

SUGESTÕES PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA LEI INJUSTA: UM DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE OLMIRO FERREIRA DA SILVA

Márcio Manoel Maidame¹

RESUMO

Este estudo tem a intenção de demonstrar que a proposta do Prof. Olmiro Ferreira da Silva de que o ordenamento jurídico é regido por um escalonamento de valores é pertinente e adequada, relacionando as conclusões deste jurista a outras abordagens jus-filosóficas atuais, como a de Robert Alexy – que trata do conflito de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Trilema Axiológico; Escada de Valores; Proporcionalidade; Hermenêutica; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate that the proposal of Prof. Olmiro Ferreira da Silva that the legal system governed by a scaling of values is relevant and appropriate, linking the findings of this teacher to other jus-philosophical approaches, such as Robert Alexy's which deals with the conflicts of fundamental rights.

KEY WORDS

Axiological Trilema; Scale of Values; Proportionality; Hermeneutics; Fundamental Rights.

¹ Advogado. Coordenador do Curso de Direito e Professor na Graduação e Pós-Graduação da FAAT. Doutorando (UFMG). Mestre (FADISP) e Especialista (PUC/SP) em Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro, assim como o de todos os países que adotaram o *civil law* é bastante marcado por um preponderante normativismo. Tem-se a impressão, nestes países, que o *direito equivale à lei* (positivismo/dogmatismo).

Nestas linhas quer-se por em debate um efeito negativo deste formalismo jurídico: *a possibilidade do Parlamento e do Executivo têm de manipular o ordenamento jurídico por meio da aprovação de um conjunto de normas iníquas*. E, como objetivo maior, pretende-se colocar algumas sugestões de como o operador do direito poderia em suas alegações judiciais solicitar ao magistrado que (i) estabeleça um controle de “justiçade”² e “eticidade” as regras, e (ii) supere, no caso concreto, uma lei que seja constitucional, mas sua aplicação cause prejuízo a um senso comum de justiça.

Olmiro Ferreira da Silva,³ em texto recente, estabelece na seara jus-filosófica meios de se observar a pertinência da aplicabilidade de uma regra no caso concreto, com forte (e corretíssimo) viés axiológico. Com observância às idéias e ponderações deste jus-filósofo,⁴ pretende-se neste estudo sugerir alguns *standards* argumentativos para se introduzir no debate judicial as premissas

² “Na tradição ocidental deve-se entender a justiça como um princípio formal que se preenche substantivamente das demais virtudes ou, como diríamos agora, dos demais valores. Justiça, neste sentido, é a *afirmação de um sentimento de inconformismo perante certas diferenças (valor igualdade), perante arbitrariedades (valor segurança), perante a miséria (valor bem-estar), perante a apatia (valor desenvolvimento), perante a negação da dignidade da pessoa* como um ser capaz de autodeterminar-se e de participar na realização do bem-comum (*valor liberdade*). A justiça, como valor fundante, organiza os demais valores e se revela, num sentido substantivo próprio, como *equilíbrio axiológico*, ponderação e prudência, mas também como desafio e realização”. (FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. “Direito e Cidadania na Constituição Federal.” *Direito-USF* 11/124-125 – grifou-se)

³ SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz e o Trilema Axiológico.” *Momentum* 5/189.

⁴ Para uma observação mais abrangente do pensamento filosófico de Olmiro Ferreira da Silva recomenda-se: *Direito e Ecologia: Aspectos Filosóficos Contemporâneos*. Barueri: Manole, 2003.

do “trilema axiológico”, em especial, para prevalência dos valores e princípios insculpidos na parte introdutória e no capítulo dos direitos fundamentais da CF/88.

1. Positivismo e Formalismo

A teoria que se denomina “positivista” é muitas vezes criticada e, não raro, acusada de ter sido a base jus-científica de regimes totalitários.⁵⁻⁶ Embora, de certa forma, injusta tal crítica, é certo que uma das características marcantes do positivismo⁷ é afastar das cogitações jurídicas especulações sobre a moralidade, valores e eticidade das leis (separação do direito e da moral,⁸

⁵ RADBRUCH, Gustav. “Cinco Minutos de Filosofia do Direito.” In: *Filosofia do Direito*. Trad. L. Gabriel de Moncada. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 416.

⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 38.

⁷ “The central problem in the debate surrounding the concept of law is relationship of law and morality. Notwithstanding a discussion that reaches back more than two millennia, there remain two basic, competing – the positivistic and the non-positivistic. All positivistic theories defend the *separation thesis*, which says the concept of law is to be defined such that no moral elements are included. The separation thesis presupposes that there is no conceptually necessary connection between law and morality, between what the law commands and what the justice requires, or between the law as it is and the law as is ought to be. The great legal positivist Hans Kelsen captured this in the statement, ‘Thus, the content of the law can be anything whatsoever.’ In the positivistic concept of law, then, there are only two defining elements: that of issuance in according with the system, or authorizative issuance, and that of social efficacy. The numerous variations of legal positivism stem from different interpretations and assessments of these two defining elements. Common to all of the variations is the notion that the law is dependent solely on what has been issued and/or is efficacious. Correctness of content – however achieved – counts for nothing.” (ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*. Trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3 – grifos no original)

⁸ “A teoria pura do direito é uma teoria do Direito positivo (...). Como teoria, que única e exclusivamente conhece o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (...) um relance de olhos sobre a ciência do direito, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer a exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico,

como propôs Kant), ou seja, o positivismo se reduziria a “afirmar o *dever absoluto ou incondicional de obedecer a lei enquanto tal*.”⁹ Preocupante é o positivismo como *ideologia*, porque *implica na obediência à lei, desde que formalmente válida, independente de seu conteúdo valorativo, ético, justo ou moral (dura lex, sede lex)*.

Em outras palavras, uma das fragilidades do positivismo jurídico é *reduzir o direito à norma* – uma norma em especial – a *norma jurídica* (quase sempre, a *lei*).¹⁰ Pretende-se demonstrar que mesmo em um sistema de leis justas, a interpretação literal não serve,¹¹ pois o operador do direito deve sempre ter “em vista o *fim da lei*, o resultado que ela precisa atingir em sua atuação prática.”¹²

1.1. A origem do positivismo e a “crise da lei” segundo António Hespanha

Na tentativa de sistematizar reflexões sobre a litigiosidade na sociedade atual António Hespanha apresenta interessante es-

a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1)

⁹ Segundo Bobbio, como *método*, o positivismo exige do jurista que não realize avaliações/valorações sobre a legitimação ou fundamentação das regras, pois não deve preocupar-se com o *direito ideal*, e sim com o *direito real* (posto/positivo). Como *teoria*, o positivismo pressupõe a monopolização do Estado como produtor de normas jurídicas. Esta teorização do direito funda-se em três princípios: (i) toda decisão judicial baseia-se em regra pré-existente; (ii) esta regra é sempre criada pelo Estado, e (iii) o conjunto de regras criadas pelo Estado firma uma unidade. Por fim, o positivismo como *ideologia* implica em *obediência à lei, desde que formalmente válida, não havendo necessidade de se verificar se seu conteúdo encontra-se dentro daquilo que é aceitável como ético, justo ou moral*. Cf.: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 44.

¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 36.

¹¹ “... a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A *letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica*.” (FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 287)

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151-152.

corço histórico sobre o direito, sobre o enfoque do que o autor chama de “crise da lei”.¹³ O autor demonstra que a crise da lei é também *crise de legitimidade do Estado*, cujas razões deitam raízes, entre outros, na “*instrumentalização política do direito*”.¹⁴ Esta crise tem origem no Estado liberal, *que relegou a norma jurídica o papel exclusivo na regulamentação da vida social* (paradigma legalista¹⁵). José Renato Nalini, manifestando-se sobre este fenômeno da *onipresença normativa*, afirmou que o direito tornou-se bem de consumo e que a lei, por sua vez, adquiriu natureza descartável, podendo regular situações por encomenda.¹⁶ A equiparação da lei ao direito, pretendida pelo positivismo, esvazia o caráter vinculante natural do direito.

No entanto, nem sempre foi assim. Antes da revolução burguesa, a lei decorria da doutrina, sendo um fenômeno subordinado “ao sistema doutrinário (*ratio iuris*)”.¹⁷ Nos países da *common law* é assente que as normas, inclusive as de caráter constitucional, são a “síntese das doutrinas legais”,¹⁸ ou também da observância

¹³ Sintomas desta denominada crise, para o autor, são três, a saber: “a) generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos; b) a não aplicação (ou aplicação selectiva) da lei, por parte dos órgãos do poder; c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei (‘crise da justiça’, ‘crise da ordem’)” (HESPANHA, António Manuel. “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma.” In: HESPANHA, António Manuel. (coord.) *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 9-10)

¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁵ “O ‘paradigma legalista’ caracteriza-se por instituir a lei como tecnologia disciplinar fundamental (ou mesmo exclusiva) das relações sociais.” (*Idem*, p. 12)

¹⁶ “... o direito, do *jus*, transformou-se na *lex*, a norma. Nessa conversão perdeu seus aspectos éticos e veio a se tornar um bem de consumo, igual a tantos outros desta sociedade massificada. E a lei, sua única expressão concreta, é por sua vez outro bem de consumo e, portanto, de natureza descartável. Quando já não se mostra mais adequada ou convincente, pode ser substituída por outra mais apropriada à demanda momentânea.” (NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 21)

¹⁷ HESPANHA, *Cit.*, p. 14.

