicação da teoria do fato consumado, porquanto existe uma situação consolidada no tempo, garantida pela nomeação, posse e exercício da reclamada no cargo há mais de (cinco) anos, e o desfazimento de todo esse percurso causaria maior prejuízo à Administração Pública e à sociedade do que sua manutenção.

O Estado do Rio Grande do Norte, iresignado interpôs Apelação ao egrégio Tribunal de Justiça, alegando que o magistrado *a quo*, amparado na teoria do fato consumado, julgou procedente o pedido contido na ação ordinária, que visava ver declarada a aptidão da recorrida na prova de resistência física ou a submissão a nova prova de flexões abdominais. Ainda asseverou que a reclamada atuou com desídia no trato de seus interesses, já que interpôs recurso administrativo e não teve a cautela de acompanhar a decisão que lhe negou provimento. Destacou que na Ação Cautelar, não poderia a administração ter sido compelida a acatar a permanência da reclamada no certame, quando não cometeu qualquer ilegalidade ou abuso de direito. Na verdade, a própria reclamada descurou de seus interesses, de forma que não teve a devida cautela em resguardá-lo.

A reclamada ofereceu contrarrazões de apelação arguindo praticamente todos os argumentos trazidos na sua defesa em sede de 1º grau, precipuamente, a ilegalidade do teste físico exigido no Edital nº 001/2000, de 28 de agosto de 2000, e a validade do exame psicotécnico apresentado pela reclamada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte entendeu que não haviam reparos a serem feitos na sentença, devendo ser aplicada ao caso a Teoria do Fato Consumado, ante a excepcionalidade da situação da apelada. Assim, em consonância com o parecer da 9ª Procuradoria de Justiça, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, decidiram pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Desse modo, sobrevieram os Embargos de Declaração oferecidos pelo Estado do Rio Grande do Norte, que restaram conhecidos, mas rejeitados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Por fim, o Estado do Rio Grande do Norte, com base no art. 102, III, "a", da Constituição Federal protocolou em 03 de julho de 2009 o Recurso Extraordinário, que cumprida formalidades de estilo, os autos foram remetidos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Os principais argumentos trazidos pelo Estado do Rio Grande do Norte foram a violação ao princípio da vinculação ao edital, que é a lei do concurso (artigo 5º II e 37, caput, da Constituição Federal, e, sobretudo, à igualdade (artigo 5º, caput, da CF), visto que a reclamada não se submeteu ao exame psicotécnico como os demais concorrentes participantes do certame, e por último, por inaplicabilidade da Teoria do Fato Consumado, de modo a não perpetuar decisões ilegais que contrariam texto de lei constitucional.

I.a. O Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte.

O Recurso Extraordinário 608.482 foi recebido, revisto, autuado e registrado no dia 09 de fevereiro de 2010. No dia 18 de fevereiro de 2010, o recurso foi distribuído à relatoria do Ministro Ayres Britto. Todavia, somente no dia 7 de agosto de 2014, sob a relatoria do Ministro Teori Zavaski, o recurso extraordinário foi à Plenário para a apreciação dos senhores ministros.

Aqui, dois votos merecem destaques, o voto do Ministro relator Teori Zavaski, que deu provimento ao recurso extraordinário, para julgar a improcedência da decisão recorrida, e o voto que abriu a divergência do Ministro Luís Roberto Barroso, que negou provimento ao recurso ordinário, mantendo a procedência da ação.

O Ministro Teori Zavaski destacou o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, haveriam de ser sopesadas para que se definisse qual delas mereceria prevalecer. De um lado, o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido. De outro lado, em sentido oposto, estaria o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. O Ministro destacou farta jurisprudência do STF, que segundo suas convicções, também sopesaram os valores e interesses em conflito, que em regra, sempre conduziu o peso maior ao interesse público na busca da manutenção dos valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados. Ainda, afirmou que seria realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela

recorrida, afastando assim, o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado.

Convém ainda destacar um argumento importante do voto do eminente Ministro Teori que, no debate com o Ministro Luís Roberto Barroso, iria utiliza-lo para contrapor a aplicabilidade dos princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima, princípios que substituíram a Teoria do Fato Consumado utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte para assegurar a reclamada no cargo público. O Ministro Teori destacou a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças, mencionando que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *status quo ante*, invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima.

Por fim o relator Ministro Teori, concluiu que, se nem esses princípios podem, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Assim, sem prejuízo de assegurar à recorrida os vencimentos e vantagens percebidos até a data desse julgamento, o Ministro Teori deu provimento ao recurso extraordinário, para julgar a improcedência do acórdão recorrido.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso abriu a primeira divergência como uma oposição entre (a) o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e (b) o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público. Asseverou o Ministro Barroso que nem sempre isso ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público. A segunda oposição, disse respeito ao tratamento semelhante conferido a decisões judiciais que, nesse particular, parecem apresentar relevantes distinções. Com efeito, ao atribuir a todas as decisões judiciais não transitadas em julgado a natureza de “provisórias”, parece ter havido desconsideração da sensível diferença de estabilidade entre, por exemplo, uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão de mérito de segunda instância.

Dito isso, o Ministro Barroso sugeriu diretamente a ponderação, de um lado o princípio da obrigatoriedade do concurso público que conduz, *prima facie*, à negativa de estabilização dessas situações, na medida em que, tendo o órgão público responsável pelo certame considerado a candidata reprovada em etapa eliminatória, a aplicação do

princípio conduz, em tese, à invalidação do provimento. Ressalvou que, trata-se de corolário natural da aplicação do princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, da consequente necessidade de as seleções públicas se pautarem por critérios impessoais e meritocráticos e da presunção de veracidade e validade dos atos administrativos. De outro lado, destacou o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima. Apontando que, o princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e que em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Ainda, que o princípio da confiança legítima se destina precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

Asseverou o Ministro Barroso que, há evidente relação de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse em cargo público, de maneira que, quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será a expectativa. Trouxe o art. 54 da Lei n. 9.784/1999, e destacou que o referido diploma legal realizou ponderação em abstrato entre o dever de a Administração Pública anular atos ilegais e o princípio da proteção da confiança, tendo como critério principal o fator “tempo”. Apontando que o decurso do prazo de cinco anos para que o princípio da proteção da confiança inviabilize a reversão de expectativa legítima criada por decisão judicial deve ser condicionado a aplicação da prescrição quinquenal à boa-fé do beneficiário.

Notadamente, o Ministro Barroso, tendo uma visão iluminista, inovou sugerindo três critérios a serem previamente examinados para que se afira uma eventual preponderância da confiança legítima a ser protegida, diante de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, quais sejam: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. Em síntese apertada, estes foram os principais argumentos utilizados pelo Ministro Barroso para votar no sentido de negar o provimento do Recurso Extraordinário, e pela manutenção do acórdão recorrido.

Importante destacar que, os votos divergentes dos Ministros Teori Zavaski e Luís Roberto Barroso, se mostram como suficientes para analisarmos suas posições à luz da Teoria Alexyana, e assim, conseguirmos oferecer a resposta adequada ao caso concreto.

II. A Teoria Alexyana: A Máxima da Proporcionalidade e a Lei do Sopesamento

Bem, o caso concreto nos mostra que estamos diante da oposição de uma regra constitucional, precisamente o artigo 37, incisos II, por intermédio do princípio constitucional da proteção da confiança. Evidenciou-se no teor dos votos dos Ministros, diversos meios que fomentaram a finalidade perseguida em graus distintos o que implica, *a priori*, a necessidade de um sopesamento (*Abwägung*), mas que deve ocorrer tomando como critério a máxima da proporcionalidade, e suas três submáximas.²

No entanto, desde já deve ser destacado, que essa engenharia proposta por Alexy, ao fundo diz que as normas constitucionais não obrigam nem proíbem, sendo abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador. E, considerando a dificuldade de identificação das margens de liberdade do legislador, Alexy relaciona três tipos de discricionariedade estrutural: para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar. Diante de um direito fundamental, o legislador tem discricionariedade para definir *objetivos* se esse direito contiver uma autorização de intervenção ou deixe em aberto as razões para a mesma, permitindo-se que aquele escolha os objetivos que irão justificar essa intervenção. Já a discricionariedade para escolher os *meios* aparece quando normas de direitos fundamentais não proíbem intervenções, mas também exigem ações positivas e prestacionais. Nesse ponto, não se verifica maiores problemas quando os diferentes meios utilizados para alcançar determinada finalidade forem aproximadamente adequados e não tiverem nenhum efeito prejudicial na consecução de outros princípios.³

Conforme as circunstâncias do caso concreto, se a referida regra, na visão dos Ministros, indiscutivelmente, se mostrasse (des)proporcional, por ser inadequada ou o meio não ser o necessário para a resolução do conflito, não precisaríamos, necessariamente, partirmos para a Lei do Sopesamento.

