



**INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E
VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**
*CONSTITUTIONAL RIGHTS INFLATION AND ADDICTIONS AND VIRTUES
OF PROPORTIONALITY PRINCIPLE*

Lucas Augusto da Silva Zolet

Mestrando em Direito na Faculdade Meridional
– IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

E-mail: lucas.zolet@bol.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7325891592510047>.

Fausto Santos de Moraes

Doutor em Direito pela Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade Meridional – IMED, Rio Grande do
Sul, Brasil.

E-mail: faustosmoraes@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2028518764749733>.

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI: 10.5585/rtj.v5i2.331

Submissão: 21.03.2016

Aprovação: 07.08.2016

RESUMO

Este trabalho, produzido mediante o método fenomenológico-hermenêutico, propõe o estudo da Inflação dos Direitos Fundamentais decorrente do uso do Princípio da Proporcionalidade. Com base nessa premissa, apresentar-se-á os potenciais vícios e virtudes do emprego da Proporcionalidade considerando a influência teórica de Robert Alexy. A relevância deste trabalho, portanto, funda-se especialmente no pressuposto que a Inflação dos Direitos Fundamentais, de forma indistinta, interfere na compreensão da legitimação de proteção jurídica destes Direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Robert Alexy; Direitos Fundamentais; Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper, produced by phenomenological-hermeneutical method, purpose research the Principle of Proportionality as the Inflation hypothesis of Fundamental Rights. Based on this premise, it will present them potential defects and virtues employment Proportionality considering the theoretical influence of Robert Alexy. The relevance of this work, therefore, is

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

founded especially on the assumption that the Inflation of Fundamental Rights, interchangeably, interferes with the understanding of the legitimacy of legal protection of these rights.

KEYWORDS: *Robert Alexy; Constitutional Rights; Proportionality.*

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente trabalho, orientado por meio da Pesquisa Bibliográfica¹, é associar a inflação dos Direitos Fundamentais ao uso do Princípio da Proporcionalidade e, quanto a este conceito, apresentar os seus vícios e virtudes por vinculação ao modelo teórico de Robert Alexy.

A presente pesquisa, portanto, versa sobre o problema do emprego do Princípio da Proporcionalidade visto que, nos dias atuais, as decisões judiciais que necessitam analisar possíveis violações aos Direitos Fundamentais se valem do referido Princípio.

Esta Revisão Bibliográfica² foi produzida por meio do método fenomenológico-hermenêutico³, pelo qual o objeto de pesquisa é a Inflação dos Direitos Fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade e seus potenciais vícios e virtudes.

As técnicas de pesquisa utilizadas são a Categoria⁴ e o Conceito Operacional⁵, sendo que o objeto estudado no presente trabalho está inserido principalmente na Categoria dos Direitos Fundamentais, da Inflação dos Direitos Fundamentais e do Direito Constitucional.

A estrutura do trabalho foi organizada em quatro partes. Na primeira serão desenvolvidas premissas constitucionais dos Direitos Fundamentais e, na segunda, serão apresentados fundamentos do Princípio da Proporcionalidade. Na terceira e quarta partes serão observados os vícios e virtudes da Proporcionalidade em consideração à doutrina de Robert Alexy.

Os objetivos específicos deste trabalho são (a) realçar a ligação entre Direitos Fundamentais e Constituição; (b) conhecer os fundamentos teóricos do Princípio da Proporcionalidade; (c) identificar a relação entre o Princípio da Proporcionalidade e a Inflação

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, p. 210.

³ MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47: ““É simultaneamente tarefa de interpretação (tarefa de hermenêutica) que consiste em pôr a descoberto os sentidos menos aparentes, os que o fenômeno tem de mais fundamental””.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**, p. 25.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**, p. 37.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

dos Direitos Fundamentais;(d) discriminar os vícios e virtudes da doutrina de Alexy destacando os principais elementos teóricos da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Os argumentos teóricos trazidos neste trabalho são sustentados principalmente da perspectiva da doutrina internacional. Essa perspectiva entende que o debate jurídico promovido por Alexy tem como objetivo central a busca por soluções jurídicas aos problemas ocorrido na aplicação dos Direitos Fundamentais, entre eles, o pressuposto da Inflação dos Direitos interferir na legitimidade de proteção judicial destes Direitos.

As intenções deste trabalho, portanto, justificam-se ao longo do estudo especialmente diante da pesquisa dos pressupostos teóricos dos Direitos Fundamentais como possibilidade de compreensão das condições de legitimidade para o exercício da proteção constitucional.

Logo, ao fazer uma vinculação entre Proporcionalidade, Direitos Fundamentais e Inflação dos Direitos, propõe-se um olhar crítico do marco teórico de Alexy. Essa condição reflexiva é o ponto de partida da presente pesquisa que alinha o tema da aplicação dos Direitos Fundamentais aos pressupostos teóricos de uma das mais amplas teorias discursivas do Direito.

1. CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ponto de partida desta pesquisa é a vinculação entre Constituição e Direitos Fundamentais⁶. No Brasil o vínculo entre Direitos Fundamentais e Constituição é múltiplo, sobretudo porque a Constituição Federal de 1988 é fundamento jurídico dos Direitos Fundamentais, ou seja, trata com primazia as abordagens amparadas no âmbito de proteção⁷ dos Direitos Fundamentais.