¹⁸ WHITTINGTON. *Constitutional Construction*, p. 3 *apud* BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 13th ed. Essex: Pearson Longman, 2003, p. 5.

do costume (*law of the land*). Conseqüência disso é que o direito, sempre preenchido por uma observação das situações tuteladas (pois forjado no caso concreto), era dotado de maior cogência, além de garantir instrumentos voltados à especificidades da demanda, o que contribuía para um direito mais equânime e plural.

1.2. Qual a finalidade do positivismo?

Além dos fatores que já discutiu-se, por estar subordinado a um grupo de interesses coesos, o parlamento muitas vezes utiliza a lei como instrumento de “fraude legal”, a fim de “captar votos, para satisfazer clientelas ou gerir combinações políticas.”¹⁹ *Leis são feitas para mascarar ofensas aos direitos que proclamam*, como um *anestésico* à recorrente violação destes, ou para simplesmente não serem cumpridas (“substituto simbólico”²⁰ ao efetivo direito).

Como uma das alternativas a este estado de coisas, gerado pela tentativa de subordinar o Poder Judiciário ao Parlamento (positivismo), Hespanha defende que “deve-se começar por clarificar o carácter também político das decisões jurídicas e das acções em que estas desembocam.”²¹ Conclui-se, portanto, que *o positivismo marcou a divisão de trabalho entre o jurista e o político*.

1.3. O direito como sistema de “superação de normas”

Dito isso, fixa está a premissa que será útil mais adiante: a de que o direito não se reduz à norma, e que é necessária a indagação crítico-valorativa e sociológica do direito para uma visão global do fenômeno jurídico e apreensão de suas capacidades e possibilidades.²² Maria José Falcón y Tella expõe interessante distinção,

¹⁹ HESPANHA, *Cit.*, p. 23.

²⁰ GALANTER. “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.” *Law and Society Review* 9/95 *apud* CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 68 – grifou-se.

²¹ HESPANHA, *Cit.*, p. 31.

²² AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 36.

que ressalta o triplo caráter da validade do direito. As normas jurídicas devem ser *material, formal e sociologicamente* válidas.²³ A lei injusta, geralmente, cumpre apenas o requisito formal de validade: mas ao ferir um sentimento maior de justiça ou os valores de uma nação estas regras ficam frágeis, pois verifica-se que “... a pirâmide axiológica da sociedade tem força vigorosa e pode até mesmo derrubar dispositivos legais em sentido contrário.”²⁴

Observe-se, pois, que os movimentos totalitários observados ao longo dos últimos séculos, em regra não se apartaram do direito, ou de uma *faceta* dele. Mas o direito, nestes regimes, é reduzido à estrita “letra da lei” (*summum ius, summa iniuria*). Como observa Dalmo de Abreu Dallari, “ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’”.²⁵ Entretanto, um juiz *escravo da lei* é suscetível de servir a interesses escusos que se encontram por detrás dela. Por isso, conclui o Dallari: “... um juiz só poderá ser justo se for independente.

²³ “Segundo a primeira acepção de validade – como validade material – , nos movemos no plano do valer, da idealidade, do ‘Sein Sollende’. *Manejamos valores. Estamos ante a uma dimensão axiológica, espiritual e emocional do jurídico*” (FALCÓN Y TELLA, Maria José. *Conceito e Fundamento da Validade do Direito*. Trad. Stefani Borba de Rose Trunfo. Terra de Areia: Triângulo, 1998, p. 31). Em sua segunda vertente, como validade formal, exigem-se, ao menos, três condições para que uma norma dada seja válida. Em primeiro lugar, que a mesma tenha sido promulgada de forma adequada, ou seja, pelo órgão competente e de acordo com o procedimento estabelecido. Em segundo lugar, se requer que dita norma jurídica não tenha sido derogada, nem na forma prevista pelo ordenamento, nem pelo fato de que o ordenamento jurídico como um todo tenha deixado de ser eficaz, nem por desuso ou ‘desuetudo’, quando por um período de tempo considerável e de maneira permanente a norma tenha deixado de ser efetiva, como um costume negativo. Finalmente se exige que a norma não seja contraditória com outra norma válida do sistema sem haver forma de resolver a antinomia mediante os critérios normais de hierarquia, cronológico, de especialidade e de competência.” (*Op. Cit.*, p. 32-33). “Chegamos, assim, à terceira acepção de validade inicialmente apontada – a validade sociológica – , a qual se move no plano fático do ser, dos fatos, da realidade, do ‘Sein’ ou do ‘is’, regido pelo princípio da causalidade ou da necessidade.” (*Op. Cit.*, p. 40)

²⁴ SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz...” p. 196.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80.

*Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.*²⁶ Pontes de Miranda asseverou que “a técnica da justiça começa por enfrentar dois temas difíceis – o da independência dos juízes e o da subordinação dos juízes à lei. A subordinação é ao direito e não à lei, por ser possível lei *contra* o direito.”²⁷

Embora seja situação de todo repugnante, o que se observa modernamente é que o Estado brasileiro (especialmente, mas não exclusivamente²⁸) foi tomado de assalto por classe política cujas aspirações são diametralmente opostas às do interesse público. Ser um juiz que cegamente obedece a lei é ser um instrumento destes senhores²⁹ que protagonizam de maneira lamentável os noticiários políticos e policiais.

Dessa situação emerge um problema prático, que muitos julgam “metafísico”: o da aplicação da norma injusta,³⁰ na medida que “um direito justo ‘faz parte do sentido do mundo.’”³¹ Diferentemente do que se pensa são os práticos do direito que “naturalmente deparam com a possível inadequação entre as normas

²⁶ *Idem, ibidem*. No mesmo sentido: “Para que o juiz possa ser imparcial, precisa ser *independente e subordinado ao direito*, por ser possível, contrariamente ao que propala o discurso positivista, a existência de leis contrárias ao direito.” (AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 76)

²⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsói, vol. III, 1963, p. 163.

²⁸ Se, pois, até na Alemanha há quem diga que “os conceitos do direito e da justiça são demasiado importantes para serem deixados unicamente aos – sempre parciais – políticos.” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Córtez. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 427)

²⁹ Pois “toda ‘neutralidade’ é filha do *statu quo*, pois lhe dá campo livre, enquanto se recusa tomar atitude.” (LYRA, Roberto. *Problemas Atuais do Ensino Jurídico*. Brasília: Obreira, 1981, p. 17 *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 76)

³⁰ “sem sucumbir aos arroubos de um Direito livre, deve compreender que a *única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la*, pois esta é a sua correta aplicação. E mais: toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpido no topo do ordenamento jurídico, é, substancialmente e manifestamente, inconstitucional.” (FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989, p. 107 – grifos no original)

³¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 12.

legais e os fatos a que são prepostas.”³² Conig declara a existência de normas injustas toda vez que “em um caso partícular, o direito positivo e a justiça entram em irredutível contradição.”³³

1.4. *Os perigos do direito livre: a necessária preservação da segurança jurídica*

A defesa de um direito livre, desvinculado das normas editadas pela autoridade legislativa, poderia se travestir em ótima solução *em um mundo ideal, de juízes perfeitos e incorruptíveis*. Entretanto, os juízes são humanos, e *a lei saudavelmente colmata a aplicação do direito, no afã de dar ao sistema previsibilidade e estabilidade, qualidades avidamente desejáveis*. Fatos históricos do Século XX demonstram que a lei transformou-se em mecanismo do jogo político, que muitas vezes se contrapõe ao sistema do *Direito*, necessitando correção.³⁴ Entretanto, é necessário ponderação para afastar a lei aplicável a um caso. Como defende Olmiro Ferreira da Silva,

“... desde longa data, se reconhece que o juiz não pode julgar *contra legem*. Todavia, mesmo nesta situação, a hermenêutica jurídica tem amenizado tal princípio no sentido de, eventualmente, aplicar outros parâmetros prudenciais se a letra da lei se apresenta francamente injusta ou inaplicável no seu resultado concreto.”³⁵

³² AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 34.

³³ CONIG, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 236-237 *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 38.

