

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**

**A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA
TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY E O DEVER DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.**

DALTON SANTOS MORAIS

Vitória – ES.

2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA
TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY E O DEVER DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães.

Vitória – ES.

2011.

Nome do autor: Dalton Santos Morais

Título: A proporcionalidade no processo civil brasileiro à luz da teoria do direito de Robert Alexy e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador

Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães

Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual Civil
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Membro Interno

Prof. Dr. Francisco Viera Lima Neto

Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual Civil
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Membro Externo

Prof. Dr. Márcio Cammarosano

Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Data da defesa: 26/05/2011.

EPÍGRAFES

“Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder de caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado de Direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta de seus numerosos agentes (*no caso, os juízes*), seja para ditar condições, limites e formas de exercício do poder.”

Cândido Rangel Dinamarco.

“Princípios e ponderações (proporcionalidade em sentido estrito) são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.”

Robert Alexy.

“O êxito depende do esforço.”

Sófocles.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é integralmente dedicado a minha esposa Ana Paula, a quem agradeço a felicidade de ter-me dado uma família e a compreensão pelos momentos de ausência familiar em decorrência das ininterruptas horas de dedicação ao estudo do Direito.

Também dedico o presente trabalho a minha amada filha Poliana, a quem agradeço a benção de sua paternidade e para quem espero ser um exemplo de que é possível alcançar nossos sonhos “apenas” com trabalho honesto e estudo dedicado.

Não poderia também deixar de consagrar o presente trabalho a todos aqueles profissionais do Direito que, de tão apaixonados pela vida acadêmica, ingressam pelas vias da segunda jornada profissional e da terceira jornada de estudos acadêmicos, sacrificando assim grande parte dos já escassos momentos de lazer e de estar com a família em prol da disseminação de conhecimento e da elevação do ser humano através da cultura jurídica.

AGRADECIMENTOS

Sou adepto da posição de que a existência de uma oportunidade para agradecer é por si só algo pelo que se deva agradecer; afinal, se essa oportunidade existe é porque o objetivo foi alcançado e se torna indispensável agradecer aqueles que contribuíram para o alcance da meta estipulada.

Essa oportunidade de agradecer é essencial para compartilhar a satisfação de ter alcançado o objetivo e para afastar qualquer pecha de soberba ou falta de humildade, já que é preciso reconhecer que sem o auxílio de várias pessoas não só este trabalho não teria sido realizado, como sequer esse curso de mestrado em direito processual civil poderia ter sido concluído.

Como carioca da gema e bom suburbano criado entre os bairros de Bonsucesso e Inhaúma na Zona Norte Carioca – para os entendidos, entre as Comunidades da Nova Brasília e da Fazendinha no Complexo do Alemão – sei bem o valor da genuína e desinteressada vontade de ajudar o próximo que encontrei ao longo de minha vida.

Um exemplo que atesta o valor desse tipo de ajuda e que merece ser expressivamente lembrado aqui: na seleção para o mestrado, eu estava com uma dificuldade considerável para a prova de língua estrangeira, obviamente em decorrência das deficiências que naturalmente ocorreram no aprendizado de línguas durante o difícil processo de minha formação educacional.

Eis que sem qualquer pedido de minha parte, surge o até então desconhecido colega de Procuradoria Federal, Dr. Rodrigo Costa Buarque, para oferecer-me material de inglês instrumental específico para processos de seleção em mestrado e doutorado em direito.

Esse material foi-me de enorme valia para a aprovação na seleção do PPGDIR/UFES e para meu aprimoramento em línguas estrangeiras durante o curso, sendo essencial deixar registrada minha enorme gratidão por esse ato genuíno de pura bondade do meu amigo Rodrigo; bondade esta que, aliás, não se limitou a esse ato, pois teve ele fraterna disposição de ajudar-me a revisar boa parte das linhas da dissertação que ora apresento

para defesa. Estamos todos – eu, minha família e todos os que um dia tiveram o prazer de conviver com ele – torcendo e rezando para que ele possa recuperar integralmente sua saúde!