Essa relevância da tutela jurídica da Constituição, no que se refere aos Direitos Fundamentais, parte da força regulatória que reveste as normas constitucionais. Essa força, baseada em poder jurídico e político, invariavelmente, orienta os ideais constitucionais no sentido de uma base fundamental para todas as atividades do Estado⁸.

Desse modo, nos conteúdos emanados da Constituição Federal é possível encontrar toda a substância jurídico-normativa capaz de responder pelos Direitos Fundamentais.

⁶ “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das *peçoas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, seja na Constituição Material”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: tomo IV - direitos fundamentais. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 09.

⁷ O âmbito de proteção pode ser definido como o âmbito dos bens (atos, fatos, estados ou posições) protegidos por um direito fundamental. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 72.

⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 47.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Todavia, não só o Estado tem vinculação imediata aos Direitos Fundamentais, também os atos particulares são guiados pela força normativa constitucional. Nesse sentido, a doutrina de Wilson Steinmetz observa que “No marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que direitos fundamentais [...] vinculam imediata ou diretamente os particulares”⁹.

Nessa linha de pensamento, afirma-se que o ideal constitucional pode ser dividido em duas perspectivas: política e jurídica. Na perspectiva política a Constituição surge como defesa fundamental dos indivíduos em face das arbitrariedades que acompanham o Poder Público. Já a perspectiva jurídica aproxima a Constituição do chamado Estado de Direito, especialmente, porque surge como critério de validade da ordem jurídica interna¹⁰.

Com base no pressuposto da Constituição como referencial normativo de supremacia democrática, infere-se que os Direitos Fundamentais estão contemplados no centro da ordem jurídica do Estado de Direito e correspondem à racionalização do ordenamento jurídico onde suas “[...] forças constituintes e organizadoras da razão garantem a legitimidade da legalidade e da juridicidade”¹¹.

É assim que a ordem jurídica combinada com suas múltiplas influências deve considerar os Direitos Fundamentais, ou seja, como verdadeiros compromissos jurídicos responsáveis por guiar todas as atividades públicas e privadas inerentes da sua regulamentação particular.

Posição semelhante é de Cristina Queiroz que concede significativa importância aos Direitos Fundamentais, especialmente, porque estes “Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva”¹².

Dessa forma, as experiências sócio-políticas erigidas a partir das invocações do Direito Constitucional fazem parte da construção histórico-cultural da sociedade, sobretudo com base nas atividades judiciais de promoção e proteção dos Direitos Fundamentais. Essas atividades são responsáveis por remeter ao Direito Constitucional um dever de compreensão jurídica das relações sociais contemporâneas.

Para o benefício dos próprios indivíduos, por outro lado, faz-se necessário que os Direitos Fundamentais recebam delimitação dos seus limites a depender dos bens concretos a que se propõem proteger. Essa é uma condição capaz de orientar a apreciação jurídica das

⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 271.

¹⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 126.

¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**, p. 124.

¹² QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: teoria geral**, p. 49.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

atividades sociais sem subjugação dos Direitos Fundamentais e com vista a assegurar a sua força normativa.

É por evidente que o problema do limite da intervenção estatal nas relações sociais ganha espaço e reclama pelo desenvolvimento de um olhar cuidadoso por parte dos juristas. Essa necessidade é ainda mais complexa uma vez que a intervenção do Estado nas relações públicas está envolvida por um sistema de diversas ordens, por exemplo, questões políticas e econômicas.

Nesse contexto, destaca-se o problema da atuação do Poder Judiciário no ato de julgar ações que envolvem postulados dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, dos Direitos Fundamentais. Muitas vezes, neste quadro, os Tribunais se deparam com casos de maior complexidade, conseqüências do cenário contemporâneo do sistema social dinâmico que envolve o Direito Constitucional.

É justamente com base nesse tema, qual seja, os limites das prerrogativas do Judiciário na proteção dos Direitos Fundamentais e na operacionalização dos deveres constitucionais, que surgem críticas doutrinárias acerca das arbitrariedades cometidas por parte do Poder Judiciário. Por exemplo, decisões que supostamente não contêm o devido rigor e cuidado argumentativo podem ser efeitos de abusos em nome do Direito¹³.

A origem dos problemas da atuação do Judiciário tem relação com o campo político brasileiro. Este espaço geralmente é avesso a rupturas radicais, por exemplo, o fato da Constituição de 1988 não encontrar espaço amplo para sua concretização. Aliás, a não concretização da Constituição teve como principal motivo a impossibilidade de operacionalização automática da norma constitucional. As normas constitucionais dependem da construção teórica capaz de condicionar efetivamente seus efeitos práticos também no meio da interpretação jurídica¹⁴.

O problema é que essa teorização não existia, o que obrigou a jurisprudência e a doutrina importarem teorias que sustentassem seus posicionamentos. Essa solução decorreu em um novo problema, qual seja a incompatibilidade de teorias estrangeiras com o contexto jurídico-político brasileiro¹⁵.

Entre muitas doutrinas importadas com o fim de responder aos dilemas jurídicos do cenário social brasileiro, encontra-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. A

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a. p. 112.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 277.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 277.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

grande parte da referida teoria trata da argumentação por meio da Proporcionalidade, uma espécie de regra¹⁶ utilizada pelos tribunais brasileiros supostamente como meio capaz de solucionar demandas envolvendo o conflito dos princípios constitucionais¹⁷.