³⁴ “Na realidade, o conhecimento a priori tem sempre subjacentes quadros mentais comunicados do exterior e, como tal, mutáveis, falíveis e sujeitos à crítica.” (MENEZES, A. Alberto. “Os Dilemas da Ciência no Final do Século XX.” In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Alberto Menezes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. XVI)

³⁵ SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz...”, p. 196. No mesmo sentido: “Em princípio, o juiz, vinculado à lei e ao Direito, não tem a faculdade de emitir uma resolução *contra legem*.” (LARENZ, Karl. *Metodología da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 609)

Continua o autor: “o próprio legislador estabelece padrões para tanto ao aduzir os princípios gerais do direito e a analogia”³⁶ Também Larenz ressalta que embora seja indesejável decisões *contra legem*, muitas vezes trata-se de situação inevitável, que “precisa, por isso, de razões especiais, *baseadas no todo de sentido da ordem jurídica, para estar excepcionalmente justificada*.”³⁷ Para seguir estas advertências ao justificar algumas propostas de superação da lei, propõe-se que o operador do direito deve utilizar o *pensamento sistemático* (interpretação do dispositivo legal em conformidade com o sistema,³⁸ ou seja, com o direito visto como um *organismo unitário*³⁹), para *a partir do direito* encontrar soluções que complete o sentido ou corrija a lei (*extra legem, intra ius*); mais modernamente se coloca também a *interpretação especificamente constitucional*, que se vale das importantes contribuições da teoria dos direitos fundamentais e, dentro dela, dos destacados *topoi* que representam os princípios constitucionais, para encontrarem-se saídas para o problema da lei injusta. Trata-se – como observou Larenz – “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra ius*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base.”⁴⁰

A correção da lei, como distingue English, pode ser de duas espécies: “rectificação *conforme ao espírito do legislador* e a rectificação *contra a vontade do legislador, feita em conformidade com a idéia de Direito*.”⁴¹ Neste estudo as duas espécies serão utilizados,

³⁶ SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz...”, p. 196.

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 609 – grifei.

³⁸ “... o sistema, como conjunto de todos os valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Alberto Menezes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 190)

³⁹ *Idem*, p. 209.

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 588.

⁴¹ ENGLISH, Karl. *Introdução...*, p. 339 – grifei.

buscando-se solução em outras regras legais, e quando estas não se demonstrarem úteis, nos *topoi* relevantes que encarnam o próprio substrato do Direito, que são a *dignidade da pessoa humana*, a *justiça*⁴² além dos *princípios constitucionais*.

Sem se esquecer que afastar a lei é algo excepcional, deparando-se o juiz, então, com lei *absolutamente injusta*, e, então inaplicável, surge o problema: aplicar-se a regra iníqua ou instaurar-se *um sistema jurídico de “arbitrio judicial”*, ou, pela teoria de Olmiro Ferreira da Silva, permitir que o juiz aplique *sua tábua de valores em detrimento da tábua de valores da sociedade que representa*.⁴³ Modernamente tem se preferido permitir a atuação *contra legem*, mas sob *estritos limites*: nesta atuação só seria legítima a recusa em aplicar a lei quando indefensável, por injusta, sob “qualquer ponto de vista.”⁴⁴

A atuação *contra legem*, para não virar arbitrio, deve ser bem sopesada, pois a dogmática jurídica tem em seu bojo *uma preocupação relevante*: a segurança jurídica. Conforme anotou Arthur Kaufmann, é a “segurança do *próprio direito*, garantia de sua cognoscibilidade, aplicabilidade, efectividade.”⁴⁵ Entretanto, a “era das certezas” ruiu. Segundo Habermas, o direito transita, nos Estados modernos, em *evidente tensão* “entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar as decisões corretas.”⁴⁶ Esta

⁴² “A justiça – e o mesmo se poderia dizer para a conveniência prática (*Zweckmäßigkeit*) – é não só um princípio imanente mas também um princípio transcendente do Direito. Quer isto dizer: nós entendemos o Direito, não apenas como expressão do esforço efectivamente feito pelo legislador para realizar a justiça, para depois nos perguntarmos se o próprio legislador negou parcialmente este princípio por amor de outros, mas ainda *no sentido de que a ‘idéia do Direito’ pela qual nós a cada passo havemos de apreciar se o Direito positivo é ou não digno de validade.*” (*Idem*, p. 320-321 – grifei)

⁴³ SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz...”, p. 200.

⁴⁴ CONIG, Helmut. *Fundamentos...*, p. 237 *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica...*, p. 39

⁴⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...*, p. 281 – grifei.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997, p. 245.

tensão decorre da crença generalizada de que “o Direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo.”⁴⁷

Como bem defenderam os positivistas, a lei é garantia de segurança jurídica. *Mas, esta busca de segurança jurídica não pode converter-se em obsessão, uma vez que a lei não abarca todo o Direito.*⁴⁸ Embora a segurança jurídica tenha um papel de protagonista nas questões do direito, sendo considerada mesmo como fundamento do Estado de Direito,⁴⁹ é fato histórico que um sistema de obediência “cega” à lei não se revelou capaz de assegurar o império da justiça, *nem mesmo da segurança jurídica*, servindo antes de instrumento de barbárie e corrupção, *mesmo em países de cultura avançada* (Alemanha nazista) e comportamento social dito “exemplar”.

Por isso mesmo um conceito *formal* de lei não pode hoje em dia querer sobrepujar o efetivo conteúdo dos direitos, posto que as ferramentas de controle da razoabilidade e eticidade das normas têm sido usadas para afastar a busca por segurança pela edição de leis iníquas, como demonstra Kaufmann.⁵⁰

Todavia, deve-se reconhecer que a lei possui papel importantíssimo e é certo que, ao afastar sua aplicação, há inegável

⁴⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ...*, p. 352.

⁴⁸ “... la seguridad jurídica non es lo único ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros valores, que son el de utilidad y el de la justicia.” (RADBRUCH, Gustav. “Leyes que non son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes.” In: PARIAGUA, José Maria Rodriguez. (org.) *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madri: Aguilar, 1971, p. 12-13)

⁴⁹ STF, Pleno, m.v., MS 24.268/MG, rel. p. Ac. Min. Gilmar Mendes, j. em 05/02/2004, DJU 17/09/2004, p. 53; STF, Pleno, v.u., MS 22.357/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27/05/2004, DJU 05/11/2004, p. 6.

⁵⁰ “Nunca as pessoas com aversão ao risco estiveram tão mal colocadas em posição de responsabilidade como hoje. Há boas razões para empreender teorias formais. Mas não é uma boa razão o querer eximir-se da responsabilidade pelo conteúdo (normativo) dos enunciados.” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...*, p. 427)

ruptura do ordenamento. Contudo, um dispositivo legal *não pode ser encarado isoladamente, sem levar-se em conta o restante do ordenamento jurídico*, em especial as regras contidas na Constituição.⁵¹

Entretanto, diferentemente do que se pode imaginar, não é a intenção deste texto defender o direito livre, igualmente ruinoso. A idéia de norma é útil ao direito, como bem advertiu Otfried Höffe.⁵² *O direito legislado é criado para situações padrão.*⁵³ E para as situações padrão *funciona muito bem*. As idéias deste texto só têm aplicabilidade em situações (de) especiais nas quais o julgador se vê diante de um grande conflito, também chamadas de *hard cases*, casos de difícil solução.

Curioso notar que a idéia de que a existência de uma norma que regulamente tal situação, e a utilização na feitura de leis cada vez mais dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, é situação que representa o paradoxo moderno: *o da tensão entre segurança e justiça.*⁵⁴

Tanto que é comum afirmar que a segurança jurídica é um princípio irrenunciável de legitimação tanto de normas (entidade de direito), quanto de instituições (entidades do Estado). Mas também é assente que esta forma de legitimação é considerada

⁵¹ “*Hermenêutica Constitucional – Necessidade de Interpretação Homogênea e Sistemática*. A Constituição, Célula Mater do ordenamento jurídico da Nação, jamais poderá ser interpretada à luz de um dispositivo isolado, *sob pena de ser transformada em instrumento autofágico de seus princípios e finalidade.*” (TRT da 7ª R., v.u., RO 3602/99, rel. Juiz José Ronald Cavalcante Soares, j. em 12/08/1999, CD-Rom *Júris Síntese Millennium* 64 – grifei)

⁵² HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 56.

⁵³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...*, p. 189-190.

⁵⁴ “A exigência de segurança jurídica nunca pode, nem mesmo num Estado de Direito com um corpo legislativo exaustivo, ser completamente cumprida, pois na conformação das diversas hipóteses factuais tem sempre que deixar espaço para a ponderação judicial e para a integração valorativa das cláusulas gerais pelos juízes.” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...*, p. 282)

“fraca” em face de outros bens jurídicos de igual ou preponderante importância para o direito.⁵⁵

Que modo, então, se poderia propor para tentar conciliar o problema que é obter “decisões corretas” com “um mínimo de segurança”? Habermas defende que *o processo judicial poderia desempenhar este papel conciliador*.⁵⁶ Na dialética do debate judicial, com o controle recíproco das alegações e a ponderação do juiz, estariam presentes os elementos que garantiriam (ou, ao menos, potencializariam) decisões justas e controláveis mediante recurso, revelando que é no processo judicial, e não no legislativo, que situações *sui generis* encontrariam melhor solução.⁵⁷ Winfried Hassemer defende que exista uma *liberdade vigiada*, partindo o juiz da lei, mas colmatando-a e até corrigindo-a com os ensinamentos da “doutrina consagrada” e das repetidas manifestações dos tribunais.⁵⁸

Obviamente, a defesa de tais constringências, como explica Dworkin,⁵⁹ poderia levar que se levantasse o seguinte argumento:

⁵⁵ “... uma entidade de direito e de Estado que tira as conseqüências correspondentes e que garante a segurança jurídica é legítima, num primeiro sentido, o normativo, o mais fraco.” (HÖFFE, Otfried. *Justiça...*, p. 56)