No caso concreto, o artigo 37, incisos II, da Constituição Federal poderia vir a ser afastado diante de uma superveniente desproporcionalidade (desnecessidade ou inadequação), e acabaria preponderando o princípio da proteção da confiança, isto é, poder-se-ia resolver o caso pela via da necessidade ou adequação, o que nos distanciaria do sopesamento.

² - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117.

³ - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.884-587.

Diante disso, não estaríamos realizando ponderação. Mas isso, verdadeiramente, é o que se constata nos tribunais. Entende grande parte dos juristas e, também da doutrina, que inexistem subsidiariedades entre as três submáximas, muitas vezes, a regra é vista no tudo ou nada e, princípio visto na ponderação.⁴ Isso, indiscutivelmente, feriu a própria Lei do Sopesamento de Alexy, pois princípio não necessariamente, deve ser analisado na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Dito isso, resulta afirmar que, a máxima da proporcionalidade se desenvolve em três etapas: adequação⁵, necessidade⁶ e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, não se tratam de *subprincípios*, mas de *submáximas*, quais sejam: a submáxima da adequação, a submáxima da necessidade e a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da proporcionalidade seria exatamente o critério para avaliar os princípios que estão em colisão. Mas alerta-se, no modelo alexyano, nunca haverá um princípio a avaliar outros princípios, pois diante desse erro, ele mesmo seria otimizado. Há um critério não otimizável para poder avaliar os princípios em colisão. O próprio autor não utiliza o termo “*principia*”, uma vez que os princípios são os objetos da máxima da proporcionalidade.⁷

Convém destacar, que as referidas submáximas não serão aplicadas conjuntamente, isto é, em bloco. Mas, serão aplicadas através de uma relação de

⁴ - Não é correto o modo de pensar, que as três submáximas da proporcionalidade sejam analisadas conjuntamente. Ressalva-se que é justamente na relação de subsidiariedade que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com as subsidiariedades quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v.798, p.23-50, abril 2002. p. 35-36.)

⁵ - A primeira submáxima é a adequação, devendo-se verificar, no caso concreto, se a decisão é apta e útil para alcançar o fim colimado. Trata-se de uma relação entre meio e fim, ou seja, se um meio é adequado para que se atinja determinado fim.

⁶ - Já a submáxima da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade ou da intervenção mínima, significa que se deve escolher, dentre vários meios idôneos, o menos gravoso ao exercício do direito fundamental. Conforme alega Wilson Antonio STEINMETZ, "Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado". (STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 139-207.)

⁷ - Luis Virgílio destaca que: “*Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo “princípio” é deixar claro que ele, na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy*” (AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v.798, p.23-50, abril 2002. p.27.)

subsidiariedade. Primeiramente, avaliamos a adequação dos meios empregados pelo legislador para proteger aquele direito fundamental, depois analisamos a necessidade. Vejamos, somente depois de superadas as submáximas da adequação e da necessidade, e ainda permanecendo a colisão principiológica, é chegado o momento de ingressar-se na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. E, nesse terceiro estágio que residirá a Lei do Sopesamento, designando a otimização quanto aos princípios em colisão. Segundo Alexy, quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.⁸

Com relação a primeira etapa, a submáxima da *adequação*, devemos pensar se os meios utilizados para tutelar determinado direito fundamental (M1), podem estar restringindo frontalmente um ou outros direitos fundamentais, construído por um meio (M2). A submáxima da *adequação* é compatível com a Constituição enquanto *ordenamento*, porque estabelece um limite negativo ao legislador apresentando quais meios não são idôneos.⁹ Adequação significa utilizar-se do meio idôneo e correto para a finalidade pretendida. Todo time de futebol que está perdendo, o meio adequado tentar fazer gols, indiscutivelmente, será por meio da substituição do zagueiro por um atacante, caso o técnico venha a substituir um atacante por um zagueiro, conseqüentemente a torcida irá repudiar o meio não adequado para virar o placar. Já Alexy, utiliza o exemplo do *cabeleireiro*, que decidiu instalar uma máquina de vender cigarros em seu salão de beleza sem obter a permissão explícita da Administração. Diante do seu ato, acabou recebendo uma multa por inobservância a lei de comércio local. Todavia, esta permissão só poderia

⁸ - Para o caso de regra extremamente injusta, deve-se debruçar-se na dogmática dos direitos fundamentais, que abarca toda a questão de regras e princípios. E, assim, destaca que a *Grundgesetz* alemã, tal como podemos concluir em relação à Constituição brasileira, demonstra uma semântica aberta dos direitos fundamentais - *liberdade, responsabilidade, solidariedade, liberdade de expressão* – ao passo que podemos realizar a subsunção de muitas hipóteses dentro da semântica *liberdade*. Então, Alexy conclui que torna-se necessário outra metodologia à subsunção, para determinar se aquela conduta X viola ou não direitos fundamentais. Logo, conclui que direitos fundamentais não tem natureza de regra jurídica (ex. roubo, furto, receptação, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas), mas de princípios, de mandamentos, não de definição (subsunção) que se aplica no tudo ou nada, mas de otimização, uma vez que serão aplicados num peso maior ou menor. Se, partimos do pressuposto que são mandamentos de otimização, à exemplo, o direito de liberdade de expressão deve ser o mais amplo possível, mas por outro lado, o direito fundamental à honra da pessoa que recebe as ofensas, também deve ser interpretado maneira mais ampla possível. O que resulta afirmar, sendo mandamentos de otimização, deve-se identificar o peso de cada um dos princípio em colisão. Não se trata de subsunção, de ponderação, mas sim, da máxima da proporcionalidade. Enfim, é proporcional punir o agressor das ofensas. Alexy afirma que, se o legislador positivou os crimes de calúnia-difamação-injúria, foi porque houve a ponderação na fase de construção da lei. Logo, diante de um conflito desta regra com um princípio, deve-se cumprir o critério da máxima da proporcionalidade em três máximas parciais. Agora, caso não haja uma regra para o caso concreto, havendo somente dois princípio em coalisão, poder-se-á partir diretamente para a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

⁹ - ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 41.

ser obtida se o mesmo demonstrasse possuir o conhecimento necessário para exercer a atividade comercial, sendo comprovado, ou pela experiência comprovada como cabeleireiro, ou através de um exame específico onde comprovasse seus conhecimentos. O exemplo acima, nos fornece uma ideia de *otimização*, uma vez que a tal finalidade da vedação ao cabeleireiro de vender cigarros no interior do seu comércio visava unicamente proteger a saúde do povo. O que acabava colocando em *colisão* o Princípio da “*liberdade profissional*” do cabeleireiro (P₁) e o Princípio da “*proteção dos consumidores*” (P₂). A comprovação de conhecimentos específicos é considerado um meio (M) inadequado, pois além de não favorecer a (P₂), impede a realização de (P₁).¹⁰ Nesse sentido, seguindo o critério da máxima da proporcionalidade, o *Bundesverfassungsgericht*, ainda dentro da submáxima da adequação, declarou que a exigência de comprovação de conhecimento específico para o manuseio de máquinas de cigarro, que vai contra o Princípio da liberdade de profissão (artigo 12 da *Grundgesetz*), assim como a substituição de um atacante por um zagueiro em time que está perdendo, não era adequada para promover a proteção aos consumidores nem em termos econômicos nem com relação à sua saúde. Tal exigência estava então proibida, de acordo com o princípio da idoneidade, por vulnerar o princípio da liberdade profissional.