O problema é que esse caminho não decorreu necessariamente em uma rigorosa aplicação das questões teóricas defendidas por Alexy, na verdade emergiram em dúvidas e críticas quanto à prática equivocada do uso da Proporcionalidade. As críticas apontam principalmente no uso da Proporcionalidade como mera retórica judicial possibilitando escolhas baseadas nas convicções pessoais dos julgadores¹⁸.

Diante desse contexto de incertezas na aplicação dos Direitos Fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade vem provocando o acontecimento que, num primeiro momento, poderia ser considerado positivo: a Inflação dos Direitos Fundamentais. Esse será o objeto da próxima seção.

2. A INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base nas compressões teóricas acima desenvolvidas sobre o Princípio da Proporcionalidade, faz-se relevante para a presente pesquisa desenvolver a questão dos Direitos Fundamentais e sua relação com a suposta Inflação dos Direitos.

O ponto de partida dessa relação é a consideração dos Direitos Fundamentais como interesses autônomos, porque defende-se o pressuposto teórico da autoconcepção desses Direitos, ou seja, cada indivíduo pode ter uma compreensão diferente acerca das suas próprias autonomias¹⁹. Logo, não se está a falar do exercício dos Direitos Fundamentais, mas dos seus recursos materiais subjetivamente considerados.

Observa-se, diante do contraste prático entre Direitos Fundamentais e Inflação dos Direitos, que no território europeu a proteção oferecida aos Direitos muitas vezes abrange questões triviais. Esse argumento é visto sobretudo na atuação da Corte Europeia de Direitos

¹⁶ Sobre problemas da questão terminológica ver: SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 168.

¹⁷ Nesse sentido, Streck observa que “O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável a doutrina e dos Tribunais”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 286.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 107.

¹⁹ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 155-157.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Humanos que em alguns casos é acusada de não utilizar uma definição precisa do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais²⁰.

A título exemplificativo, o caso *Hatton and others v. United Kingdom*²¹ que envolveu a discussão sobre o fato de aeronaves em voos noturnos interferirem no suposto direito de dormir bem (ruídos e poluição) de alguns moradores. Nesse caso, mediante o Princípio da Proporcionalidade, o interesse à vida privada dos moradores foi descaracterizado como Direito Fundamental pela decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobretudo em face do interesse dos moradores supostamente não ser tutelado pelo âmbito de proteção do Direito Fundamental à vida privada.

O problema inserido neste contexto, trata-se que em outros casos a Corte Europeia de Direitos Humanos concedeu proteção de Direito Fundamental baseado no artigo 8º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A título ilustrativo, foi concedida proteção de Direito Fundamental à privacidade para relações sadomasoquistas realizadas entre homossexuais²². Logo, nota-se que há dificuldade da Corte em definir quais interesses à vida privada devem ser considerados como interesses legítimos de proteção dos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, destaca-se a atuação do Tribunal Constitucional Alemão que faz uma diferenciação rigorosa entre mero interesse individual e Direito Fundamental definitivo. Por exemplo, no ano de 1957, o Tribunal declarou que a Constituição Alemã protege o Direito do desenvolvimento livre da personalidade e essa concepção constitucional, por conseguinte, foi continuamente interpretada como um Direito Fundamental à liberdade de ação em defesa de interesses particulares²³.

Todavia, esse posicionamento do Tribunal Alemão não decorre no entendimento que qualquer interesse deve receber proteção, sobretudo porque não se pode confundir a “[...] existência do direito – neste caso, existência do direito fundamental – com a sua garantia, ou, mais rigorosamente, com a sua garantia judicial”²⁴.

²⁰ Por exemplo, casos envolvendo o artigo 8º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o qual faz previsão do Direito à vida privada. MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 157.

²¹ ECHR, European Court of Human Rights. **Case of hatton and others v. the united kingdom**. 2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

²² ECHR, European Court of Human Rights. **Case of laskey and others v. the united kingdom**. 1997. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

²³ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 158.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 103.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não obstante, os posicionamentos do Tribunal Constitucional Alemão foram reafirmados em várias decisões, por exemplo, a ação judicial que postulava o direito de alimentar pombos em parques públicos (*BVerfGE 54 at 143, Pigeon-Feeding*), bem como o direito de cavalgar em qualquer área dos bosques (*BVerfGE 80 at 137, Riding in the Woods*)²⁵.

Observa-se, assim, que a tendência da Inflação dos Direitos Fundamentais se encontra especialmente na falta de interesse ou na própria incapacidade dos Tribunais identificarem um limite interpretativo que separe a devida proteção de Direitos Fundamentais baseados em interesses relevantes daqueles interesses que são considerados triviais²⁶.

O problema é que a análise do limite interpretativo de proteção aos Direitos Fundamentais está diretamente vinculada à existência da conexão entre a (a) compreensão do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, em sentido *prima facie*, e a (b) Inflação dos Direitos como intercorrência do Princípio da Proporcionalidade.

Aliás, a Proporcionalidade não só é compatível com a Inflação dos Direitos, mas também necessita dela. Logo, a Proporcionalidade e a Inflação dos Direitos são elementos que fazem parte da concepção dos Direitos Fundamentais.