Em iguais condições de consideração acadêmica preciso dirigir agradecimentos especiais e filiais ao meu orientador, Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães, porque vários são os motivos para agradecê-lo: para não ultrapassar o limite de linhas destinado a este campo da dissertação, há que resumir todos estes motivos, principalmente, nos fatos de ter ele acreditado em meu potencial acadêmico; ter-me concedido brilhantes aulas de Processo Constitucional em um ambiente acadêmico de significativa troca de informações entre aluno/orientando e professor e, especialmente, por como um excelente “*gerenciador de curiosidades*” ter me dado ampla liberdade para que eu investigasse e criasse a partir do tema objeto dessa dissertação de mestrado.

Quero agradecer também ao Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto pela sua incansável luta para a criação e manutenção do PPGDIR/UFES e, especialmente, pelo ensinamento de que o verdadeiro ambiente acadêmico não deve valorizar relações pessoais, mas sim a disposição de ensinar e aprender. Foi com esse valoroso mestre que aprendi que a “nobre” carreira jurídica detida pelo pretendente não demonstra a capacidade para a pós-graduação *strictu sensu*, devendo esta se limitar a aceitar aqueles que estejam efetivamente dispostos a aprender, pesquisar e disseminar conhecimento.

Aos Profs. Drs. Angel Rafael Mariños Castellannos e Hermes Zaneti Júnior gostaria de agradecer o estabelecimento de um ambiente acadêmico de ampla discussão de ideias e de fomento à compreensão de teorias jurídicas avançadas no PPGDIR/UFES, deixando aqui registrado que a dedicação destes professores ao curso deve servir de exemplo àqueles que abraçam o magistério, afinal não é qualquer professor que consegue motivar seus alunos a discutir com entusiasmo as teorias de autores como Bulygin, Hart, Dworkin e Alexy e outros tantos em aulas e grupos de estudos, muitas vezes, em horário noturno já avançado e até mesmo aos sábados.

Ainda no âmbito do PPGDIR/UFES, não posso deixar de agradecer o convívio com o colega de classe que se tornou amigo cativo, Vinícius Pinheiro de Sant’Anna, e ao

sempre disposto a ajudar secretário de nosso curso, Sr. Luciano Marques, no qual há que se reconhecer um dedicado servidor público.

Registro minha alegria por ter ex-alunos como Soraia Vaz de Sousa, Rachel Freixo, Udayam R. Bassul e o atual professor Alexandre Amorim; a este último deixo registrados meus sinceros agradecimentos pelo carinho e dedicação com os quais ele assumiu a tarefa de revisar o presente trabalho, tendo sido suas dicas essenciais para a adequada apresentação desta dissertação.

Sem a colaboração preciosa de meu estimado aluno Antônio Fontenelle, de Gabriela Rosemberg e de Eliane de Paula Tomazini as traduções e interpretações de textos em língua estrangeira realizadas no presente trabalho seriam muito mais penosas do que já o foram; afinal, somente me aventurei por mares nunca dantes navegados em doutrina estrangeira em inglês e em alemão porque tive a imprescindível ajuda deles.

Não podem passar despercebidos os incentivos sempre preciosos dos amigos Anderson Sant'Ana Pedra, Cláudio Madureira, Flávia Marchezini e Leonardo Garcia, agradecendo especialmente a este último pela sua inestimável colaboração editorial sem a qual não seria possível dar publicidade a várias de minhas ideias.

Também preciso deixar registrado o carinho, a curiosidade e o incentivo que colegas procuradores, servidores e estagiários da Procuradoria Federal no Estado do Espírito Santo sempre tiveram com o andamento de meu curso de mestrado, sendo especialmente grato ao carinho dos amigos Procuradores Federais Estevão Santiago Pizol, Luciano Martins de Oliveira, Janice Muniz, Sérgio Leal Nunes e Leonardo Bringhenti e à inestimável e imprescindível ajuda de minha amiga e fiel colaboradora Suely Alves Pereira.