Agora se caso ambos os princípios fundamentais foram construídos com base em meios adequados pelo legislador infraconstitucional. Neste caso, eu intérprete estarei autorizado para ingressar na segunda etapa, a submáxima da *necessidade*, tendo que escolher a partir de agora, aquele princípio que menos interferir em outros princípios considerados também fundamentais. A submáxima da necessidade procurará, entre meios igualmente adequados, o que seja mais benigno ou mais suave. Trata-se também da *otimização*, pois conforme Alexy na existência de um meio mais brando e igualmente idôneo, pode se melhorar uma posição sem que isto represente custo para a outra.¹¹ Eventualmente, caso o legislador quando na ideia de tutelar direitos fundamentais por meios igualmente adequados, mas quando confrontados os dois princípios que instrumentalizam a tutela desses direitos fundamentais, um dos princípios venha a

¹⁰ - Diante do caso concreto, o *Bundesverfassungsgericht* aentendeu que a exigência de comprovação de conhecimento específico para o manuseio de máquinas de cigarro lesava a liberdade de profissão garantida pelo art. 12 da LF, mas não era adequada para promover a proteção aos consumidores nem em termos econômicos nem com relação à sua saúde. Tal exigência estava então proibida, de acordo com o princípio da idoneidade, por vulnerar o princípio da liberdade profissional. (ALEXY, Robert. “Postcript” in: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2002. p.398.).

¹¹ - ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 43.

interferir sobremaneira diante outros princípios que tratam de garantias fundamentais, a jurisdição constitucional necessariamente deve afastar este princípio, ainda que construído por meios considerados adequados, tratando o princípio como inconstitucional.

Isso quer dizer que, caso o legislador infraconstitucional tenha se valido de um meio adequado para construção de um princípio a tutelar direito fundamental. Mas, contudo, ainda que construído este direito por meio adequado, tenha ao mesmo tempo infringindo outros princípios fundamentais, inexoravelmente, não há necessidade de ingresso na terceira máxima da proporcionalidade, a terceira submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, pois na submáxima da necessidade, já teríamos encontrado a resposta adequada para o caso.

Para exemplificar, usamos novamente o futebol, caso o técnico opte adequadamente em substituir o zagueiro por um atacante, porém, há havendo dois atacantes a sua disposição no banco de reservas, a escolha do técnico deverá recair sobre o atacante que emplaca maior números de gols nos treinamentos, isto é, cuja a probabilidade de gols para reverter o placar se torna maior. Tal como se nota, assim como no critério da submáxima da adequação, o que se estará fazendo é uma eleição de meios otimizáveis, na qual se busca um equilíbrio onde os princípios possam se manifestar na maior medida possível. Importante salientar que, não se trata de um procedimento de exclusão, mas que, efetivamente deva resultar no meio mais eficaz ou menos gravoso, de modo a *otimizar* a aplicação dos princípios em colisão.

Para exemplificar, tomamos o mesmo direito fundamental utilizado por Alexy no caso dos flocos de arroz,¹² uma regra do Ministério Federal da Saúde, família e juventude proibia a venda de chocolate em pó que consistisse substancialmente de flocos de arroz. A finalidade da lei era proteger os consumidores de adquirirem o produto erradamente, pensando que estavam adquirindo cacau. Neste exemplo, temos a *colisão* a liberdade de profissão (P1) e a proteção ao consumidor (P2) e dois meios igualmente idôneos para resolvê-la, a proibição de venda (M1) e a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Com relação (P2) é indiferente a escolha entre os meios (M1) e (M2), mas para (P1), a escolha do meio impõe uma *otimização das possibilidades fáticas*,¹³ pois, a eleição de (M2) permitirá a realização em uma maior medida de (P1) o

¹² - Idem. Ibidem. p.398.

¹³ - Alexy vai construir uma racionalidade a partir do conceito de princípios como mandamentos de otimização em face das diversas possibilidades fáticas e jurídicas, as máximas da necessidade e da

que se se escolhesse (M1) que nele interfere de modo muito intenso. A partir desta análise, a proibição de venda (M1), apesar de adequada, revela-se muito severa ao caso, podendo se adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando, qual seja, a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Tal tarja já é suficiente para promover a proteção ao consumidor e permite, em contrapartida, que a liberdade de profissão seja realizada na maior medida possível. O consumidor estaria sendo previamente informado de que os chocolates eram fabricados com flocos de arroz e assim não incorreria em erro, pensando estar adquirindo um produto composto por cacau e em contrapartida, a colocação de um aviso informando a composição do produto constitui uma intervenção mais suave à liberdade profissional que resta otimizada na *ponderação*.

Assim, diante de tal caso, cumprindo a máxima da proporcionalidade alexyana, em observância a submáxima da necessidade, já poderíamos identificar que os meios utilizados pelo legislador para a construção dos princípios da liberdade de profissão (P1) e a proteção ao consumidor (P2) foram idôneos. Todavia, muito embora adequada, revelou-se extremamente severa ao caso concreto, podendo se adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando à atividade profissional da empresa, uma vez que impedia o funcionamento da empresa, ao invés de obriga-la a manter a compatibilidade do produto com a tarja da embalagem, infringindo desta maneira, com maior peso o direito fundamental da liberdade profissional.

O terceiro exemplo utilizado por Alexy é o caso sobre o testamento. Onde a norma de Direito Civil pretendia impedir os mudos analfabetos de testar. A finalidade da norma era garantir a segurança jurídica e a proteção das pessoas sem capacidade de autodeterminação da vontade. Todavia, a *Grundgesetz* argumentou que a proibição era um meio muito severo, pois haveria um meio mais brando de se garantir tal proteção. Sugerindo então, a autorização notarial, sem que se retirasse a capacidade testamentária dos mudos analfabetos, uma vez que a deficiência física e o analfabetismo, não

adequação que decorrem da natureza dos princípios como *mandamentos de otimização* em face das *possibilidades fáticas*, enquanto que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem *mandamentos de otimização* em face das *possibilidades jurídicas*. Tal divisão analítica da proporcionalidade em três submáximas que implica na segmentação da apreciação das possibilidades fáticas e jurídicas tem seu fundamento pelo fato de a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito fazer a exigência de um *sopesamento* em face da relativização das possibilidades jurídicas. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117.)

caracterizam por si só a ausência de capacidade para os atos da vida civil dos mudos analfabetos.¹⁴

De certa forma, as interpretações equivocadas com relação à Teoria da Máxima da Proporcionalidade, que passam diretamente à submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, sem observarem as submáximas da *adequação e necessidade*, podem surgir da observação que Alexy faz quando se aborda o tema das duas primeiras submáximas, advertindo que nem sempre os critérios da *adequação* e da *necessidade* conduzem com tanta facilidade a um resultado.

Para Alexy há duas hipóteses que devem ser configuradas, a primeira, destaca o autor que o *espaço para jogo*¹⁵ não é de *ordem estrutural*¹⁶ mas *epistêmica*¹⁷. Os critérios

¹⁴ - ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 399.

¹⁵ - Segundo Alexy, uma Constituição deve apresentar um equilíbrio em sua normatividade, no sentido de que nem deve conter a resposta para todos os casos, nem deve deixar todos os temas em aberto, regulando basicamente só a forma, como se fosse uma mera moldura. Este meio termo é alcançado em Alexy através de uma combinação de dois critérios de classificação das constituições. Assim, Alexy sugeri uma espécie de equilíbrio entre dois tipos de ordem: *marco e fundamental* se encontra: 1) na identificação do *espaço para jogo* e 2) na capacidade de se ponderá-los racionalmente, ou seja de se fechar racionalmente a abertura. A identificação do *espaço para jogo* consiste em limitar o *espaço para jogo* da *ponderação de princípios*, alerta o autor que a *ponderação* só deve ser usada em alguns momentos especiais, tornando-se inadequada em outras horas. Esta tarefa de identificação dos *espaços* é possível através da sistematização das situações em que tais *espaços* se configuram, entendendo-se que as demais situações se encontram na *moldura*, conformando o *marco*, e que por conseguinte, estão reguladas pela Constituição e dispensam a *ponderação*. Este primeiro movimento consiste na organização dos *espaços* em dois tipos: os *espaços estruturais* e os *espaços epistêmicos*, ambos comportando subdivisões. Já a capacidade racional de ponderação de um espaço para jogo, consiste em reforçar a racionalidade do 'procedimento da ponderação'. Estes reforços são alcançados com a introdução da *fórmula do peso* [*Gewichtsformel*] e da *teoria de escalas*. Ambos os conceitos serão apresentados entremeados à exposição dos tipos de *espaços para jogo*, justamente por estarem intimamente relacionados à sua compreensão sendo deles indissociáveis. Com a adoção da *fórmula do peso* [*Gewichtsformel*] e da *teoria de escalas*, Alexy aperfeiçoa o *procedimento da ponderação*, alcançando os lindes da *ponderação racional dos espaços para jogo*. São as chamadas *situações de empate* [*Pattfälle*]. Nos casos de empate fatores políticos, sociais, subjetivos resolverão a abertura. Todos estes fatores são extrajurídicos e arbitrários por excelência. (ALEXY, Robert. "Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária" in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.53 e ss.)