A questão fundamental, por outro lado, versa sobre o uso da Proporcionalidade, sobretudo no estágio do sopesamento, não realizar uma diferenciação da força normativa entre meros interesses particulares e dimensão democrática dos Direitos Fundamentais²⁷.

Afirma-se que sem essa mínima diferenciação teórica qualquer tentativa de impor um limite aos direitos pode ser arbitrária e, em vista disso, as decisões passam pela necessidade de inflar o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais²⁸.

Nesse sentido, a Inflação dos Direitos Fundamentais, mediante a Proporcionalidade, é responsável por incluir todo tipo de interesse nos processos de deliberação dos Tribunais. O

²⁵ WOISCHINK, Jan. Prefácio. In: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Betriz Hennig e Leonard Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 233.

²⁶ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**. p. 159.

²⁷ A dimensão democrática dos Direitos Fundamentais fundamenta que as faculdades morais da personalidade humana se convertem, por meio da Constituição, em posições democráticas de Direitos Fundamentais. Essa dimensão é composta, por exemplo, pelos Direitos Políticos, Liberdades Individuais e Direitos de Prestação Positiva do Estado. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, p. 319-339.

²⁸ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 160.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

problema é que alguns interesses não são importantes o suficiente para serem levados em conta em todos os níveis e em todos os contextos²⁹.

Surge, para solução da problemática acima mencionada, uma proposta que contempla um modelo de exame da Proporcionalidade capaz de impor um limite de relevância para cada interesse e apenas os interesses particulares que alcançarem um determinado nível na escala de relevância são protegidos como Direitos Fundamentais. Caso considerada sua proteção, então qualquer limitação a esses interesses será permitida apenas se proporcional; por sua vez, um interesse particular que não atinja o limite não será protegido e poderá ser limitado em detrimento de outro Direito³⁰.

Logo, a proposta do modelo de restrição do Princípio da Proporcionalidade, pode ser contrastada com o modelo alargado, segundo o qual qualquer interesse particular, mesmo eventualmente trivial, seria suficiente para atrair a proteção dos Direitos Fundamentais.

Essa questão problemática, qual seja de impor limites ao núcleo de cada Direito Fundamental ou interesse individual subjetivamente considerado, todavia, não está baseada somente no fenômeno político-social de reconhecimento de novos Direitos³¹, mas especificamente na compreensão jurisdicional objetivamente considerada.

Significa dizer que a discussão teórica da relevância dos interesses privados está inserida especificamente no debate jurídico que os Tribunais constitucionais procedem acerca do alcance da proteção dos Direitos Fundamentais. Ademais, esse posicionamento representa apenas uma pequena margem de variação do entendimento jurisdicional do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, deixando sempre intacto o seu núcleo essencial, sobretudo porque esse é parte do interesse moral dos indivíduos³².

Com isso a problemática da Inflação dos Direitos consiste no conflito com o pressuposto que os Direitos Fundamentais são considerados (a) Direitos com uma importância especial e que por isso (b) possuem uma força normativa especial³³. O problema é que a Inflação dos Direitos nega esses pressupostos.

Para responder à desconsideração do caráter especial dos Direitos Fundamentais, propõe-se a concentração no efetivo propósito de proteção (por exemplo das liberdades individuais) que uma pessoa tem simplesmente em virtude de sua humanidade. Esse

²⁹ PORAT, Iddo. Some Critical Thoughts on Proportionality. In: BONGIOVANNI, Giorgio et al (Ed.). **Reasonableness and law**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 249.

³⁰ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 160.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 68.

³² MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 163.

³³ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 166.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

argumento traduz que os pressupostos morais “[...] são inelimináveis em qualquer posição relativa aos direitos fundamentais – assim como, reciprocamente, não se depara sistema filosófico que não encare, direta ou indiretamente, a pessoa, o seu valor e a sua circunstância”³⁴.

Percebe-se, por outro lado, que o problema de inflar Direitos não tem relação conflituosa unicamente na determinação da importância prática dos Direitos. Em vez disso, o problema (generalização da proteção) tem relação contraditória com o propósito último dos Direitos Fundamentais, ou seja, a forma particular de respeito e consideração pelos indivíduos.

É por evidente que, para a compatibilização da Proporcionalidade com os argumentos acima referidos, algumas doutrinas apresentam um novo conceito do exame da Proporcionalidade, o qual observa os seguintes estágios: (1) o meio deve perseguir um objetivo legítimo; (2) deve ser uma medida adequada para alcançar esse objetivo; (3) não deve existir uma alternativa menos restritiva mas igualmente eficaz; e (4) não deve impor encargos desproporcionados para o titular do Direito³⁵.

Independentemente da efetividade de novos conceitos doutrinários acerca da utilização da Proporcionalidade, afirma-se que o fato de alguém possuir um interesse em alguma coisa (Direito *prima facie*) não significa dizer que tenha o Direito a qualquer coisa (Direito Fundamental definitivo).

É por esse argumento que, mediante a correlação entre Proporcionalidade e Inflação dos Direitos, deve-se aceitar, no primeiro plano, uma concepção (*prima facie*) do Direito à autonomia de interesse do indivíduo. Já em segundo plano, nota-se que o exame da Proporcionalidade deve ser empregado por meio da justificação (definitiva) que avalie se determinada restrição respeita ou viola os limites aos interesses particulares dos indivíduos.