Às chefes que se tornaram amigas, Nanci Aparecida Domingues e Juliana Sahione Mayrink Veiga, respectivamente Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal no Estado do Espírito Santo e Coordenadora-Geral da Escola da Advocacia-Geral da União, agradeço o carinho e o suporte durante o procedimento de concessão de minha licença-capacitação, a qual, apesar de curta, mostrou-se essencial à confecção do trabalho ora concluído.

Também no âmbito da Advocacia-Geral da União, gostaria de agradecer ao anterior e ao atual diretor-geral da Escola da AGU, Mauro Hauschild e Jefferson Carus Guedes, e ao ex-Ministro Advogado-Geral da União, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, pela valorização e incremento das atividades de capacitação de membros das carreiras jurídicas da União, pois um procurador dos interesses da União bem capacitado gera uma “AGU Cidadã”.

Ainda no âmbito da AGU, deixo meus agradecimentos aos amigos Ivan de Almeida Ferreira Júnior, Alexsander Celestino de Barros e Carlos Magno Barbosa do Amaral Júnior a acolhida sempre generosa em Brasília nas diversas oportunidades em que lá precisei estar, seja no interesse desta dissertação seja no interesse da própria Instituição.

Como professor, não posso perder esta oportunidade para dedicar meus sinceros agradecimentos às Faculdades Integradas Espírito-santenses – FAESA, especialmente ao seu diretor-geral, Prof. Alexandre Theodoro, e externar aqui a enorme alegria de conviver com meus pares em um ambiente acadêmico de crescente elevação qualitativa; por evidente, agradecimentos especiais precisam ser dispensados aos professores Sayury Otoni e Erthélvio Monteiro Nunes, os quais, mais do que chefes, são verdadeiros confidentes e incentivadores na tarefa de ensinar no curso de Direito daquela Instituição.

Por fim, meus agradecimentos aos meus familiares e amigos, especialmente aos meus pais, Dair e Lizeta; aos meus irmãos Wagner e Joana, cuja casa é meu porto seguro no Rio de Janeiro; à “Tia” Vilma e à Helem por terem permitido que eu “roubasse” a minha esposa Ana Paula, aos meus amigos Tulli e Neia, que me “deixaram em casa” quando de minha mudança para o Espírito Santo, e, por fim, aos meus amigos “carixabas” Bruno e Alessandra Albuquerque, Valbert e Deise Mendes, Zita e Djalma, Vinícius e Clarice Cuna, Rodrigo e Patrícia Paiva, Danilo e Bianca Caram, Gerônimo e Patrícia Theml e, especialmente, Antônio e Luciana Soares pelo prazer de vivermos nessa lugar abençoado que é o Espírito Santo mantendo viva a nossa origem carioca.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CPC – Código de Processo Civil.

EC 45/04 - Emenda Constitucional n° 45/2004.

II GM - 2ª Guerra Mundial.

LFB - Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Senado – Senado Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TCF – Tribunal Constitucional Federal alemão

EXPRESSÕES ESTRANGEIRAS

Chief Justice – Presidente da Suprema Corte norte-americana.

Grundgesetz – Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição alemã).

Hard cases – “casos difíceis”.

Leading cases – no âmbito de um sistema de *civil law*, são as decisões proferidas por uma Corte em que se fixam os precedentes que orientarão a decisão de casos futuros idênticos ou semelhantes.

Justice – Juiz da Suprema Corte norte-americana.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.

1.1. Localizando o tema da proporcionalidade.....	17
1.2. Delimitação do tema.....	28
1.3. Método da pesquisa.....	46
1.4. Desenvolvimento do trabalho.....	47

CAPÍTULO II

A TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY.