¹⁶ - O *espaço estrutural* se constitui na possibilidade de ação legislativa, em face de ausência de uma proibição ou obrigação constitucional. Neste caso, fica ao arbítrio do legislador se quer intervir e em que medida; é portanto, o que se encontra no interior da moldura de uma *ordem constitucional marcofundamental*, e se caracteriza pelo que é constitucionalmente possível, por não estar nem proibido, nem ordenado. (ALEXY, Robert. "Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária" in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.59)

¹⁷ - Já o espaço epistêmico existe quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paire a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariedade. Segundo Alexy, o *espaço cognitivo*, se origina a partir dos limites da capacidade para conhecer os limites da Constituição. Tal desconhecimento pode se dar devido a incertezas de premissas de ordem empírica ou de ordem normativa. Nos *espaços epistêmicos* os princípios formais ganham uma maior relevância. Poderíamos afirmar que diante da incerteza das premissas, os princípios fundamentais deveriam prevalecer, a similitude do brocardo *in dubio pro reu*, ou seja, em caso de incerteza deve optar-se sempre pela premissa mais favorável aos direitos fundamentais. Porém se assim se

da *necessidade* e da *adequação* envolvem questões empíricas que nem sempre estarão seguramente delimitadas, o que acaba acarretando o desconhecimento sobre o *grau de interferência* nos direitos fundamentais e com isto estaremos diante de um *espaço epistêmico*. Isto fica nítido na análise do caso do uso da *cannabis*,¹⁸ uma vez que a falta de conhecimento científico quanto aos malefícios da erva, implica a linha decisória do Tribunal, que justifica a sanção penal pela existência de uma *discricionariedade epistêmica empírica*.

Resulta afirmar que, caso as duas primeiras etapas da Máxima da Proporcionalidade, *necessidade e adequação*, alcance o limite de otimização sem resultar no fim da colisão principiológica do caso concreto, ou seja, quando qualquer dos meios brandos elencados impedir que seja feita uma otimização. Nas palavras de Alexy: “*Freqüentemente aparecem meios mais benignos ao direito fundamental afetado, que a sua vez favorecem efetivamente em igual medida o fim perseguido pelo legislador, mas que também implicam a desvantagem de restringir um terceiro princípio ou fim.*”

Significa que quando temos colisões de princípios fundamentais, diferente daquilo que se vê nos tribunais, em especial no Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte, não deve ocorrer diretamente a aplicação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, pularmos diretamente para o terceiro estágio, e de maneira rasa realizar o *sopesamento*.

Torna-se sempre importante destacarmos, que podemos verificar colisões de princípios, construídos adequadamente, que tratam de direitos fundamentais que podem ainda ser resolvidos por meio da submáxima da *necessidade*, sem precisarmos adentrar no terreno de areia movediça da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

procedesse, estar-se-ia vedando totalmente a ação do legislador, o que feriria o princípio da democracia e da separação dos poderes. O poder legislativo é eleito para representar os interesses do povo e não pode ver sua função ordinária, limitada por um freio e contrapeso não legítimo. Portanto, estes princípios formais da democracia e da separação de poderes alicerçam a existência dos ‘espaços epistêmicos’. (ALEXY, Robert. “Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária” in: *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia. (2003), p.83)

¹⁸ - O *espaço epistêmico de tipo empírico* pode ser visualizado no caso *cannabis*. Saber se a proibição penal dos derivados de *cannabis* se legitima, depende da averiguação de se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é *adequada e necessária* para diminuir os perigos associados a esta droga e a *contrario sensu*, se não for *adequada* ou *necessária*, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas mas a sua decisão é no sentido inverso, isto é, “*não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou outra alternativa*”. Com isto deixa uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente. (ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.83.)

Repisa-se, podemos estar diante de um caso que há adequação dos meios empregados pelo legislador para proteger os direitos fundamentais,¹⁹ mas que diante da necessidade,²⁰ poder-se-ia encontrar o princípio preponderante, respeitando as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional.²¹ Se caso o

¹⁹ - Vejamos, se um meio M, adotado para fomentar o princípio P₁ não é ADEQUADO a esse fim, e obstrui a realização de outro princípio P₂, podemos afirmar que não haverá prejuízo para P₁ ou P₂ caso M seja omitido, mas haverá prejuízo para P₂ se M for adotado. Então, P₁ e P₂ tomados conjuntamente podem ser realizados em seu maior grau em relação ao que é factualmente possível se M é abandonado. P₁ e P₂, se considerados conjuntamente, proibem o uso de M. (DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Nas fronteiras da Argumentação. A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy. Salvador: JusPodivm, 2016. p.75.) Como se pode notar, a submáxima da adequação não mostra o(s) meio(s) (M) idôneo(s) para se atingir determinada finalidade que deverá prevalecer. Todavia, demonstra somente se um determinado (M) é ou não idôneo ou apropriado. (STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 139-207.)

²⁰ - Com relação à submáxima da necessidade, requer-se que, havendo dois meios de promover o mesmo princípio, a decisão recaia sobre aquele meio menos gravoso, ou seja, que interfira o menos intensamente possível nos demais princípios em colisão. Segundo Alexy, devem ser aplicados os meios com menos intensidade e que sejam igualmente adequados, capazes de melhorar a posição de uma das partes sem qualquer custo para as demais. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.150).

²¹ - A teoria da argumentação jurídica guarda relação com a teoria do discurso. Procura demonstrar a viabilidade de uma fundamentação racional do discurso, calcada em uma série de regras. Desse modo, as normas de decisão expressam o acordo que melhor satisfaz racionalmente os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando-se a autonomia de cada um. Alexy, influenciado pela escola de Erlangen e pela filosofia analítica inglesa de Hare, adota, para o desenvolvimento de uma teoria do discurso moral, um método construtivista de racionalidade pragmática, fundada na justificação das assertivas propostas. Disso faz resultar que, uma proposição imperativa moral bem justificada, dentro de uma visão racionalista pragmática, significa pressupor idealizações de base, principalmente de natureza linguística em um partilhado entre os falantes, possibilitador da fusão de horizontes e, por consequência, gerador de consenso sobre certas verdades parcialmente obtidas num processo dialético, a construção da racionalidade prática se dá pela estruturação discursiva em torno da pragmaticidade. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, págs. 163-179). O discurso geral racional prático, que consiste na estruturação de uma série de formas e regras, que servem de baliza à construção de um discurso prático racional geral, capaz de atingir à pretensão de correção, sendo aceito como válido perante um auditório universal. A partir desta teoria geral do discurso moral, Alexy irá desenvolver a sua teoria da argumentação jurídica, como um caso especial deste, limitado pela lei, dogmática e precedentes, podendo incluímos também, as súmulas vinculantes. Dito isso, destaca-se que as regras do discurso prático em geral estão partilhadas dentre as regras fundamentais; regras de razão; regras sobre a carga da argumentação; regras de fundamentação e as regras de transição. (Idem, ibidem p. 190-208.). As regras fundamentais são as seguintes: 1 – Nenhum falante pode contradizer-se (princípio da não contradição); 2- Todo orador só pode afirmar aquilo em que acredita (princípio da sinceridade); 3- Todo orador que aplicar um predicado a um objeto tem de estar preparado para aplicar o mesmo predicado a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes (princípio da universalidade); 4- Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes; 5- Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados (princípio da comunidade). (Idem, ibidem p. 191-193.). As regras da razão devem nortear o discurso prático racional geral: 1- Todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação; 2- Qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); 3- Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item 2, por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso. As regras de carga da argumentação são as seguintes: 1 – Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente está obrigado a justificar. 2- Quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa

intérprete, suprimir as etapas, seja da adequação, seja da necessidade, partindo diretamente para a terceira submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, sua fundamentação na visão de Alexy será, inexoravelmente, (ir)racional.