⁵⁶ “Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial. De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 246)

⁵⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...*, p. 427-428.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. “*Sistema Jurídico e Codificação: Vinculação do Juiz à Lei*.” In: HASSEMER, Winfried. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 299-300.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132-135.

sendo os direitos não mais previamente catalogados na lei, mas sim “criados” pelo juiz, e sendo regra hermenêutica que as exceções devem ser interpretadas restritivamente,⁶⁰ o juiz, ao relativizar regras legais, estaria “criando direito”, ou seja, legislando,⁶¹ o que feriria de morte as garantias da reserva legal e da segurança jurídica. Isto porque ao legislar, o juiz o faz sobre *ato pretérito*, o que se constitui em bradante injustiça: criar-se lei nova para aplicação em situação pretérita.⁶²

Embora os juízes criem o direito (no caso concreto) quando julgam, ao fazê-lo “devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito”,⁶³ ou seja, a cada julgamento, os juízes, tribunais e mesmo os partícipes da decisão, como as partes, os advogados e promotores, e os que legalmente são permitidos a participar opinativamente da causa (*amicus curiae*) colaboram para o aperfeiçoamento do direito, enquanto *instituição* ou *super-estrutura social*. É nesse sentido que se admite a *criação judicial do direito*.⁶⁴ No entanto, a *criação de direitos subjetivos*, ou seja, de regras consensuais da sociedade que garante a fruição de certas posições jurídicas, *não é permitida ao Poder Judiciário*.⁶⁵

A novidade, conclui Dworkin,⁶⁶ é que se tem admitido a fruição de direitos garantidos implicitamente, por conta da “força

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica...*, p. 225.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 128.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 74.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 128.

⁶⁴ “Efetivamente, eles [os juízes] são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 74)

⁶⁵ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política...*, p. 52.

⁶⁶ “Mas suponhamos, por outro lado, que um juiz justifica com êxito em um caso difícil... não em bases políticas, mas sim em bases de princípios... Os dois argumentos há pouco descritos [*criação de lei e aplicação retroativa dela*] não chegam constituir uma objeção à decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 134)

normativa” dos princípios (encontrados na legislação, na constituição etc.), ou ainda, de direitos previstos na constituição, mas sobre os quais o Parlamento ainda não tenha deliberado (injunção), ou tenha feito isso de maneira equivocada, irrazoável ou desproporcional (segundo cânones da *própria* constituição). Mas criação, no sentido de gênese de direitos subjetivos, parece assente (art. 5º, inc. II) que se trata de prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo.

É o que se defende neste texto. *O argumento da segurança jurídica, embora relativizado, não deve ser violado sem motivo relevante.* Nesse sentido, o que se busca é estabilidade.⁶⁷ Para ser justo, o direito enfrenta esta tensão típica da “pós-modernidade” que, no entanto, é desafio para seu aprimoramento. Contudo, “*nem a segurança pode se tornar um fetiche judicial, nem a busca por justiça pode tornar o processo uma loteria.*”⁶⁸

1.4.1. Uma tentativa de estabelecer limites: derrotabilidade

Neste estudo propõem-se dois modos de resolver o conflito entre a lei vigente e a busca de justiça no caso concreto, *quando se verifica que o resultado de sua aplicação fere qualquer senso de justiça.* Uma das maneiras de se afastar a aplicação da lei é a declaração de sua inconstitucionalidade. Mas há uma abordagem não tão radical, posto que (corretamente) admite haver normas constitucionais e justas que no caso concreto são (*rectius*, deveriam ser) inaplicáveis, por ferirem o sentimento de justiça *naquela hipótese específica.*

⁶⁷ “A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a *fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.*” (TÁCITO, Caio. “A Razoabilidade das Leis.” RTDP 13/232 – grifei)

⁶⁸ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 138 – grifos no original.

Neil MacCormick constrói uma teoria que explica o direito como um sistema de “normas superáveis” (derrotáveis⁶⁹), ou seja, o autor defende idéias que têm a finalidade de demonstrar que a lei, em seu esquema tipificador genérico e abstrato, não é capaz de prever todas as nuances e exceções que poderão ocorrer nos casos concretos da vida.⁷⁰ A intenção do autor é indicar certas regras para superação destes problemas.⁷¹

Fernando Andreoni Vasconcellos define a derrotabilidade como “consistente na idéia segundo a qual a norma jurídica (interpretação jurídica) pode ser derrotada, afastada, não aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível.”⁷² A *derrotabilidade*, que nada mais é que “la admisión de que ellas [as normas jurídicas] están

⁶⁹ “Por superabilidade (*defeasibility*) entende-se aqui uma situação onde as condições para aplicação de um princípio ou regra jurídica válida estão satisfeitas, mas mesmo assim a conclusão (gerada por essas normas) não é alcançada.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233)

⁷⁰ “Com efeito, é possível, devido à anormalidade de uma situação jurídica concreta, ir contra o que está expressamente estabelecido, recorrendo-se àquelas normas e valores que estão implicitamente consignados na ordem jurídica. De acordo com Neil McCormick [1995: 103], isso tem origem nos limites à precisão (*accuracy*) e à exaustividade (*exhaustiveness*) dos enunciados jurídicos (*statements of the law*). Nesta perspectiva, muitas das condições para a aplicação do direito (*background conditions*) permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular...” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem...*, p. 232-233 – grifos no original)

⁷¹ “MacCormick views implicit defeasibility as being connected to the way in which the law is formulated: the express formulation of the law does not (and cannot) take explicitly into account all possible exceptions. Not only would this assign to the legislator an impossible task, but it would also compromise the clarity and conciseness of the law.” (SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: a Comment on Neil MacCormick’s Rhetoric and the Rule of Law*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2006, p. 9)

⁷² VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. “A Derrotabilidade da Norma Tributária.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 77/128.

sujetas a cláusula de final aberto, i.e. a excepciones no taxativamente enumerables”,⁷³ é inerente ao direito, pois é da natureza das coisas que *a toda regra existe exceção*. O que esta teoria visa a acentuar é que *não é possível ao legislador estabelecer aprioristicamente todas as exceções*, embora uma legislação recheada de conceitos indeterminados e cláusulas gerais seja uma tentativa de o legislador deixar à cargo do juiz a “sintonia fina”⁷⁴ daquilo que o tipo legal visa a regular.

Fixa-se a premissa que uma determinada norma pode ser afastada quando a injustiça decorre da sua aplicação *no caso concreto*, embora, na maioria dos casos, esta mesma norma seja considerada hígida. Afastando-a, desejável a solução seja encontrada *no próprio direito*, mediante a utilização dos princípios que inspiram a constituição⁷⁵ e naqueles que fundam regras gerais do direito,⁷⁶ porque o magistrado não tem legitimação para criar “novos direitos subjetivos”. Assim, propõe-se que se observe o roteiro indicado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., ou seja, que seja observado se a decisão a ser tomada

“tem respaldo em outras normas e compõe com elas um sistema coerente. Que ela atua na realidade conforme um *consenso óbvio*. E que serve às finalidades da justiça. Isso requer técnicas apropriadas, e temos aí os chamados métodos hermenêuticos:

⁷³ NAVARRO, Pablo. RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas.” *Isonomía* 13/62-63.

⁷⁴ BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico.” *Isonomía* 13/89.

⁷⁵ “(...) a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 19)

⁷⁶ “Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade.” (RADBRUCH, Gustav. “Cinco Minutos...”, p. 417)

o método lógico-sistemático, o método histórico-sociológico, o método teleológico e axiológico e suas variantes combinadas.”⁷⁷

Além da derrotabilidade que já se estudou, na resolução do problema da necessária correção do direito ante a lei injusta, o jurista pode lançar mão dos cânones maiores da constituição, com auxílio dos princípios veiculadores de direitos fundamentais. Vejamos.

2. A Supremacia da Constituição e a Teoria dos Direitos Fundamentais

Antes de se propor outra saída para o problema da aplicação da norma iníqua, tem-se que desenvolver os tópicos que servirão de sustentação à proposta que se deseja apresentar. Como se defenderá a possibilidade de ultrapassar os limites da lei, com base no princípio da proporcionalidade *quando direitos fundamentais forem agredidos pela lei* (item 3.1), deve-se antes justificar a existência desta categoria de direitos e sua conceituação.

Sabe-se que a estrutura de Poder denominada Estado de Direito⁷⁸ (Estado Democrático de Direito),⁷⁹ nasce e organiza-se juridicamente por intermédio de um instrumento normativo: a

⁷⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução...*, p. 282.