2.1. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.....	52
2.1.1. O conceito semântico de norma.	52
2.1.2. As normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.....	54
2.1.3. A estrutura aberta e a natureza principiológica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.....	60
2.1.4. A teoria ampla do âmbito de proteção nas restrições a direitos fundamentais: uma teoria externa.....	69
2.2. A teoria dos princípios de Robert Alexy.....	74
2.2.1. Uma teoria fraca de princípios.....	75
2.2.1.1. Sistema de condicionantes de prioridade.....	75
2.2.1.2. Sistema de prioridades <i>prima facie</i>	76
2.2.1.3. Sistema de estruturas de sopesamento.....	76
2.3. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.....	77
2.4. As críticas sobre a teoria do direito de Robert Alexy.....	81

CAPÍTULO III

A PERSPECTIVA NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS.

3.1. Origem e o desenvolvimento da proporcionalidade.....	91
3.2. A inadequação da consideração da proporcionalidade como princípio.....	94
3.2.1. A consideração da proporcionalidade como princípio constitucional....	95

3.2.2. A consideração pressuposta e acientífica da proporcionalidade como norma-princípio.....	99
3.3. A proporcionalidade como <i>regra</i> constitucional para a solução de colisões entre direitos fundamentais.....	103
3.4. As proximidades das ideias de Robert Alexy e Humberto Ávila a respeito da proporcionalidade.....	110

CAPÍTULO IV

A PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS.

4.1. A perspectiva procedimental da proporcionalidade.....	121
4.2. A necessária observância da perspectiva procedimental da proporcionalidade.....	125
4.3. O procedimento de aplicação da proporcionalidade.....	128
4.3.1. Fase prévia.....	129
4.3.1.1. O caráter subsidiário da proporcionalidade e a verificação da impossibilidade de superação do conflito normativo pelo próprio sistema jurídico infraconstitucional.....	129
4.3.1.2. O art. 257, parágrafo único do anteprojeto de novo Código de Processo Civil: uma orientação de pretensão legislativa inconstitucional corrigida pelo Senado Federal.....	137
4.3.1.3. A identificação dos direitos fundamentais em colisão, da situação fática e da conjuntura sociológica sob a qual ocorre a colisão: a impossibilidade de utilização da proporcionalidade em abstrato.....	146
4.3.1.4. A certificação da existência de real colisão entre direitos fundamentais.....	150
4.3.2. Fase de aplicação propriamente dita da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais ou princípios.....	156
4.3.2.1. As sub-regras procedimentais da proporcionalidade.....	156
a) Adequação.....	157
b) Necessidade.....	162
c) Proporcionalidade em sentido estrito.....	166
c.1) Um aperfeiçoamento da proporcionalidade em sentido estrito: a fórmula da ponderação de Robert Alexy.....	172

4.3.2.2. A ordem de aplicação das sub-regras da proporcionalidade.....	181
4.3.3. Fase posterior: a necessária universalização da decisão tomada por meio da proporcionalidade.....	187

CAPÍTULO V

A RELAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COM A RAZOABILIDADE E A DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS.

5.1. A consideração da proporcionalidade em sinonímia com a razoabilidade.....	191
5.2. A distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.....	193
5.2.1. Origens históricas distintas da razoabilidade e da proporcionalidade.....	201
5.2.2. Desenvolvimento e finalidades distintas da razoabilidade e da proporcionalidade.....	202
5.2.3. A aplicabilidade distinta dos institutos.....	215
5.2.4. A ausência da perspectiva procedimental na razoabilidade.....	224
5.3. A distinção entre os institutos no ordenamento jurídico positivado e a pretensão de posituação da razoabilidade no projeto do novo CPC.....	236

CONCLUSÃO

A importância da correta caracterização da proporcionalidade para a devida fundamentação das decisões judiciais no processo civil.....	244
--	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	256
---------------------------------	-----