De outra banda, ainda que ultrapassemos os exames de *adequação e necessidade*, cumprida as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional,²² e ainda as duas primeiras etapas restarem incapazes de resolver a *colisão* de princípios, como mandamentos de *otimização* em face das *possibilidades fáticas*, onde há diversos meios que fomentam a finalidade perseguida em graus distintos, inexoravelmente, devemos ingressar na terceira etapa da *ponderação*, a *proporcionalidade em sentido estrito*, onde os princípios passarão a vigorar como mandamentos de *otimização* em face das *possibilidades jurídicas*.

Diante disso, sabemos que um dos problema que acompanha o homem desde o início das primeiras décadas do século XX, exsurge quando se deparamos diante do conflito de princípios que tutelam direitos fundamentais com semelhante relevância. Dito de outra forma, quando há regras construídas por meios adequados pelo legislativo, e já

apresentar uma razão para fazer isso; 3- Quem apresentar um argumento está obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários; 4- Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, precisa justificar tal intervenção quando lhe for pedido. Alexy desenvolveu ainda as *regras de fundamentação*: 1 – Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética de que esteja na posição dessas pessoas; 2- As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo têm de ser aceitas por todos; 3- Toda regra tem de ser clara e poder ser ensinada de forma aberta e geral; 4- As regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode suportar esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou, b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim; 5- As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização; 6- Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta. As *regras de transição* (passagem da argumentação jurídica para a argumentação prática ou analítica) Alexy descreve da seguinte maneira: 1- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer transição para o discurso empírico; 2- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso linguístico analítico; 3- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso prático sob o qual está operando. A proposta de Alexy das regras do discurso prático em geral, partilhadas dentre as regras fundamentais foram formuladas por com o intuito de construir um método através do qual se possa transitar com segurança na busca da pretensão de correção por meio de uma construção argumentativa do discurso prático racional geral (aplicável às regras morais). Tais regras, entretanto, são plenamente aplicáveis, ainda que por aproximação, ao discurso jurídico, com o suplemento, entretanto, de outras específicas, como as de justificação interna e externa, formuladas para adequar a sistemática argumentativa especial do discurso jurídico.

²² - As submáximas da proporcionalidade decorrem do caráter principiológico dos direitos fundamentais, que funcionam como elementos que definem o que Alexy definiu com o termo “*otimização*” na sua teoria dos princípios. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.587).

superamos, na interpretação do caso concreto, a submáxima da *adequação e necessidade*, ou seja, quando nos depararmos com casos em que persiste o conflito principiológico,²³ devido o arcabouço normativo não oferecer o regramento adequado.

Nesse caso, em regra, o que se nota é a mais rasa aplicação de princípios constitucionais na tentativa de resolução de casos considerados atípicos, onde há nítido conflito principiológico. Mas, como os princípios operam numa dimensão de peso e, portanto, colidem, Alexy perguntaria como que iremos estipular a regra precisa para utilização nesse caso, qual teria maior peso. Nesse momento, Alexy vai sugerir a submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois mais uma vez, no sentido amplo da proporcionalidade já operamos com as submáximas da *adequação e necessidade* de maneira prévia.

Logo, somente na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, que o julgador poderá operar a partir do *sopesamento* (ponderação). Alexy destaca que, quanto maior for o grau de intervenção de um princípio (P1), menor será a intervenção, ou o grau de satisfação do outro princípio (P2). Para exemplificarmos mais uma vez, quanto maior for o peso do princípio da liberdade de profissão (P1), menor será o caso do princípio da proteção ao consumidor (P2). Em síntese rasa, esta é a lei material da ponderação sugerida por Alexy, o que resulta afirmar desde já que, não se trata do modo com que os tribunais, assim como, parte considerável da doutrina, recepcionaram a teoria alexyana.²⁴

Esta fórmula revela que a *ponderação* se realiza em três etapas: *primeiro* se define a necessidade de *intervenção*, *segundo* se estabelece a importância dos *fundamentos justificadores da intervenção*, e na *terceira* etapa acontece efetivamente a *ponderação*, quando então os dois primeiros planos, *intervenção* e *importância* são abordados de forma relacionada.²⁵

²³ - Laurence Tribe e Michael Dorf em “*On Reading the Constitution*” também criticam a distinção dos casos jurídicos entre fáceis e difíceis: “É um erro supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da *Supreme Court*, que apontam as discórdias entre os juizes como se quisessem dizer: vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 306-309.

²⁴ - ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais. 1997. p. 161.

²⁵ - ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar- Fundação Getúlio Vargas. n.º. 217. julho-dezembro de 1999. p. 78

A *primeira* etapa da *ponderação em sentido estrito* é o estabelecimento do grau de *não satisfação* ou de *afetação* de um princípio. A *proporcionalidade em sentido estrito* consiste numa relação na estrutura jurídica dos princípios em *colisão*. Em uma *colisão* temos dois princípios que tomados isoladamente levam a *juízos reciprocamente contraditórios*. Por exemplo, no caso de uma *colisão* entre (P1) e (P2), se optarmos por utilizar (P1) algo se tornar obrigatório e se optarmos por utilizar (P2) este mesmo algo se tornar proibido.

A existência destes *juízos reciprocamente contraditórios* revela que os princípios possuem *pesos relativos* que não são atribuídos isoladamente, mas dependem de seu choque com o outro princípio em *colisão*. Há, portanto, na *colisão* uma zona de interpenetração mútua, na qual a efetivação de um princípio *interfere* na efetivação do outro. Por esta razão, falar em *não satisfação* é o mesmo que falar de *interferência* e podemos usar a notação (IP_i), para representar a *interferência* em (P_i), por exemplo, no primeiro caso do *cabeleireiro*, a liberdade de profissão. Importante frisar que, as *interferências* são sempre grandezas concretas, que só devem ser estabelecidas nas situações *in concreto*. Inclusive, a notação utilizada por Alexy é bastante elucidativa: (IP:C). Esta notação atrela a *interferência* à análise do caso concreto (C). Cabe por derradeiro mencionar que a *interferência* de (P_i) será graduada segundo a *escala triádica* em (l, m ou s).²⁶

A *segunda* etapa da *ponderação* consiste no estabelecimento do grau de *importância* do outro princípio em *colisão*. A *importância* é vista como uma grandeza integrada, composta por uma parcela hipotética e por uma concreta. A notação que expressa a *importância concreta* [*Wichtigkeit*] é (WP_jC), nos quais (W) corresponde à *importância* e (C) o caso concreto. No entanto, a medição do conceito de *importância* não é dada mais pelos argumentos que sustentam a *precedência do princípio*²⁷, mas pelo resultado que adviria se houvesse uma *omissão de interferência* do princípio oposto, se o princípio oposto não fosse limitado e perfizesse todos os efeitos no mundo jurídico. Para Alexy este conceito adquire a seguinte formulação: *a importância concreta de (P_j) se mede segundo o grau de intensidade da intervenção em (P_j) que é produzida pela não*

²⁶ - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.601.