Concluída a apresentação da relação entre Proporcionalidade e Inflação dos Direitos, avança-se para análise dos vícios e virtudes conferidas ao Princípio da Proporcionalidade. Essa análise é relevante porque as circunstâncias analisadas coadunam o pensamento da Proporcionalidade, por um lado, como elemento de proteção dos Direitos, por outro, como responsável pela inflação dos Direitos Fundamentais.

³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, p. 58.

³⁵ MÖLLER, Kai. **Proportionality and the rule of law**, p. 167.

3. OS VÍCIOS E AS VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da Proporcionalidade é considerado um dos principais temas acerca da interpretação dos Direitos Fundamentais³⁶. Não é por outro motivo que no âmbito da jurisdição e da doutrina brasileira esse elemento figura de modo singular, especialmente como fundamento teórico da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Ao abordar o Princípio da Proporcionalidade a doutrina de Ingo Sarlet ressalta que o referido Princípio é um elemento essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro e que “[...] desponta como instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”³⁷.

Como se viu nas seções precedentes, as discussões sobre a Inflação dos Direitos Fundamentais estão associadas ao reconhecimento da possibilidade de extensão da proteção jurídica via o Princípio da Proporcionalidade. Esse fenômeno encaminha a discussão sobre os pontos positivos e negativos dessa prática.

É possível afirmar, portanto, que no Brasil o uso da Proporcionalidade está presente no meio teórico e prático jurídico. Logo, nota-se que em inúmeros casos e ações judiciais, inclusive de significativa expressividade no cenário nacional³⁸, o Supremo Tribunal Federal se utiliza do Princípio da Proporcionalidade, fazendo, por vezes, referências à Alexy, especialmente quando da discussão acerca dos princípios e valores constitucionais³⁹.

Se, por um lado, o Judiciário brasileiro promove uma larga referência aos elementos doutrinários do jurista alemão, por outro, o uso feito não observa com rigor os pressupostos científico-metodológicos da Proporcionalidade idealizados pelo referido jurista. Logo, verifica-se um problema acerca da aplicação e utilização judicial da doutrina de Alexy.

Exemplo disso é a constatação que o próprio Supremo Tribunal Federal desconsidera o todo do construído teórico de Alexy, atinando-se tão somente à aplicação da

³⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. IX.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais da perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396.

³⁸ Por Exemplo: STF – Rcl 2126; Agr 395662; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADPF 54; ADI 2240. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 290.

³⁹ Por exemplo, a ADPF nº 54, de 12 de abril de 2012. A referida ação gerou significativa repercussão no país por questionar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Ao analisar o caso, a ministra Rosa Weber proferiu voto com base no método da ponderação, o qual depende da aplicação do Princípio da Proporcionalidade conjugado com seus subprincípios. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF (2012)**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 12 dez. 2014, p. 130.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Proporcionalidade como um conceito simplesmente associado à ponderação. Essa postura do Supremo Tribunal não guarda relação adequada com a referida doutrina, porque corresponde apenas a uma pequena parte da proposta teórica do autor⁴⁰.

Ademais, a insuficiência argumentativa do Poder Judiciário brasileiro decorre num olhar superficial da Proporcionalidade. Essa fragilidade está inserida na dificuldade de visualizar a teoria de Alexy como um sistema, pelo qual a Proporcionalidade deve ser aplicada com rigorosa fundamentação, sob o perigo de ser transformada em um álibi teórico⁴¹.

Além desse quadro problemático apresentado, é possível discutir vícios e virtudes da doutrina da Proporcionalidade⁴². Essa proposta considerada a teoria de Alexy, mas vai além dela para incorporar a forma como a Proporcionalidade é desenvolvida e aplicada à ordem jurídica brasileira.

Começar-se-á pelas virtudes. É uma das forças da doutrina de Robert Alexy a apresentação de (1) uma dogmática sobre os Direitos Fundamentais. O autor alemão contribui para a ciência jurídica ao estabelecer algumas distinções sobre as normas de Direitos Fundamentais.

Primeiro, reconhece Alexy que as normas de Direitos Fundamentais são tanto aquelas dispostas na Constituição quanto aquelas atribuídas à Constituição⁴³. Para se discutir isso, a sua doutrina se importa com as condições semânticas e estruturais da Constituição.

Isto é, seria possível atribuir normas à Constituição em virtude de uma abertura semântica ou estrutural dos dispositivos constitucionais. Esse campo de abertura teria como seu objeto àquelas normas possivelmente atribuídas à Constituição. No campo da semântica, os termos utilizados pela Constituição induzem a perguntas pelo alcance do seu sentido. Quanto ao elemento estrutural, haveria espaço para se questionar se determinada interpretação normativa encontraria justificção da Constituição. Faria parte da dogmática dos Direitos Fundamentais, portanto, enfrentar as questões sobre o que pertence ou não ao arcabouço normativo destes Direitos.

⁴⁰ “Analisando as referidas decisões que fazem referência ao princípio da proporcionalidade, identificou-se que o STF não segue rigorosamente a proposta teórica de Robert Alexy, desenvolvendo, por causa disso, uma concepção *sui generis* dessa categoria”. MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, n. 1, v. 06, p. 54-62, junho 2014. p. 59.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, p. 287.