⁷⁸ “Existe uma fórmula que exerceu – e ainda exerce – particular fascinação sobre os juristas. Trata-se da expressão *Estado de Direito*. (...) Uma vez obtida a vigência dessa fórmula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta Pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1)

⁷⁹ Estado de Direito é aquele que se contrapõe ao *Estado de não Direito*, nas palavras de Canotilho: “Estado de não direito”. Três idéias bastam para o caracterizar: (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o Direito se identifica com a ‘razão de estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Gradiva: Lisboa, 1999, p. 12). Segue o autor: “...princípios e regras concretizam a idéia nuclear do Estado de direito – *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade e segurança.” (*Op. Cit.*, p. 30-31 – grifei)

Constituição.⁸⁰ Assim, define-se “Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais).”⁸¹

Nota-se que as regras insculpidas na Carta Magna efetivam a gênese do Estado de Direito, ali incluídos os direitos fundamentais (fundantes). Nesse sentido, não só as regras explícitas da Constituição – mas também as implícitas (*princípios constitucionais*⁸²) têm supremacia vinculante em relação às normas inferiores⁸³ sob pena de indiretamente se admitirem transgressões à própria norma fundante. É intuitivo que uma norma que é o pacto formador de um Estado deve se sobrepor às demais, sob pena de reinar a insegurança.⁸⁴

⁸⁰ “O Estado concebe-se hoje como *Estado constitucional democrático*, porque ele é conformatado por uma *lei fundamental* escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas de justiça’) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 43, grifos no original)

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

⁸² “A importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras.” (STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 41)

⁸³ “(...) os princípios constitucionais, além de desempenharem papel de normas com diferentes graus de concretização, ainda funcionam como critério para a interpretação de outras normas, não importando o nível hierárquico-normativo dessas.” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 248)

⁸⁴ “Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen. (...) Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Esta norma suprema é a *norma fundamental*. (...) Devida à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 49 – grifos no original)

2.1. Princípios constitucionais

Antes de prosseguir, entretanto, é útil distinguir *regras de princípios*. Os princípios são, no dizer de Bobbio, “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema.”⁸⁵ No sentir de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio jurídico é

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”⁸⁶

Hoje é consenso a cogência dos princípios, mormente dos princípios constitucionais.⁸⁷ A doutrina rompeu com o discurso (positivista⁸⁸) que negava aos princípios o *status* de norma. Se “a importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras”,⁸⁹ e se os princípios constituem “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”,⁹⁰ *mais repugnante que ofensa a regras, é ofensa aos princípios constitucionais*.

⁸⁵ *Idem*, p. 158.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450-451.

⁸⁷ “Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional.” (LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 479)

⁸⁸ “Como princípios do ‘Direito’ podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles correspondem. Que eles são qualificados como princípios de ‘Direito’, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciam a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam ‘positivados’, i.e., sejam partes integrantes do direito positivo.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986, p. 148)

⁸⁹ STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 41.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

Ronald Dworkin (que influenciou o pensamento de Robert Alexy,⁹¹ nesta quadra) distingue princípios de regras deste modo:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica... As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos de uma regra estipulada, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Mas não é assim que funcionam os princípios... Mesmo aqueles que se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas... Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam... aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”⁹²

Esta distinção será útil adiante, quando se enfrentará o problema de *conflito de princípios* (colisão de direitos fundamentais) – que nos levam, invariavelmente, a resolução de “casos difíceis”, já que em face dos princípios não se pode utilizar o modo de se resolver a disputa entre regras (sistema do “tudo-ou-nada”), sendo necessário lançar mão de outros expedientes para resolução dos problemas que hão de surgir.

Voltando ao curso original das idéias, as normas infra-constitucionais, para serem consideradas válidas, não podem afrontar *regras* (normas explícitas) e *princípios*⁹³ (normas im-

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87-90.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 39-42.

⁹³ “As normas constitucionais – aí incluídos os princípios – são normas jurídicas e, como tal, pretendem produzir determinados efeitos no mundo dos fatos, que deverão ser coativamente impostos caso não se produzam naturalmente.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 303).

plícitas)⁹⁴ prestigiados na Lei Máxima. Firmada, então, esta premissa, qual seja, *a supremacia dos princípios constitucionais* e a *eficácia horizontal destes*,⁹⁵ pode-se também afirmar que, se *a lei não pode afrontar estes princípios, com muito mais razão a interpretação que se dá a determinada lei também não pode afrontá-los*,⁹⁶ sob pena de “ofensa permitida” da Constituição,⁹⁷ posto que “*todo processo de interpretação se implementa a partir da normatividade jurídica do pacto fundador*”,⁹⁸ como defende Canotilho.⁹⁹

2.1.1. Definição de direito fundamental

Considerado estes dados, pode-se atacar o cerne deste item, que é o de definir os direitos fundamentais – categoria jurídica

⁹⁴ Segundo Black, o ditame implícito na lei “é tanto parte de seu conteúdo como o que vem nela expresso.” (*Construction an Interpretation of Law*, p. 62 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 24)

⁹⁵ Eficácia horizontal significa que os direitos fundamentais são oponíveis ao estado e com igual força a particulares. Neste sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 19.

⁹⁶ “... os princípios constitucionais, além de desempenharem papel de normas com diferentes graus de concretização, *ainda funcionam como critério para a interpretação de outras normas*, não importando o nível hierárquico-normativo dessas.” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito...*, p. 248 – grifei)

⁹⁷ “... em toda a sua atividade jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da *interpretação conforme à Constituição*, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, *tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição*, e (s)em segundo lugar, de maneira a adequar *os resultados práticos e concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo*.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 52-53)

⁹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. “A Hermenêutica Constitucional. Instrumento para Implementação de uma Nova Dogmática Jurídica.” *RT* 741/42.

⁹⁹ “... a desconformidade dos *actos normativos* com o parâmetro constitucional dá origem ao vício da inconstitucionalidade. A doutrina costuma distinguir entre *vícios formais, vícios materiais e vícios procedimentais*: ... *vícios materiais*: respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas *ou princípios da constituição*.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 1.013 – grifei)

que evidentemente assume peculiar importância nos estudos jurídicos atuais.¹⁰⁰

Um dos maiores teóricos do tema, Robert Alexy, parte da dogmática¹⁰¹ para definir os direitos fundamentais. Para o autor, no entanto, uma norma, “independentemente de su pertencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser indentificada como norma de derecho fundamental.”¹⁰² Sua teoria, então, admite normas de direitos fundamentais de três dimensões (graus) diferentes: (i) quando firmada por autoridade com poder constituinte (critério formal); (ii) quando adstritas ou vinculadas a normas constitucionais de direito fundamental, e; (iii) quando tem em seu bojo matérias jus-fundamentais (“fundamentación iusfundamental correcta”), podendo estar topologicamente dentro ou fora da constituição formalmente considerada.¹⁰³

Luigi Ferrajoli também defende que estes direitos são os *formalmente* previstos na constituição. Mas reconhece que outros, *materialmente* ligados a grandes conquistas do homem, como a vida, a sobrevivência, a liberdade e a dignidade.¹⁰⁴

Jorge Miranda enfatiza que direitos fundamentais podem estar previstos na *constituição material* e na *constituição formal*. Para o autor luso, os direitos fundamentais formais são aquelas “posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.”¹⁰⁵ Mas adverte o autor que “admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expres-

¹⁰⁰ “An issue of growing interest is the extent to which fundamental rights play a part in developing law of the EC.” (BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*, p. 133)

¹⁰¹ “... entre el concepto de norma de derechos fundamentales y el del derecho fundamental existen estrechas conexiones.” (ALEXY, Robert. *Teoría...*, p. 47)

¹⁰² *Idem*, p. 62.

¹⁰³ *Idem*, p. 73-74.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos...*, p. 19.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993, p. 7.

são de certo e determinado regime político, como tais os definisse, seria o mesmo que admitir sua não consagração.”¹⁰⁶ Por isso Jorge Miranda defende que, como os direitos fundamentais são aqueles inerentes à própria noção de pessoa, pode haver normas de caráter infra-constitucional (ou de direito internacional) que os garanta.¹⁰⁷ *Estes últimos são os chamados direitos fundamentais previstos na constituição material.* É o que expressamente prevê a constituição brasileira, no § 2º do art. 5º que diz: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Direitos fundamentais assumem, por conta disso (mas não só disso), *supremacia*,¹⁰⁸ característica das regras e princípios constitucionais, ou seja, são dotados de uma “super-proteção” jurídica; diz-se isso, pois estes são protegidos, inclusive, *das normas jurídicas que pretendam restringi-los*. Por conta desta supremacia, também adquirem facetadas funções, das quais três se destacam, como esclarece Miguel Angel Alegre Martínez: a função *legitimadora*, que vincula a validade de uma regra infraconstitucional a sua harmonia com estes direitos; a *promocional*, que vincula o Estado a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, independentemente de haver lei que os regulamente e, ainda, de estabelecer um controle sobre leis restritivas de direitos fundamentais, não permitindo que estas restrições firam o núcleo destas garantias, ou que sejam desarrazoadas, ilógicas ou desproporcionais; a *her-*

¹⁰⁶ *Idem*, p. 8.

¹⁰⁷ “... por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade (...) há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais” (*Idem*, p. 9-10)

¹⁰⁸ Para Dworkin os *background rights* (cujo tradutor do texto, em nota explicativa na p. XV, afirma que embora tenha utilizado a expressão “direitos preferenciais”, esclarece que se trata, na realidade, dos “direitos fundamentais”) “considerados abstratamente prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. XV). São os chamados direitos fundamentais elevados à categoria de cláusula pétreas.

menêutica, que determina que as regras de direito serão interpretadas *de acordo* com o catálogo de direitos fundamentais.¹⁰⁹

Importante para o desenvolvimento das idéias deste texto ressaltar a premissa decorrente do parágrafo anterior. A relatividade entre os direitos fundamentais é *conditio* para a própria existência e co-existência deles. Mas a relativização deve proteger sempre um “núcleo essencial” ou “núcleo duro”¹¹⁰ destes direitos fundamentais.