²⁷ - Em 1986 *importância* era definida como o peso das razões que justificavam a *precedência* e consequente *interferência* no princípio precedido. A partir de 2002 o conceito se tornou mais sofisticado. Havendo uma relação entre *interferência* e *importância*. A *importância* passa a ser vista como uma grandeza integrada, composta por uma parcela hipotética e por uma concreta.

intervenção em (Pi). Um detalhe interessante é que, ao tratarmos da *importância* através da *intensidade de interferência*, podemos equiparar as grandezas, pois a *importância* de um princípio é o mesmo que a *interferência* do outro. A contrapartida de (IPiC) é (WPjC), isto é, quando nos referimos à *importância* de (Pj), estamos nos referindo à *interferência* de (Pi).²⁸

A terceira etapa da *ponderação* consiste em uma comparação entre as grandezas *interferência* e *importância*, o que ocorre na verdade é uma relação entre as *interferências*, onde nove situações são possíveis.²⁹ Após ultrapassar a análise das três etapas, Alexy acrescentando outros aspectos nos casos em que os pesos abstratos de cada princípio são diferentes, simbolizando-os por (GPiA) e (GPjA), resultando na seguinte expressão: $GP_{i,j}C = IP_i C \cdot GP_i A / WP_j C \cdot GP_j A$. Todavia, a fórmula do peso recebe novo elementos, para quando a colisão envolve mais de um princípio em favor de uma intervenção em determinado direito fundamental, vejamos: $GP_{i,j}C = IP_i C \cdot GP_i A / WP_j C \cdot GP_j A + WP_n C \cdot GP_n A$.³⁰

Sendo dedicado os seguintes pesos, para (l, 1), (m,2) e (s, 4). O peso concreto de (Pi) surge da seguinte atribuição de valores, sendo: 1, 2 e 4 a (IPiC) e (WPjC), dependendo da valoração da *intensidade* da *intervenção*, e também, do grau de importância (leve – mediano – alto). Em todos os casos nos quais (Pi) terá precedência diante de (Pj) o valor do primeiro será maior que 1, e os três valores no caso de sua primazia serão os seguintes: $l/s = 1/4$. $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$. O mesmo serve para os casos de primazia de (Pj) sobre (Pi).³¹ A discricionariedade do legislador exsurge nos casos de equivalência de valores, mas não é ilimitada. Ele só está autorizado a agir dentro dos limites do empate (l/l).³² À exemplo do Recurso Extraordinário 608.482, se pretendermos proteger o *interesse individual da candidata*, conseqüentemente a interferência no

²⁸ - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.604.

²⁹ - Há três constelações nas quais a interferência em Pi é mais intensiva do que em Pj, ou seja onde Pi precede a Pj, de acordo com a *lei de colisão* (Pi PPj)C: (1) IPiC: s / IPjC: l - (2) IPiC: s / IPjC: m - (3) IPiC: m / IPjC: l. A estes três casos de precedência de Pi correspondem três casos de precedência de Pj, ou seja (Pj PPi)C: (4) IPiC: l / IPjC: s - (5) IPiC: m / IPjC: s - (6) IPiC: l / IPjC: m. Além destes seis casos, há três *casos de empate*. Nestas situações, de *empate*, estamos diante do limite do *procedimento da ponderação*, configurando-se o *espaço estrutural*. Nestas hipóteses, há ausência de uma solução racional, que se torna discricionária, a ser decidida de acordo com a vontade do legislador: (7) IPiC: l / IPjC: l - (8) IPiC: m / IPjC: m - (9) IPiC: s / IPjC: s.

³⁰ - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.604-605.

³¹ - Idem. Ibedem.

³² - ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.75

interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público também aumenta. No entanto a solução só estará justificada se paralelamente ao aumento da *interferência* no *interesse público*; o *interesse individual* do candidato também aumentar.

Agora, o próprio Alexy quando se refere diretamente aos *direitos fundamentais*, destaca que não são um objeto possível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais, isto é, impasses reais no *sopesamento*, de forma a torná-los praticamente sem importância.³³ E, neste caso reconhece Alexy, inclusive, a possibilidade da existência de uma *discricionariade para sopesar*, tanto uma discricionariade estrutural do legislativo, quanto a mais danosa de todas elas, a do judiciário. Tal fragilidade teórica tem suas origens na discricionariade epistêmica, que surge quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariade.

Conforme Alexy, a *discricionariade epistêmica empírica* relaciona-se à cognição do legislador sobre os fatos empíricos e das suposições empíricas que fundamentam a intervenção em direitos fundamentais.³⁴ Podemos exemplificar, tomamos como exemplo o caso utilizado por Alexy da *cannabis*, ou seja, saber se a proibição penal dos derivados de *cannabis* se legitima, depende da averiguação de se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é *adequada e necessária* para *diminuir os perigos associados a esta droga* e a *contrario sensu*, se não for *adequada e necessária*, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas mas a sua decisão é no sentido inverso: “*não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou outra alternativa*”. Com isto deixa uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente.³⁵

Já a discricionariade *epistêmica de tipo normativo* se caracteriza, pela incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais envolvidos, nas palavras de Alexy, “*quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de*

³³ - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.611.

³⁴ - Idem. Ibidem p.612.

³⁵ - ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colégio de registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.83.

determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração”.³⁶

Por fim, a referida incerteza normativa que paira sobre os direitos fundamentais reside no *sopesamento*, uma vez que o ponto fulcral é decidir como deve ser definida a relação entre a discricionariedade estrutural e epistêmica para *sopesar*. Por estarmos tratando de direito fundamentais, a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção deve ser tão maior quanto for a intervenção. Fato este, que leva Alexy a uma segunda lei do *sopesamento*.³⁷ Na verdade, os direitos fundamentais por um lado podem permitir, assim como, doutro lado podem proibir, o que num determinado caso, pode ser extremamente difícil identificar quais os lados pode ser mais bem fundamentado, ocorrendo um *impasse epistêmico*, onde se torna impossível sair de tal aporia sem o amparo da discricionariedade.

Realizada uma síntese apertada, de maneira alguma exaustiva, sobre a Máxima da Proporcionalidade de Robert Alexy, debruçemo-nos sobre o caso concreto do Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte, quando os Ministros defenderam em seus votos, princípios distintos para firmarem posições antagônicas. Momento que, inexoravelmente, poder-se-ia realizar a abordagem da tese central da máxima da proporcionalidade, por meio da observância das três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). O que no Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte, inexoravelmente, não ocorreu, uma vez que os Ministros, passaram diretamente à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, conferindo pesos as princípios que defendiam, sem priorizarem as submáximas da adequação e necessidade, (des)observando as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional.

III. Considerações finais: O critério da Máxima da Proporcionalidade diante do Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte

Inicialmente, convém observar que a sugestão da Máxima da Proporcionalidade alexyana para oferecer uma resposta adequada ao caso do RExt 608.482/RN surgiu dos

³⁶ - Idem. Ibidem. p.84

³⁷ - Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.617).

votos dos Ministro Teori Zavascki e do Ministro Luís Roberto Barroso, uma vez que ambos utilizaram como argumentos conflitantes, exatamente, a colisão entre os princípios, de um lado o princípio do *interesse público* de dar cumprimento ao dispositivo constitucional (art.37, II), e doutro lado, o princípio do *interesse individual* da candidata em manter o cargo público, defendido pelo relator Ministro Teori Zavascki, e o princípio da *proteção da confiança* (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), sustentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O Ministro Teori Zavascki, sustentou: “*Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores,³⁸ que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer.*” Já o Ministro Luís Roberto Barroso, sustentou: “*Ao contrário, a questão pode suscitar interessante caso de ponderação de normas constitucionais..., tem-se o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima. [...]De um lado, o princípio da obrigatoriedade do concurso público..., tem-se o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima.*”

Dito isso, passamos a análise do caso concreto, mas já podemos destacar inicialmente, que ambos os Ministros, em nenhum momento dos seus votos, mencionou “*graus e pesos*” *de satisfação ou de afetação de um princípio, ou de importância do outro princípio em colisão, e ou, as grandezas de interferência e importância*, isto é, fizeram como o senso comum teórico faz, a *regra no tudo ou nada e, princípio* na ponderação. Mas ressalva-se, sequer ponderação tal como Alexy prescreve foi realizado nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, o ministro Teori Zavascki identificou o conflito entre o *princípio do interesse individual* da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, e o *princípio do interesse público* de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), e assim, passou a arbitrar os graus de *afetação e importância*, do mesmo modo, os níveis das grandezas de *importância* dos princípios, e decidiu que deveria prevalecer o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo

³⁸ - Cumpre destacar que a menção de “*valores*” utilizada pelo Ministro Teori diz respeito à “*Princípio*”, este de caráter deontológico, cumprindo papel normativo. Já “*valores*” são atribuições dedicadas aos *Princípios* quando se encontram em conflito, para verificarmos aquele que irá preponderar para determinado caso concreto.

constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), isto é, o Ministro Teori Zavascki sem analisar as submáximas da *adequação* e *necessidade*, iniciou seu voto se referindo diretamente ao *sopesamento* de ambos os princípios em colisão.