⁴² Cabe aqui esclarecer que o trabalho não pretende exaurir todas as virtudes e os vícios da referida teoria, mas destacar aqueles pontos específicos que se propõe discutir.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Váldes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 66-73.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Essa função dogmática está conectada com a noção de (2) princípios formais e materiais. Discutir essa questão é colocar em evidência o entendimento dos Direitos Fundamentais como regras e princípios⁴⁴. Alexy aposta que essa distinção entre regras e princípios é o ponto central da dogmática dos Direitos Fundamentais.

A distinção entre regras e princípios vai exigir do intérprete uma postura diferente na fundamentação dessas normas. Reconhecer o caráter de regra de uma norma constitucional facilitaria a sua fundamentação por recurso ao elemento literal do dispositivo constitucional⁴⁵. Por sua vez, quando se estivesse diante de princípios jurídicos, a argumentação exigida seria mais complexa.

Quando se fala das regras, a sua legitimidade decorre do poder legitimador dos princípios formais em que se atribui à deliberação democrática o poder legislativo de construção de regras a serem seguidas. De outra forma, os princípios materiais permitiriam que problemas concretos pudessem ser discutidos com recurso aos princípios jurídicos. Neste caso, a análise por força do Princípio da Proporcionalidade seria o recurso metodológico disponível.

Algo que na teoria de Alexy faz todo o sentido, mas que na prática aparece diferente, é a flexibilização da lei por recurso aos princípios jurídicos. Neste caso, ante a teoria de Alexy, os princípios formais dariam espaço para os princípios materiais⁴⁶. Todavia, para ser justo com o autor alemão, isso seria apenas em circunstâncias excepcionais em que o sopesamento pudesse indicar um extrema desproporção.

Essas operações descritas estariam num nível decisório, podendo serem denominados com juízos. Juízos sobre a aplicação das regras e princípios. Entretanto, aponta-se aqui a virtude da (3) argumentação jurídica como elemento legitimador do Direito⁴⁷. Isso quer dizer que independentemente da aplicação das regras ou de princípios, o que contaria para a sua legitimidade seria a justificação apresentada.

Como destaca o jurista alemão, a validade das normas constitucionais (expressas ou atribuídas) seria dependente da correta fundamentação que considerasse o texto constitucional, os precedentes do tribunal constitucional, a dogmática jurídica e, por fim, os argumentos práticos gerais.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 81.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 135-138.

⁴⁶ KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 135-136.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. p. 33-36.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não se pode ignorar, assim, a função que a argumentação jurídica assume para legitimar as decisões sobre Direitos Fundamentais. A legitimidade decorreria da justificação racional das decisões desde de um campo significativo institucionalizado (texto constitucional, precedentes, dogmática) até, em situações extremas, a argumentos práticos gerais.

Aliás, esses argumentos práticos gerais desenvolveriam a dimensão crítica do Direito (4). Para Alexy a natureza do Direito possui duas dimensões: a real e a ideal⁴⁸. Como dimensão real, o direito positivo demarcaria o que seria o Direito. Ele seria um elemento descritivo. Na condição ideal, haveria a possibilidade de um juízo crítico sobre o direito positivo, permitindo a passagem para uma postura prescritiva. Assim, nos casos em que não fosse possível decidir de acordo com o direito positivo posto (ex. casos não previstos ou que exigissem uma decisão *contra legem*), poderia o jurista recorrer a uma dimensão ideal ou crítica do Direito.

Entende-se que o desenvolvimento dos argumentos práticos gerais sustentariam o posicionamento crítico do Direito e deveriam servir para justificar racionalmente o que o Direito deveria ser.

Apesar desses pontos poderem ser indicados como virtudes do pensamento de Alexy, há elementos que são considerados vícios da proposta teórica desenvolvida por ele.

A justificação circular dos princípios jurídicos seria um desses vícios. Quem apontou esse problema foi Jestaedt. Para este autor, o problema da lógica circular da justificação estrutural dos princípios decorre no argumento do círculo vicioso da fundamentação alexyana. Esse argumento toma forma diante da afirmação que para uma norma ser considerada um princípio ela precisa estar sujeita a uma lei que estabeleça princípios. Todavia, da perspectiva teórica de Alexy uma norma está sujeita à lei que estabelece princípios quando é um princípio⁴⁹.

A lógica circular dos princípios, em outras palavras, relaciona-se ao problema da impossibilidade de determinar se o julgador responsável pelo caso está a enfrentar um conflito de princípios. A crítica afirma que a teoria da Proporcionalidade responde essa questão em função da maneira pela qual uma colisão de princípios deve ser resolvida (argumentação *a posteriori*). Portanto, a doutrina de Alexy é acusada de não conceder resposta lógica para a

⁴⁸ ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In: TRIVISONNO, Alexandre Trevesoni Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 354.

⁴⁹ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 115.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

questão anterior: se os princípios estão em conflito ou quando isso ocorre (enunciado *a priori*)⁵⁰.

Todavia, o problema decisivo para o círculo vicioso da justificação dos princípios em Alexy talvez seja o fato da pressuposição da validade – normativa - de princípios sem necessariamente justificá-la. Logo, mediante um exame hipotético, bastaria um julgador reconhecer um princípio numa única decisão para que determinado princípio passasse a ter repercussão e, provavelmente, validade jurídica em determinado ordenamento⁵¹.