RESUMO

Contemporaneamente, a proporcionalidade foi criada e desenvolvida como um instituto indispensável aos sistemas jurídicos baseados na precedência normativa e axiológica de direitos fundamentais ou de princípios que, naturalmente, entram em colisão e precisam ser restringidos para a manutenção desse próprio sistema de direitos essenciais. Infelizmente, essa percepção não foi acompanhada com o indispensável rigor teórico e técnico que deveria acompanhar a empregabilidade do instituto, pois boa parte dos seus aplicadores acha-se dispensada de justificar racionalmente a sua aplicação, sob o entendimento de que a proporcionalidade é um princípio-norma material que por si só justifica a sua aplicação. Esse tipo de percepção do instituto, muito comum em nossa doutrina e especialmente em nossa jurisprudência, tem conduzido a aplicações do instituto em casos que sequer precisam do recurso a processos decisórios complexos para a sua solução e também a aplicações injustificadas da proporcionalidade, que impedem a avaliação e o controle da decisão pelas partes e pelos demais interessados na solução do caso concreto, vez que a mera alegação à proporcionalidade não é suficiente ao “poder-dever” determinado pela Constituição de que as decisões sejam jusfundamentadas. Como essas situações ocorrem com frequência no processo civil e como este ramo do direito, em conjunto com o direito constitucional, estipula que o juiz está submetido a um formalismo processual do qual não pode se desvincular, procurou-se definir a proporcionalidade em uma teoria produzida sob e para a realidade contemporânea de sistemas jurídicos calcados na prevalência de direitos fundamentais: a teoria do direito de Robert Alexy. Sob esse contexto, definimos a proporcionalidade sob as suas perspectivas normativa e a procedimental, pois ambas as perspectivas são essenciais para demonstrar (i) que o instituto não pode ser considerado como um mero método de interpretação, à medida que sua natureza normativa impõe a sua utilização em – e somente em - casos reais de colisões entre direitos fundamentais; (ii) que o instituto deve ser aplicado sob um procedimento racionalmente justificado para permitir que os demais intérpretes interessados na solução do caso concreto possam controlar a aplicabilidade do instituto pelo juiz; (iii) que, contrariamente ao que sustenta boa parte da doutrina brasileira, o instituto não se confunde com a razoabilidade originária do direito norte-americano, à medida que ele possui critérios normativos e metodológicos aptos a diferenciar ambos os institutos, devendo cada deles manter-se adstrito ao seu específico campo de aplicação normativa.

ABSTRACT

Contemporaneously, the proportionality was created and developed as an indispensable institute to the legal systems based on normative and axiological precedence of fundamental rights or principles that, naturally, collide and need to be restricted for the maintain of this very system of essential rights. Unfortunately, this perception was not accompanied by the indispensable technical and theoretical rigor that should accompany the employment of the institute, for a great part of its applicators fell dismissed from thinking rationally and justifying its application under the understanding that proportionality is a material principle which by itself justifies its application. This kind of perception of the institute is very common in our doctrine and especially in our jurisprudence, has led to applications of the institute in cases that did not even need the use of complex decision-making processes for their solution and also unjustified applications of proportionality, which hinder the analysis and the control of the decision by the parties and others interested on solving the case, because the mere allegation of proportionality is not enough to "power and duty" determined by the Constitution that decisions are founded in law. Because these situations occur frequently in civil procedure and as this branch of law along with constitutional law, states that the judge is subjected to a procedural formalism which cannot be separated, we try to define the proportionality in a theory produced under and for the reality of contemporary legal systems rooted in the prevalence of fundamental rights: the right theory of Robert Alexy. In this context, we define the proportionality under its normative and procedural perspectives, because both perspectives are essential to demonstrate (i) that the institute cannot be considered a mere method of interpretation, as its normative nature imposes its use in - and only in - real cases of collisions between fundamental rights, (ii) that the institute should be implemented into a rationally justified procedure to allow that other interpreters interested in the particular case may review the applicability of the institute by the judge, (iii) that, contrary to a great part of the Brazilian doctrine, the institute doesn't be confused itself with the reasonableness from American law, as it has normative and methodologies criteria that are able to differentiate both institutes, and each of them must remain attached to their specific field of normative application.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