O Ministro Luís Roberto Barroso inaugurou a divergência, apesar de seguir o mesmo caminho do *sopesamento*, discordou dos princípios em conflito sustentados pelo Ministro Teori Zavascki, para votar pelo desprovimento do Recurso Extraordinário. Ressaltou a colisão entre os princípios da *proteção da confiança* (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), e o princípio *do interesse público* de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), isto é, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, deveria haver a substituição do princípio *do interesse individual* da candidata em manter o cargo público, pelo princípio da *proteção da confiança*, uma vez que segundo o Ministro, teria havido desconsideração da sensível diferença de estabilidade entre, por exemplo, uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão de mérito de segunda instância.

Embora a pretensão do artigo seja analisar o voto do relator Ministro Teori Zavascki, e o voto que abriu a divergência do Ministro Luís Roberto Barroso, pois ambos disseram utilizar a Lei do *Sopesamento*. Convém destacar o voto da Ministra Rosa Weber, que trouxe observação importante. A Ministra observou que a posse no cargo se deu por força dessa liminar, tendo a candidata sido aprovada na primeira e quarta etapas, reprovada na segunda etapa, e não tendo se submetido à terceira etapa. Asseverou, que talvez este caso concreto não seja o melhor para examinar a tese trazida pelo eminente Ministro Luís Roberto, porque ela não concluiu o concurso público, logo o princípio a tutelar o interesse da candidata não seria o princípio da *proteção da confiança*, assim como pretendia o Ministro Luís Roberto Barroso, mas verdadeiramente, os princípios em colisão deveriam ser aqueles trazidos pelo Ministro Teori Zavascki.

Não obstante, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a tese trazida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte era de fato infeliz, pois a teoria do fato consumado não teria base constitucional, porém o princípio da *proteção da confiança* teria como base constitucional o princípio da segurança jurídica, e assim, acabou substituindo o princípio. Então de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso seria possível fazer a *ponderação, para um lado ou para o outro, cada um de acordo com a*

sua convicção.³⁹ Ainda, diante de uma visão iluminista, criou três novas submáximas,⁴⁰ que justamente orientariam a sua decisão no sentido que ele desejaria chegar, negar o improvimento do recurso.⁴¹

Mas veremos, *que a Máxima da Proporcionalidade poderia oferecer ambas as respostas*, tanto a improcedência do recurso, com a requerida Vanusa Fernandes de Araújo permanecendo no exercício da função de policial civil, quanto a procedência do recurso, como a requerida devendo ser afastada definitivamente do cargo público, pois a resposta da *Máxima da Proporcionalidade* alexyana depende, única e exclusivamente, do controle racional intersubjetivo do intérprete, ou seja, da arbitrariedade dos “*graus e pesos*”.⁴²

Na breve síntese apresentada no capítulo anterior vimos que a teoria da *Máxima da Proporcionalidade* alexyana é sofisticada, e assim como outras tantas teorias, tem o propósito de enfrentamento da indeterminação do Direito, em particular, diante das decisões tomadas pelo *Bundesverfassungsgericht*. A teoria da *Máxima da Proporcionalidade* alexyana é procedimental, e buscando a todo momento sanar a

³⁹ - Nesta passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nota-se perfeitamente a observação realizada pelo saudoso Prof. Luiz Alberto Warat quando se referia aos efeitos da teoria alexyana, “um novo neoconstitucionalismo que ameaça constitucionalizar todos os campos do Direito, uma teoria da argumentação, despreocupada por revelar os mecanismos persuasivos da fundamentação jurídica e o caráter de verossimilitude retórica das verdades processuais passa a se ocupar como Alexy das formas de garantir uma objetividade racional para a fundamentação do Direito. Percebe-se também a metáfora criada por Warat, que já em 1980, havia desenvolvido a metáfora do “*Jogo da Cachangá*”, a intenção original era criticar a *dogmática jurídica* pela sua capacidade de se adaptar às circunstâncias, criando “*coringas*” (*a Katchanga Real*) para salvar as teorias em situações problemáticas. Nas palavras de Warat, a dogmática seria “*um jogo de cartas marcadas. E quando alguém consegue entender as “regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo...*”. Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora a *teoria da Katchanga*, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos. (WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p.58)

⁴⁰ - No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. (Voto Ministro Luís Roberto Barroso - REExt 608.482/RN p.8)

⁴¹ - Conforme exemplo utilizado por Streck nos seus Seminários de Doutorado em Direito Público na Unisinos. Podemos afirmar que o voto do Ministro Luís Roberto Barroso é uma espécie de “*Fator Target*”, primeiro o intérprete atira a flecha e depois desenha o alvo. Em outras palavras, ele nunca erra.

⁴² - Segundo Warat, os seguidores de Alexy apostam nas possibilidades de construir uma teoria da argumentação que tenha como objeto resolver racionalmente os problemas centrais da doutrina do método jurídico para a interpretação da lei e fundamentação de sentenças. O controle racional intersubjetivo em lugar da compreensão dos modos e usos persuasivos, apoiados por certo magma de referentes ideológicos que criam os efeitos de verossimilitude como se fossem efeitos de verdade. (WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p.62)

indeterminação do Direito, se utiliza da discricionariedade, sem a qual a própria teoria subsistiria.

Vejam, a condição de possibilidade para o intérprete, no nível do *sopesamento* conceder o *peso* à determinado princípio em conflito, já parte do pressuposto de um arbitramento. Mas não obstante, nos níveis anteriores da *adequação e necessidade*, o autor também não apresenta o modo de dizer se é adequado ou não. Há somente uma pergunta: se o *meio* é adequado ou necessário, seguindo os critérios propostos pelo autor.

Diante disso, se a resposta for *sim* ou *não*, não faz nenhuma diferença,⁴³ pois a maioria dos argumentos utilizados por Alexy pode ser utilizado o velho critério de verificabilidade semântica do *neopositivismo lógico*. Da mesma forma, na submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, tanto no critério utilizado para a atribuição de valores ao *peso* concreto dos princípios em coalisão (1, 2 e 4), quanto na valoração da *intensidade de intervenção* em grau de importância (leve – mediano – alto), podemos inserir a palavra “não” é leve, pois a teoria alexyana não oferece condições procedimentais para resolver, de modo efetivo, os conflitos de princípios, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.⁴⁴

⁴³ - Convém destacar o problema do *neopositivismo lógico*, a condição semântica de sentido, pode ser refutada com a oposição da palavra “*não*”. Lenio Streck utiliza o exemplo do “caso do touro Osborne” para apontar tal refutação. Em 1988 foi aprovada na Espanha a *Ley General de Carreteras*, que, em um dos seus dispositivos (art. 24) proibiu a colocação de publicidade nas zonas vizinhas e visíveis da estrada. A pena era uma pesada multa. A empresa Osborne, antes da entrada em vigor da lei, retirou a palavra “*veterano*” dos imensos touros negros à beira da estrada (eram imensos *outdoors*, contendo ao centro a marca do conhaque “*veterano*”). Entrando em vigor a lei, a empresa fabricante do conhaque foi multada. A querela chegou ao TS. A discussão: o que é publicidade. O “imenso touro negro” é publicidade, mesmo sem a palavra “*veterano*”? O Tribunal Supremo deu ganho de causa ao fabricante do conhaque, utilizando argumentos como “*o touro já não transmite qualquer mensagem aos espectadores, na medida em que a palavra ‘veterano’ fora apagada*”; “*para a generalidade dos cidadãos, o touro se transformou em algo decorativo, que já faz parte da paisagem*”; “*a presença da expressão ‘veterano’ não faz com que aumentassem o consumo do conhaque*”; “*o touro é esteticamente bonito*”; “*o touro é como uma escultura e não como um outdoor*”. O Tribunal decidiu sem qualquer respeito à integridade e a coerência do Direito, além de não ser uma decisão de princípio. Por exemplo, como saber o modo como as pessoas veem os grandes touros negros à beira das autopistas? Está-se diante de um enunciado empírico, em que o “*sim*” e o “*não*” são absolutamente arbitrários. (STRECK, L.L. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 261.)