3. Prevalência dos Direitos Fundamentais e a Resolução dos Conflitos entre eles

3.1. A possibilidade de restrição dos direitos fundamentais (proporcionalidade)

Além da derrotabilidade, as modernas abordagens do direito constitucional oferecem outra saída ao intérprete legal para enfrentar o problema da lei injusta. Fundamentadas na existência de regras e princípios atinentes aos direitos fundamentais,¹¹¹ que pairam superiores às demais regras, princípios e normas jurídicas, *a doutrina estrangeira propôs a possibilidade da não aplicação*

¹⁰⁹ MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Universidad de León, 1996, p. 72.

¹¹⁰ “Los derechos más ‘duros’, más imprescindibles..., son, en consecuencia, los que protegen la vida, la integridad física y moral la libertad más elemental, la libertad física, la libertad de movimientos. Como todos los fundamentales, son derechos frente al Estado, y como también, a la vez límites del poder y objetivos necesarios de su actividad. Esta segunda faceta está sin embargo más acentuada en ellos que en cualquier otro derecho fundamental. La obligación de proteger nuestra vida, nuestra integridad física y nuestra libertad de los movimientos frente a los eventuales ataques de los demás del resto de los hombre, es la primera que el Estado ha de atender, siquiera se porque sin ella el Estado deja simplemente de existir.” (LLORENTE, Francisco Rubbio. “El Núcleo Duro de Los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Constitucional.” In: MARZAL, Antonio. (org.) *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 90)

¹¹¹ “Proportionality broadly requires that government action must be no more intrusive than is necessary to meet an important public purpose.” (ALDER, John. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*. 4th ed. Bristol: Palgrave, 2002, p. 385)

da norma injusta (no sentido de desproporcional), quando houver afronta a princípios constitucionais implícitos (e explícitos).

A idéia de que a lei é sempre justa, porque decorrente das discussões parlamentares, ruiu em certos países, especialmente após as experiências totalitaristas dos Sécs. XIX e XX. Constatou-se a necessidade de vínculo do direito a princípios de ordem moral e ética previstos nas constituições.¹¹² Esta constatação permitiu a criação do mecanismo da “ponderação de bens”,¹¹³ pois “nem tudo que é legal é constitucionalmente válido.”¹¹⁴ Assim surgiu o princípio da proporcionalidade.¹¹⁵ Define-se o princípio da proporcionalidade como aquele

“entendido como um mandado de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípio parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’¹¹⁶ (*Gebot des mildesten Mittels*)”¹¹⁷

¹¹² BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 39.

¹¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 574.

¹¹⁴ STUMM, Raquel Denize. *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 165.

¹¹⁵ “O princípio da proporcionalidade surgiu ligado a idéia de limitação do poder no século XVIII ... O critério da proporcionalidade compreende, nesta época, a área administrativa e a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos. No século XIX, a idéia da proporcionalidade íntegra, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia ... No entanto, só adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha.” (*Idem*, p. 78)

¹¹⁶ Nesta dimensão do princípio da proporcionalidade, “tem eco a idéia de que o meio e o fim têm que estar numa relação adequada, que o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir mais além do que requer o fim aprovado.” (LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 580 – grifei)

¹¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 94-95.

Na acepção que vem mais ligada ao direito Norte Americano (*substantive due process of law*), este princípio exige que a legislação deveria estar sempre em “conformidade com os critérios do *just and fair standarts*, ajustando-se às idéias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade.”¹¹⁸⁻¹¹⁹ Até no direito inglês, conhecido por uma observância mais rígida da proibição de interferência do judiciário sobre os atos do parlamento,¹²⁰ a proporcionalidade tem sido utilizada para afastar ou colmatar leis.¹²¹

Sendo o fim do Estado moderno ostentar ordenamento jurídico “*fundamentalmente justo*”,¹²² surge o princípio da proporcionalidade como um fundamento, ou uma ferramenta, capaz de servir de esteio para a ética e a justiça. A justiça e a proporcionalidade são elementos indissociáveis. E a correlação entre os dois institutos é objeto de estudos desde a Grécia antiga.¹²³ *Parece instintivo que “o justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional.”*¹²⁴

Neste papel, sua condição de direito fundamental obriga o legislador a conformá-lo e concretizá-lo, fazendo nascer para o titular desta garantia *a pretensão à lei regulamentadora* (injunção) e, igualmente, a *pretensão à correção da lei que desproporcional-*

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 161-162.

¹¹⁹ “... o legislador ... poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de *cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade*.” (BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 23 – grifei)

¹²⁰ “While the courts may examine the acts of executive to ensure that they conform with the law, the doctrine of legislative supremacy denies the courts power to review the validity of legislation.” (BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*, p. 87)

¹²¹ ALDER, John. *General Principles...*, p. 385.

¹²² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “Os Fins do Estado.” In: *Estudos de Direito Público: Dissertações*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, vol. I, 1989, p. 15.

¹²³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 56.

¹²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2002, p. 109 – grifei.

mente o restrinja, como assevera Gilmar Ferreira Mendes.¹²⁵ E, além de proporcionais, as restrições a direitos fundamentais devem respeito a um núcleo “duro”, cuja estrutura mínima deve ser preservada.¹²⁶ Este núcleo essencial é definido como “o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. *O legislador, então, ao restringir direitos estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.*”¹²⁷

Estas lições serão úteis mais adiante, quando se confrontarão as espécies de colisão de direitos fundamentais.

3.2. Colisão de direitos fundamentais

Os princípios constitucionais vivem em tensão, e os conflitos entre eles não se resolvem pela regra do “tudo-ou-nada” (Dworkin), mas antes pela ponderação.¹²⁸ Segundo Robert Alexy, a colisão de direitos fundamentais é de duas espécies: *em sentido amplo*¹²⁹ e *em sentido estrito*.¹³⁰

¹²⁵ “Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever de legislar* (Verfassungsauftrag), que obriga o legislador a expedir atos normativos ‘conformadores’ e concretizadores de alguns direitos.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4)

¹²⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 179.

¹²⁷ *Idem*, p. 96 – grifei.

¹²⁸ “... é incompatível com a supremacia da Constituição qualquer solução abstrata e de validade absoluta imposta a tal conflito por regra infraconstitucional. Isso porque uma tal solução de conflito entre direitos fundamentais é radicalmente contrária à natureza das normas jusfundamentais como mandamento de otimização e sempre implicará, em algum momento, nada menos do que a *negativa de vigência a uma das normas jusfundamentais em conflito.*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 168 – grifos no original)

¹²⁹ “... as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos.” (ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.” *RDA* 217/71)

¹³⁰ “... nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas

3.2.1. Colisão em sentido amplo

E para a resolução destes conflitos, um ou mais direitos fundamentais serão restringidos para validade do outro que se encontra em “rota de colisão”. É regra observável universalmente na apreciação da relatividade destas garantias fundamentais. O *interesse público serve como mecanismo de observar se a restrição ao direito fundamental foi justa*,¹³¹ pois em voga hoje “a preocupação do Poder Público em acentuar a necessária *preponderância do interesse social*, inerente à coletividade, sobre aquele de caráter meramente individual e particular”.¹³²

3.2.2. Colisão em sentido estrito

Logo deve perceber-se que mesmo princípios *mais fundamentais* (dignidade da pessoa humana, por exemplo) podem sofrer restrições (colisão em sentido estrito).¹³³ E a dignidade da

sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se dos mesmos, ou de direitos fundamentais diversos.” (*Idem*, p. 68-69)

¹³¹ “... não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. “Colisão...”, p. 68 – grifei). Pondera o autor que a colisão de direitos fundamentais individuais com direitos fundamentais coletivos, leva em geral, à conclusão sobre a prevalência desses em relação àqueles, como já se observou em julgados do Tribunal Constitucional Alemão (*Op. Cit.*, p. 71). Afirma que “los derechos fundamentales, en tantos derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos solo a través de, o sobre la base de, normas cón rango constitucional.” (*Teoría...*, p. 277)

¹³² MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 500, grifei.

¹³³ “... partiremos do pressuposto de que admita a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais, já que virtualmente pacificado o entendimento, em princípio inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição. De outra parte, igualmente consagrado, de há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou limite dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou, até mesmo à sua supressão.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 116)

pessoa humana, *princípio maior* da Constituição Federal brasileira, e fundante da própria ordem jurídica (princípio fundamental geral¹³⁴), é garantia que “geralmente prevalece sobre os demais”.¹³⁵⁻
¹³⁶ O problema talvez mais grave de todos acontece quando *a dignidade da pessoa humana é exatamente o ponto de conflito colocado em uma lide judicial*. A dignidade da pessoa é “via de mão dupla”,¹³⁷ o que a predispõe a conflitos.