1.1. Localizando o tema da proporcionalidade.

Como produto cultural da humanidade, o direito não é e não pode ser considerado como um campo do conhecimento humano hermeticamente estanque em relação aos fenômenos sociais, culturais, políticos e econômicos que o cercam, justamente por que estes representam a realidade social (*ser*) que deve ser por ele conformada como instrumento de estabilização sócio-política, econômica e cultural (*dever ser*).

Por isso, ao analisar-se um instituto contemporâneo como a proporcionalidade, torna-se essencial proceder-se a uma localização histórica e sócio-política da utilização do instituto para que possamos realizar a sua adequada compreensão, pois como informa Ana Paula de Barcellos, com base em Nelson Saldanha e José Ortega y Gasset, “a localização histórica dos fenômenos sociais é indispensável para sua compreensão adequada”¹.

Nessa quadra, verifica-se que a proporcionalidade é um instituto decorrente do crescente processo de complexidade sócio-política com que o direito passou a lidar após as diversas transformações que marcaram as sociedades contemporâneas, eis que posteriormente à implantação do Estado Social após o início do século XX² e a um sem número de eventos de capital importância para a humanidade como a barbárie nazista imposta aos judeus germânicos durante a 2ª. Guerra Mundial ocorreram expressivas alterações em diversos aspectos das sociedades ocidentais, dentre as quais se pode enumerar: (i) a prevalência do capitalismo como único modelo econômico viável após a queda da União Soviética³; (ii) após a 2ª Guerra Mundial, a adoção dos direitos

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7.

² LEAL, Roger Stiefelmann Leal. A judicialização da política. Cadernos de direito constitucional e ciência política. v. 29 São Paulo. 1999. p. 230/237.

³ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial Power: The judicialization of politics*. Apud VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Rev. Direito GV v.4 n.2 São Paulo Jul/Dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200003&script=sci_arttext> Acesso em 16/02/2010.

fundamentais como limite à atuação do Estado e a instituição de tribunais constitucionais na Europa ⁴; (iii) o primado do Estado de Direito e de sistemas judiciais eficazes como meios necessários para o desenvolvimento social e econômico das sociedades modernas ⁵; (iv) o exacerbado contratualismo das relações sociais decorrente da falência das instituições mediadoras tradicionais ⁶ e (v) a globalização, fenômeno de ordem mundial baseado na “eliminação de barreiras econômicas e políticas para a livre circulação de bens produtivos” e no “processo de desenvolvimento tecnológico sem precedentes das comunicações físicas e das telecomunicações”, este último permitindo “um deslocamento fluído de pessoas, informações e modelos culturais e sociais por todo o mundo.” ⁷

Sob a influência desse rol de crescentes mudanças sócio-políticas, econômicas e culturais, especialmente após as afrontas contra os direitos básicos do homem durante a 2ª Guerra Mundial⁸, em que o regime nazista promoveu um verdadeiro genocídio sem precedentes contra o povo judeu com base em um ordenamento formalmente positivado, percebeu-se que um ordenamento jurídico indiferente a valores morais e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento jurídico esclarecido ⁹.

⁴ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Apud* VERBICARO, Loiane Prado. *Op. cit.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et.al). *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 25/26.

⁷ DUARTE, Francisco Carlos. *Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado*. p. 107. *Revista de processo nº 148* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106

⁸ “A guerra de 1939-1945, denominada Segunda Grande Guerra, não teve nada de grande em termos de benefícios para a humanidade. Pode-se tê-la grande tomando-a pelo cálculo das crueldades e ignomínias cometidas. Também não foi apenas segunda, conquanto assim chamada por se seguir, nos mesmos termos devastadores e compreensivos das potências mundiais, ao conflito de 1914-1918. O que ela pôde aportar de novo para a humanidade foi o resultado francamente contrário às dignidades aspiradas, em especial o que se perpetró contra judeus e as denominadas potências orientais.”