⁴⁴ - Ver nota 36, quando o próprio Alexy deixa claro que: “*quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração*”

Nesse diapasão, ou se ingressa no teor da *substância*,⁴⁵ para se buscar as condições de possibilidades, de modo a afirmar que algo é *verdadeiro*.⁴⁶ Através da (re)construção do chão linguístico onde está assentada a tradição, de modo a possibilitar o aparecimento do fenômeno, onde a partir disso, conseguimos nos aproximar da coisa. Uma vez que a coisa tem relevante importância porque é nela que eu bato, pois quando estou falando da coisa mesma, estou falando de um texto, e quando falo em texto, estou ao mesmo tempo falando de tradição, de uma tradição autêntica, uma tradição testada que me foi entregue por alguém. Então, esse é o modo que temos substancialmente de fazer testes, da distância temporal. Porém, se eu sou *procedimentalista*, assim como é Alexy, partimos inserindo números de maneira puramente *arbitrária*, sem guardar qualquer relação com a *substancialidade*, colocando números e graus no nível do *sopesamento*.⁴⁷

Esse erro se torna fulcral no interior de uma teoria procedimental. Eu posso perguntar o critério semântico de verdade. É importante, se eu dizer: “*chove lá fora*”, e se alguém me contestar, a dizer: “*não chove lá fora*”, tudo bem, porque não chove lá fora,

⁴⁵ - Diante disso, a tradição fenomenológica de Heidegger irá ocupar na história da filosofia um lugar importante, pois trouxera através da analítica existencial, consequências inovadoras para a filosofia no século XX. Mas isso não significa uma nova teoria filosófica como se apresentavam as teorias metafísicas da tradição. Quando se refere à hermenêutica filosófica, se afirma o desenvolvimento de uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido, isto é, uma nova referência à “substância” de Hegel utilizada por Gadamer para expressar a história enquanto tradição. (Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método / Alexandre Morais da Rosa ... [et. al.]; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Pg.23.)

⁴⁶ - Partimos de uma teoria sumamente abstrata e quase formal do conceito de verdade – o máximo sucesso na investigação, por exemplo. Quando aplicamos essa teoria quase formal da verdade a domínios específicos, produzimos teorias mais concretas. (DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.274) Também convém destacar a importante observação de Streck, que o indivíduo, no seu cotidiano, sofre um conjunto de constrangimentos decorrentes da linguagem pública construída na intersubjetividade. Por isso, não estabelece sentidos arbitrários. No plano dos discursos científicos e no âmbito do discurso jurídico e das práticas cotidianas que são descritas e prescritas por aquilo que chamamos de doutrina jurídica, também não podemos “trocar o nome das coisas” e tampouco agir como nominalistas. Aqui assume importância o “constrangimento epistemológico”. Observemos a relevância do estabelecimento de constrangimentos epistemológicos quando levamos em conta que, no âmbito de Direito, o Supremo Tribunal Federal possui a “última palavra” sobre as controvérsias e a interpretação das leis e da Constituição. (STRECK, L.L. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p.42.)

⁴⁷ - Colocar esta questão implica admitir a peculiaridade da situação na qual a compreensão se converte em tarefa científica a admitir que é necessário chegar a elaborar esta situação como hermenêutica. *Todo encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesma a relação de tensão entre texto e presente*. A tarefa hermenêutica consiste então, explica Hans-Georg Gadamer, em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, e sim em desenvolvê-la conscientemente. Por esta razão é que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte histórico que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria lateralidade e por isto destaca o horizonte da tradição com respeito a si próprio. (STRECK, L.L. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p.82.)

uma vez que eu posso demonstrar isso.⁴⁸ Mas se eu dizer, que é alta a *intensidade da intervenção* do Princípio do interesse individual, ou doutro modo, se eu sustentar que é leve a *intensidade da intervenção*, indiscutivelmente, eu necessito de uma substancialidade.

E aqui está o desmonte da teoria de Alexy, se eu arbitro a *intensidade da intervenção* do Princípio do interesse individual como *leve*, e outro intérprete arbitra como *mediano*, não há certo ou errado, pois o critério utilizado por Alexy se coloca em aporia neste caso, pois arbitramento sem substância não resiste nem mesmo a opiniões morais diferentes das minhas.⁴⁹ Assim, se eu tenho que recorrer à *substância*, inexoravelmente, cai por terra a teoria alexyana.

A própria teoria da argumentação,⁵⁰ ainda que bem estruturada, ela mesmo deixa um espaço, e inclusive, Alexy reconhece que é o espaço do “discursivamente possível”, onde muito embora eu esteja observando as regras, eu tenho condições de justificar a decisão “A” ou “B”.⁵¹

Diante disso, com relação aos votos dos Ministro Teori Zavascki e do Ministro Luís Roberto Barroso, embora ambos não tenham utilizado adequadamente a teoria da

⁴⁸ - A hermenêutica não recusa o nível lógico-epistêmico. A compreensão deve ser sempre ser explícita em um nível apofântico. O que não podemos fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos e achar, por exemplo, que um enunciado já contenha todas as suas hipóteses de sentido ou que este seja meramente performativo. A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos e dispensar o âmbito ôntico. Isto é, são os elementos objetivos (ônticos) que podem, de plano, afastar incongruências, contradições e falácias linguístico-discursivas presentes nas decisões judiciais. Portanto, esta ferramenta/critério pode ser útil para afastar as respostas incorretas, inadequadas e/ou falsas. Streck destaca o seguinte exemplo: Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. [...] Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos. Observe-se: não se trata de, simplesmente, apelar para uma verificação empírica stricto sensu. No plano hermenêutico, trata-se de buscar na tradição autêntica. (Idem. Ibidem p.260.)

⁴⁹ - Aqui convém observar, o que Dworkin destacou quando tratou do tema sobre responsabilidade moral na obra “*A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*”, assim dizendo: “*quando estou diante de um indivíduo cujas opiniões morais diferem radicalmente das minhas, não posso ter a esperança de encontrar em meu conjunto de razões e argumentos algo que ele possa aceitar sem ser, a seus próprios olhos, irracional*”. (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.151)

⁵⁰ - Idem. Ibidem p.21.

⁵¹ - O discurso jurídico é prático, por se constituir de enunciados normativos. É racional por se submeter à pretensão de correção discursivamente obtida. É especial, por se subordinar a condições limitadoras ausentes no discurso prático racional geral, a saber – a lei, a dogmática e os precedentes. Essas condições, que institucionalizam o discurso jurídico, reduzem consideravelmente seu campo do discursivamente possível, na medida em que delimitam mais precisamente de quais premissas devem partir os participantes do discurso, fixando ainda as etapas da argumentação jurídica, mediante as formas e regras dos argumentos jurídicos. (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva, Rio de Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011. p.39)

Máxima da Proporcionalidade pelas razões aqui expostas, afirmar-se que tanto a procedência, quanto a improcedência do recurso, poderiam sim ser justificados em Alexy.

Destarte a teoria da *Máxima da Proporcionalidade*, pois entendem que ambas as decisões poderiam ser justificáveis. A pergunta que deve ser feita é se o mero “transcurso do tempo” é elemento determinante para perfectibilizar um ato jurídico perfeito. Pois com se sabe, um ato jurídico perfeito, a coisa julgada material, direito adquirido, são normas constitucionais, e logo não devem servir como *mandamentos de otimização*. Assim, não seria o mero transcurso do tempo que levariam a candidata a adquirir o direito definitivo de investidura no cargo público, aproveitando as palavras da Ministra Cármen Lúcia, “*a garantia do concurso público é uma garantia da República, e não há que se valer o Judiciário - de uma forma ou de outra - a ensejar que alguém aposte na morosidade do Judiciário para não cumprir o que foi exigido*”.

Resulta afirmar que, embora o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, tenha julgado procedente o Recurso Extraordinário 608.482 do Rio Grande do Norte, com base na ponderação, e ainda, mesmo distante dos critérios da *Máxima da Proporcionalidade alexyana*, conclui-se que a decisão de procedência do recurso foi a mais adequada para o caso concreto, uma vez que juízos morais não podem servir de álibis teóricos para justificarem decisões judiciais.