3.2.3. Direitos fundamentais e prestações positivas do Estado

Outro problema também espinhoso se coloca quando a dignidade da pessoa depende de “prestações positivas” do Estado. Robert Alexy afirma ser “amplamente consentido” que as normas de “otorgamento de condiciones mínimas de existência”¹³⁸ são normas de direitos fundamentais. A garantia de um mínimo

¹³⁴ “... quase todos os direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.” (MIRANDA, Jorge. *Manual...*, p. 167).

¹³⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 82-83.

¹³⁶ “... nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição. É neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa humana em cada direito fundamental acaba imune a restrições. Na mesma linha, citam-se os entendimentos de acordo com os quais uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade...*, p. 117-118)

¹³⁷ “... el hombre debe procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas que con él se relacionan; tratará al ejercitar sus derechos y al cumplir sus obligaciones, no olvidar en momento alguno la dignidad de que toda persona, como tal, esta investida. Una dirección negativa, en cuando la dignidad de los demás operará como límite al ejercicio de sus derechos, y, concretamente, al ejercicio de los derechos fundamentales.” (PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 91 – grifei)

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría*, p. 64.

existencial é decorrência expressa de uma ordem jurídica que preserva a dignidade da pessoa humana, pois “passar fome, *dormir ao relento*, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana”,¹³⁹ o que se demonstra que o direito de subsistência (via proteção de um mínimo de bens que a instrumentalizem) é corolário da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁰

O problema é que a garantia de um mínimo existencial (*status positivus libertatis*), como obrigação estatal, tem limites nas possibilidades dos cofres públicos.¹⁴¹ Muitas vezes o direito fundamental a algum bem (aposentadoria, educação, saúde) sofre limitação em prol da manutenção de outros serviços essenciais à coletividade, observando-se que estes direitos têm custos.¹⁴² Em algumas situações limites, esta restrição realizada pelo Poder Executivo é realizada corretamente, sob pena de um colapso em todo o sistema de infra-estrutura do Estado. Uma concessão em massa de benefícios sociais (populismo) pode, em curto prazo, colocar em risco os serviços essenciais de toda a coletividade, razão pela qual deve o Poder Judiciário ter a exata noção de que *direitos têm custos*,¹⁴³ e que alguém deve por eles pagar.

Entretanto, nem sempre o limite econômico deve ser considerado uma barreira intransponível aos direitos fundamentais. Como o mínimo existencial é subprincípio densificador (concretizador) da dignidade da pessoa humana, e, no Estado Democrático de Direito, resta assente que a proteção *do núcleo* deste princí-

¹³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia...*, p. 255.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos...*, p. 289.

¹⁴¹ “... o atendimento de necessidades básicas, como educação, saúde, habitação, saneamento, etc., deve ser feito pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado.” (SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos.” *Interesse Público* 32/216)

¹⁴² “... tomando-se em consideração os custos [dos direitos] – também os direitos individuais *podem* ser sacrificados em detrimento dos sociais.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 230)

¹⁴³ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: Norton & Company, 2000, p. 52-53.

pio deve prevalecer sobre os demais princípios constitucionais¹⁴⁴ – especialmente os estritamente patrimoniais¹⁴⁵ – permite-se que a colisão de direitos fundamentais, no caso, seja resolvida em prol da dignidade da pessoa humana.

É que “o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade”,¹⁴⁶ e por conta disso pode ser necessário sacrificar o orçamento público “*na medida do necessário e, se tanto for preciso, totalmente. Toda a questão está em adotar um critério de proporcionalidade.*”¹⁴⁷

E isto faz nascer a “pretensão de consideração”¹⁴⁸ *que permite ao Poder Judiciário estabelecer a correção da lei*, nos casos em que um direito fundamental seja deixado de lado.¹⁴⁹ *É necessário que os tribunais reconheçam a autoridade que lhes é outorgada pela Constituição para estabelecer estas correções da lei, ainda que implique em imiscuir-se em áreas do direito tidas por intocáveis, como os orçamentos públicos, por exemplo*, na medida em que a concretização dos direitos fundamentais, em época de enorme erosão

¹⁴⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio...*, p. 64.

¹⁴⁵ “... o princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de ... uma medida gravemente atentatória da dignidade humana.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 472)

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual...*, p. 170, nota 3 – grifei.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 169 – grifos no original.

¹⁴⁸ “... na condição de *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão, que pode consistir em uma... pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais...*, p. 3)

¹⁴⁹ “Assim, se as normas jusfundamentais, enquanto mandamentos de otimização, comandam a realização de determinado fim, levando-se em consideração as possibilidades práticas de realização, mas sem delimitar de antemão os meios a serem empregados para tanto, dessa mesma estrutura lógica se extrai a *regra da adequação*, no sentido de que a norma jusfundamental *somente estará sendo realizada ou cumprida se os meios empregados em seu nome forem, de fato aptos a fomentar a realização do fim por ela comandado.*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais...*, p. 95)

moral no parlamento, depende da conduta independente do Judiciário, nos limites de sua nobre competência.

O que se quer afirmar é que as restrições aos direitos do devedor podem e devem ser objeto de controle do judiciário, *ainda que prescindindo de lei* (desde que estes direitos sejam estabelecidos no catálogo de direitos da constituição, seja ela considerada formal ou materialmente), sempre recordando-se que a moderna interpretação constitucional exige que se observe o princípio da concordância prática, ou seja, a preservação dos núcleos dos direitos em conflito.¹⁵⁰

Sob outra abordagem, mas no mesmo sentido, Olmiro Ferreira da Silva delinea outro *topos* argumentativo de grande valia para a solução deste tipo de conflito, ao qual denomina *princípio do mal menor*.¹⁵¹ E, nesta linha de ponderação (concordância prática; “mal menor”) tem guarida na jurisprudência.¹⁵²

¹⁵⁰ “... segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos outros. Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, *representado pelo conflito entre princípios constitucionais*, aos quais se deve obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que *determina a busca de uma ‘solução de compromissos’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s) e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’*” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 80)

¹⁵¹ “Um desses princípios parece resolver a maioria dos casos [de conflitos entre valores de igual importância]. Trata-se do chamado princípio do ‘mal menor’ ou de seu oposto ‘bem maior’. Ora, tal princípio aplicado em dois valores ao mesmo nível, em situação que não se pode adiar a decisão sem causar maiores prejuízos às partes ou a uma delas, então deve ser aplicado, no sentido de escolher o valor que representaria o mal menor no caso concreto em detrimento do outro valor que será preterido. Note-se que tal princípio é comum na Medicina, no sentido de que para salvar uma vida se opta por amputar membros e eliminar funções ou órgãos de determinado paciente por força do bem maior ou mal menor.” (SILVA, Olmiro Ferreira da. “O Juiz...”, p. 204)

¹⁵² “... O TFD [*tratamento fora do domicílio*] do SUS, regulado pela Portaria nº 55/99, do Ministério da Saúde, é instrumento que se destina aos pacientes que, já tendo

A postura que exige a prevalência dos direitos fundamentais também recebe o nome “pensamento do possível”,¹⁵³ é perfilhada por nomes Gustavo Zagrebelsky,¹⁵⁴ Peter Häberle,¹⁵⁵ Chaïm Perelman,¹⁵⁶ entre outros, que veem o direito – especialmente a parte

exaurido as possibilidades de tratamento médico para os seus males, no local (Município) de origem, precisam se deslocar em busca da adequada assistência médica, apenas encontrável em localidade diversa do território nacional. O programa inclui, além dos procedimentos médicos, passagens de ida e volta e ajuda de custo para alimentação e hospedagem do paciente e do acompanhante. (...) 8. Se o Estado-membro, confessadamente, *não está honrando com a obrigação de pagar as diárias para os trajetos interestaduais...* ele deve ser impelido a cumprir suas atribuições. (...) Diversamente do alegado, os valores envolvidos não têm o condão de colocar em risco o orçamento do Estado... *a garantia da preservação da saúde dos cidadãos autoriza determinação judicial para que os recursos, inicialmente previstos para fins publicitários, sejam direcionados ao TFD, tudo em função do sopeso dos bens jurídicos a resguardar.* (...)” (TRF da 5ª R., v.u., AC 2006.84.00.005522-4, rel. Juiz Francisco Cavalcanti, j. em 08.11.2007)

¹⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica): Proposta de Investigação.” No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o ‘Pensamento do Possível’: um Estudo de Caso (Embargos Infringentes na ADIn nº 1.289-4).” *Revista do Advogado* 73/74.

¹⁵⁴ “La problemática coexistência entre los distintos aspectos que contituyen el derecho (derecho, justiça, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que *guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho*, se le denomina ‘razonabilidad’ y alude a la necesidad de un espíritu de ‘adaptación’ de alguien respecto a algo o a algún otro, con el *fin de evitar conflictos mediante la opción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que la circunstancias permitan.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Trad. de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 16 - grifei).