Indo além de Jestaedt, a lógica circular dos princípios jurídicos nega o caráter deontológico dessas normas. Isto é, só seria possível identificar algo como princípio em virtude da sua importância para determinado ordenamento jurídico. Isso implica numa densidade institucional do princípio jurídico. Parece que uma das maneiras de assegurar essa condição institucional dos princípios jurídicos seria o recurso a uma história institucional⁵².

Entende-se que a condição legitimadora aos princípios jurídicos está presente na tradição jurídica a que se parte. É essa história jurídico-institucional que assegura a importância ontológica-existencial do princípio jurídico⁵³.

Assim, não poderia o juiz lançar mão de princípios jurídicos como entidades decorrentes da sua visão particular ou criados *ad hoc* para resolver o caso em julgamento, sob pena de cair no problema de circularidade viciosa. Para sair desse problema, o mínimo de institucionalização aos princípios jurídicos, como indicado, coloca a adjudicação no caminho da intersubjetividade.

O segundo vício trata-se da resolução dos conflitos mediante a categorização dos fenômenos jurídicos como problemas que devem ser resolvidos por regras ou princípios. Nesse ponto, a crítica reside especialmente na confusão que consiste a relativização de uma compreensão holística do Direito em valorização as especificidades de um caso ou outro⁵⁴

⁵⁰ Por *a priori* entende-se o enunciado analítico e por *a posteriori* a argumentação empírica. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵¹ JESTAEDT, Matthias. **Institutionalized Reason**, p. 114.

⁵² A proposta de Romance em Cadeia de Dworkin como metáfora indicativa do dever de coerência, principalmente, da decisão com *standards* plasmados na histórica institucional, parece ser uma boa proposta para conter a discricionariedade judicial. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 271.

⁵³ Streck associa à natureza dos princípios jurídicos uma condição ontológico-existencial-compreensiva, forjada ao longo da tradição normativo-institucional de determinada comunidade. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 251.

⁵⁴ JESTAEDT, Matthias. **Institutionalized Reason**, p. 115.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quer dizer, há um favorecimento da cisão entre regras e princípios jurídicos, deixando-se de considerar que o sentido normativo decorre da influência recíproca entre essas espécies normativas.

Não se pode fechar os olhos ao fato que a distinção entre conflitos de regras e princípios não é nem tão fácil, nem tão inequívoca como a doutrina de Alexy propõe (solução binária), sobretudo diante de casos práticos envolvendo a decisão sobre Direitos Fundamentais.

Na prática, por vezes, esse posicionamento tem um efeito mais nefasto. Basta notar, por exemplo, as sucessivas desvalorizações que as regras jurídicas (ou a legislação) sofrem pela categorização de um problema como uma questão a ser resolvida pela colisão entre princípios jurídicos. Aliás, essa categorização acaba por negar a própria noção de princípio formal desenvolvida por Alexy⁵⁵.

A negação dos princípios formais implicam numa fragilização da competência legislativa. Isso porque a Proporcionalidade conduziria a uma intensidade de negação da reserva ou discricionariedade do Legislativo na criação de leis, promovendo uma tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Essa negação se deve ao fato que mediante a Proporcionalidade todo ato normativo poderia ser ponderado em caso concreto pelo Judiciário⁵⁶

A terceira consequência negativa é o uso retórico dos princípios jurídicos. Ela decorre tanto da categorização das fenômenos jurídicos como questões de regras e princípios, quanto a falta de justificção racional que legitime a solução empregada judicialmente.

Essa condição retórica é caracterizada por não ser possível identificar nas decisões elementos justificativos que legitimem o emprego e a importância do princípio jurídico, como espécie normativa, na decisão. Para ser mais explícito: inexistem no uso dos princípios jurídicos razões que correspondam ao caráter institucional da argumentação jurídica.

Em Alexy esse uso retórico pode ser notado quando os casos concretos em que há conflito entre princípios acabam por exibir razões que se caracterizam como qualquer argumento que possa inclinar uma decisão em favor de um direito subjetivo⁵⁷. Ou seja, o

⁵⁵ Seriam aqueles princípios que legitimam a criação legislativa do Direito, reconhecendo a competência e procedimento para tanto, em decorrência do princípio democrático. Esses princípios formais reclamariam que as normas produzidas legislativamente teriam uma precedência *prima facie* diante de outros princípios materiais. Cf. ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 13-35.

⁵⁶ JESTAEDT, Matthias. **Institutionalized Reason**, p. 118.

⁵⁷ MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

caráter jurídico-institucional antes reclamado para os princípios jurídicos é substituído pelo poder argumentativo das partes e do juiz.

Nesse momento, é possível indicar dois exemplos. O primeiro tem origem no caso *Motor Scooter* discutido por Alexy para justificar a comparação como uma operação lógica necessária do Direito. Naquela oportunidade, Alexy afirmou que o *princípio da paz* e o *princípio do sossego* deveriam ser ponderados.⁵⁸

Por sua vez, com olhos na realidade brasileira, o discurso do Supremo Tribunal Federal não possui uma doutrina mais rígida sobre a noção de princípio jurídico. Em virtude disso, nota-se, mais uma vez, o império retórico dos princípios e da própria Proporcionalidade.⁵⁹

Esse problema retórico não é à toa, mas está relacionado com o problema da desvalorização da coerência em prol da Proporcionalidade. O ideal de coerência para a adjudicação judicial implica numa esfera democrática de preocupação com a intersubjetividade e a segurança jurídica.

Boa parte das decisões judiciais que usa a Proporcionalidade, ponderando diferentes grandezas entre intervenção e satisfação dos Direitos Fundamentais, acabam por reproduzirem experiências particulares dos julgadores. Assim, ato de ponderação implica num fechamento do julgador sobre as duas próprias concepções de mundo, ignorando aquilo que vem sendo decidido até então. Esse efeito é denominado como *zero point of legal doctrine*⁶⁰.

Esquece-se, por causa disso, que o julgador está condicionado as decisões precedentes, das quais, só pode se afastar mediante um esforço argumentativo que apresente razões dignas para uma decisão diferente⁶¹. Na prática judiciária essa situação é fácil de ser identificada com a existência de vários posicionamentos num mesmo tribunal sobre a mesma questão.

Nota-se, mediante os argumentos apresentados na presente pesquisa, que o Princípio da Proporcionalidade é um dos elementos jurídicos de maior referência para com a proteção

⁵⁸ ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles**. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010a). p. 9 -18.

⁵⁹ MORAIS, F. S. **Hermenêutica e pretensão de correção**, p. 273.

⁶⁰ JESTAEDT, Matthias. **Institutionalized Reason**, p. 116.

⁶¹ Morais da Rosa afirma que a saída seria a coerência da ordem jurídica como forma de se fazer valer os critérios jurídicos. A constrição a esses critérios seria rompida, por exemplo, pelo apelo ao “Constitucionalismo Princípalista” criando um “idioleto da ponderação de princípios” cujo efeito seria a perda de deontologia do Direito Constitucional. Cf. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Constitucionalismo garantista: notas lógicas**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 142

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

dos Direitos Fundamentais, todavia a compreensão teórica por trás do referido Princípio ainda é algo que necessita ser explorado pela doutrina, sobretudo diante da Inflação dos Direitos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa identificou os pressupostos teóricos acerca do problema da Inflação dos Direitos Fundamentais mediante a utilização judicial do Princípio da Proporcionalidade. Essa identificação permitiu compreender a relação entre Princípio da Proporcionalidade e Inflação dos Direitos Fundamentais, tendo como pano de fundo os vícios e virtudes da doutrina de Robert Alexy.

O problema da Inflação dos Direitos Fundamentais, enfatizado pela hipótese da interferência na delimitação do conteúdo essencial dos Direitos, permitiu conhecer que a Proporcionalidade é um instrumento de proteção destes Direitos, mas que, nessa qualidade, suas compreensões teóricas devem ser constantemente aprimoradas pela doutrina jurídica.

Não obstante, diante do estudo dos elementos teóricos da doutrina de Alexy, nota-se diversos pontos positivos e negativos da utilização na prática jurídica do Princípio da Proporcionalidade. Não se pode dizer que são os únicos, mas aqueles destacados no presente trabalho. Assim, as virtudes aqui apontadas são: (1) uma dogmática dos Direitos Fundamentais; (2) a relação entre princípios substanciais e formais, com a exigência da máxima realização possível; (3) a argumentação jurídica como elemento legitimador das decisões sobre Direitos Fundamentais; e (4) o reconhecimento da dimensão prescritiva do Direito.

Apesar disso, também se deve conhecer as críticas à doutrina de Robert Alexy, tomando-as como ponto de partida para futuro aperfeiçoamento do emprego da Proporcionalidade. Relacionando-se a isto, os vícios discutidos neste trabalho são: (1) a justificação circular dos princípios jurídicos; (2) a categorização do fenômeno jurídico como problemas de regras e princípios; (3) o uso retórico dos princípios jurídicos; e, (4) a desvalorização do ideal de coerência em prol da Proporcionalidade.

Diante desse balanço, parece evidente que o Poder Judiciário deve empregar maior atenção à doutrina de Alexy, principalmente, para contrastar o elemento argumentativo como justificador racional da aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Essa preocupação resultará num melhor desenvolvimento do Princípio da Proporcionalidade, sobretudo para que a natureza fundamental dos Direitos não seja

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

vulgarizada, bem como para a efetiva condição de legitimidade do exercício da proteção constitucional dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Váldez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles**. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010a), p. 9-18.

ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In: TRIVISONNO, Alexandre Trevesoni Gomes (Org.). **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF (2012)**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 12 dez. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECHR, European Court of Human Rights. **Case of hatton and others v. the united kingdom**. 2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

ECHR, European Court of Human Rights. **Case of laskey and others v. the united kingdom**. 1997. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; ALEXY, Robert. **Jueces y ponderación argumentativa**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: tomo IV - direitos fundamentais. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MÖLLER, Kai. Proportionality and Rights Inflation. In: HUSCROFT, Grant (Ed.). **Proportionality and the rule of law**: rights, justification, reasoning. New York: Cambridge University Press, 2014.

MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.

MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, n. 1, v. 06, p. 54-62, junho 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PORAT, Iddo. Some Critical Thoughts on Proportionality. In: BONGIOVANNI, Giorgio et al (Ed.). **Reasonableness and law**. Dordrecht: Springer, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

**INFLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS VÍCIOS E VIRTUDES DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais da perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

WOISCHINK, Jan. Prefácio. In: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Betriz Hennig e Leonard Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005.