¹⁵⁵ Para este autor a legitimidade das conclusões sobre o direito constitucional realiza-se quanto há “a integração, pelo menos indireta, da ‘res publica’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo da *tensão do possível*, do real e do necessário.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 33)

¹⁵⁶ Perelman apresenta um exemplo de decisão *possibilista*. O Rei Belga Alberto I, por absoluta impossibilidade de união do Parlamento durante a 1ª Guerra, passou a legislar por “Decretos-Lei”. Cessada a Guerra atacou-se essas normas, pois a constituição não permitia a edição de norma exclusivamente pelo Rei. A Corte de Cassação Belga, no entanto, manteve a validade dos Decretos, tendo em vista que decisão diferente teria *impossibilitado* a administração do país naquelas condições extremas. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 411-412.

do direito que regula a fruição de direitos fundados em valores constitucionalmente protegidos – como um sistema aberto, a exigir do operador do direito a busca por soluções que *possibilitem ao máximo* a fruição daquilo que o texto constitucional garante – ainda que o ordenamento vede as soluções jurídicas heterodoxas (CPC, art. 126; arts. 4º e 5º da LICC).

3.3. O proporcional e o razoável

Como bem disse Sundfeld, o regramento da vida humana pelo Estado deve ser pautado pelo respeito a princípios, dentre os quais se incluem o da racionalidade e da razoabilidade.¹⁵⁷ O princípio da razoabilidade difere do princípio da proporcionalidade.¹⁵⁸ O princípio da razoabilidade é considerado “um princípio negativo, capaz tão somente de evidenciar *que dado ato administrativo não cumpre sua finalidade, por absurdo ou arbitrário*”.¹⁵⁹ Como afirmou Luiz Fux, o “razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’”.¹⁶⁰ No direito inglês utiliza-se a palavra “perversity”¹⁶¹ para referir-se a atos ou decisões destituídas de razoabilidade.

Caio Tácito defende que a razoabilidade é atributo obrigatório da lei, *que poderá ser afastada por ofensa a este princípio*, quando esta “reúne formalmente todos os elementos da lei, mas

¹⁵⁷ “O princípio da *racionalidade* proscreve a ilogicidade, o absurdo, a incongruência na ordenação da vida privada; fulmina, portanto, os condicionamentos logicamente desconectados da finalidade que legitima a interferência do legislador na matéria ou desproporcional em relação a ela. As opções legislativas devem se apresentar como escolhas racionais, aptas não só a conduzir aos efeitos desejados, como a fazê-lo do melhor modo possível. O princípio da *razoabilidade* – cuja inspiração na idéia de racionalidade não se pode negar – incorpora valores éticos ao universo jurídico, fulminando as opções legislativas desatentas desses padrões.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 68 – grifos no original)

¹⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável.” *RT* 798/27-28.

¹⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 93.

¹⁶⁰ STJ, 1ª T., v.u., REsp 728.999/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 12/09/2006, *DJU* 26/10/2006, p. 229.

¹⁶¹ ALDER, John. *General Principles...*, p. 382.

fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso.”¹⁶² Os dois institutos (proporcionalidade e razoabilidade) são úteis para aferir-se a validade de uma norma que restringe direitos fundamentais.

Conclusão

O direito moderno transita entre o angustiante conflito entre segurança e justiça. Por outro lado, em tempos de erosão moral é possível que o Parlamento (com influência do executivo) aprove leis iníquas. Por fim, há leis que embora *a priori* pareçam adequadas e justas *na maioria dos casos*, quando aplicadas em uma lide em particular o resultado obtido causa espécie. Nestas circunstâncias o operador do direito deve dispor de meios para defender – *dentro do sistema do direito* – uma saída que implique em *não aplicação da lei injusta*.

Propôs-se neste estudo as seguintes saídas, inspiradas no estudo axiológico de Olmiro Ferreira da Silva: (i) se a lei é justa, mas no caso concreto sua aplicação gera uma situação iníqua, pode-se postular, com fundamento na teoria da *derrotabilidade* o reconhecimento judicial de que se trata de uma situação excepcional não prevista pelo legislador; (ii) se a interpretação da norma causa ofensa a princípios constitucionais ou a direitos fundamentais (estejam eles no catálogo previsto pela constituição – direitos fundamentais de natureza formal, ou não – normas de conteúdo jus-fundamental, ou seja, previstos na legislação esparsa, mas com “dignidade constitucional”), o juiz pode afastá-los fundamentando na violação ao princípio da proporcionalidade, em seu sentido estrito (o legislador utilizou-se de carga excessiva de restrição a um direito fundamental).

Viu-se também que podem surgir no processo *conflito de direitos fundamentais*, mesmo a lei que fundamenta este conflito sendo constitucional. Daí, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

¹⁶² TÁCITO, Caio. “A Razoabilidade das Leis.” *RTDP* 13/228.

lidade na sua dimensão de ponderação, para (i) dar prevalência àquele de carga social e coletiva mais forte (*tábua de valores da sociedade*), ou, no caso de conflito de direitos fundamentais de idêntica importância, (ii) obter uma decisão que restrinja *da maneira menos danosa possível* ou direitos em jogo, *preservando-lhes simultaneamente o núcleo essencial*.

Por fim, viu-se que o juiz pode ver-se diante de um conflito entre dogmas jurídicos e a negativa de fruição de um direito fundamental. Nestes casos, deve utilizar o princípio da proporcionalidade como “*mandado de otimização*” (injunção) para encontrar um modo jurídico de prevalência dos direitos fundamentais.

Last, but not least, viu-se que a lei caprichosa, que se desvia de suas finalidades e é produto de arbítrio é desarrazoada, e pode ser afastada do caso concreto por ferir o princípio da razoabilidade.

Bibliografia

ALDER, John. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*. 4th ed. Bristol: Palgrave, 2002.

ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.” *Revista de Direito Administrativo* n. 217. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*. Trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico.” *Isonomia - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13. Ciudad del México: Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 87-117, oct. 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999.
- BRADLEY, A. W. EWING, K. D. *Constitutional and Administrative Law*. 13th ed. Essex: Pearson Longman, 2003.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Alberto Menezes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Estado de Direito*. Gradiva: Lisboa, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- _____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FALCÓN Y TELLA, Maria José. *Conceito e Fundamento da Validade do Direito*. Trad. Stefani Borba de Rose Trunfo. Terra de Areia: Triângulo, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. "Direito e Cidadania na Constituição Federal." *Direito-USF* n. 11. Bragança Paulista: Edusf, p. 121-135, jun. 1994.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica): Proposta de Investigação." Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/161106y.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2007.
- _____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997.
- HASSEMER, Winfried. “Sistema Jurídico e Codificação: Vinculação do Juiz à Lei.” In: HASSEMER, Winfried. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 299-300.
- HESPANHA, António Manuel. “Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma.” In: HESPANHA, António Manuel. (coord.) *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: Norton & Company, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Côrtez. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

- LLORENTE, Francisco Rubbio. “El Núcleo Duro de Los Derechos Humanos desde la Perspectiva del Derecho Constitucional.” In: MARZAL, Antonio. (org.) *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, 2001.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univerdidad de León, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o Pensamento do Possível: um Estudo de Caso (Embargos Infringentes na ADIn n. 1.289-4).” *Revista do Advogado* n. 73. São Paulo: AASP, p. 74-81, nov. 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENEZES, A. Alberto. “Os Dilemas da Ciência no Final do Século XX.” In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Alberto Menezes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993.
- NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

- NAVARRO, Pablo. RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidade y Sistematización de Normas Jurídicas.” *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n. 13. Ciudad del Mé-xico: Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 61-85, oct. 2000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsói, vol. III, 1963.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “Os Fins do Estado.” In: *Estudos de Direito Público: Dissertações*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, vol. I, 1989.
- RADBRUCH, Gustav. “Cinco Minutos de Filosofia do Direito.” In: *Filosofia do Direito*. Trad. L. Gabriel de Moncada. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- _____. “Leyes que non son Derecho y Derecho por Encima de las Leyes.” In: PARIAGUA, José Maria Rodriguez. (org.) *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madri: Aguilar, 1971.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: a Comment on Neil MacCormick’s Rhetoric and the Rule of Law*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2006.

- SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos.” *Interesse Público* n. 32. Porto Alegre: Notadez, p. 213-226, jul./ago. de 2006.
- SCHIER, Paulo Ricardo. “A Hermenêutica Constitucional: Instrumento para Implementação de uma Nova Dogmática Jurídica.” *Revista dos Tribunais* n. 741, São Paulo: RT, p. 38-59, jul. 1997.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável.” *Revista dos Tribunais* n. 798, São Paulo: RT, p. 23-50, abr. 2002.
- SILVA, Olmiro Ferreira da. *Direito e Ecologia: Aspectos Filosóficos Contemporâneos*. Barueri: Manole, 2003.
- _____. “O Juiz e o Trilema Axiológico.” *Momentum* n. 5. Atibaia: FAAT, p. 189-208, 2007.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TÁCITO, Caio. “A Razoabilidade das Leis.” *Revista Trimestral de Direito Público* n. 13. São Paulo: Malheiros, p. 227-232, jan./mar. 1996.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. “A Derrotabilidade da Norma Tributária.” *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 77. São Paulo: RT, pp. 121-149, nov./dez. 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta Pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, Derechos, Justicia. Trad. de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.