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Direitos de para todos*. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 09/10.

⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. p. 12 *In* *Temas de direito constitucional*. BARROSO, Luís Roberto. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03/59.

Nesse contexto de derrocada sócio-cultural e política do positivismo jurídico extremado¹⁰, o pensamento jus-filosófico buscou refúgio no que se chama de pós-positivismo jurídico¹¹, onde, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada pela norma positivada¹², pretende-se a reaproximação entre o direito, a ética e a moral, de forma que a norma não seja analisada somente sob a ideia de validade jurídica decorrente do aspecto meramente formal de sua construção, mas também sob o aspecto material de sua adequação aos valores normatizados pela Constituição, vez que no momento do exercício do poder constituinte originário estes se evidenciaram como os socialmente mais relevantes¹³.

¹⁰ “... o ordenamento infraconstitucional nem sempre é apto a resolver os conflitos de interesse que proliferam em número e complexidade, especialmente quando é lido sob a égide do positivismo dogmático, que infelizmente ainda recheia as mentes de boa parte dos operadores do direito e que se amparada na superada premissa que preconizou, por longa data, a intervenção mínima por parte do Poder Judiciário.”

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. Revista de Processo nº 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74.

¹¹ Sustenta-se que o pós-positivismo jurídico seria a “(...) designação provisória e genérica de um ideário difuso”¹¹ no qual se pretende a reaproximação do direito e da moral.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O começo da História. p. 12

¹² Sustenta François Ost que a situação de complexidade jurídica da sociedade contemporânea decorre do fato desta ter abandonado apenas parcialmente as concepções de Estado liberal e do bem-estar social e, conseqüentemente, de ainda remanescerem na sociedade contemporânea os resquícios dos sistemas jurídicos praticados naquelas concepções de Estado. Situação esta de complexidade demonstrada: a) pela multiplicidade de atores atuantes no sistema jurídico – Estado, através dos juízes, legisladores e administração; particulares; organizações comerciais, profissionais, dentre inúmeros outros atores que se constituem no que o autor chama de “*usuarios Del Derecho*”; b) pela imbrincação das funções jurídicas pelos diversos atores atuantes no sistema jurídico – administração adota em sua forma de atuar - processo administrativo – parâmetros típicos do procedimento judicial; a administração, e não raras vezes, o próprio Poder Judiciário participam da elaboração das leis – poder de iniciativa dos Poderes Executivos e Judiciário; as disposições legais de conceitos indeterminados necessariamente precisam da complementação regulamentar (da Administração); a delegação de poderes típicos do Poder Judiciário a outros poderes (CPI’s); c) pela multiplicação dos níveis de poder – perda do poder de direção pelo Estado, sendo necessário ao mesmo dialogar com os agentes sociais para a implementação de suas políticas, inclusive através da legislação.

OST, François. *Jupiter, Hercules, Hermes: três modelos de juez*. p. 184/185. Disponível em <www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24/09/2008

¹³ Para alguns autores, essa aproximação entre o direito e a moral, típica do pós-positivismo jurídico, decorre do reconhecimento de força normativa aos princípios, segundo o qual se exigiria a implementação otimizada de direitos fundamentais, não só por sua preponderância jurídico-formal, mas também por seu conteúdo axiológico e moralmente superior:

“Alexy enfatiza que o caráter de princípio de uma norma não é conseqüência necessária da sua consistência vaga; a norma configura um princípio, porque exige uma tarefa de otimização – “tarefa que é, quanto a sua forma, jurídica; quanto ao seu fundo, contudo, também moral, por causa de seu conteúdo

É assim que, contemporaneamente, passa-se a entender a Constituição como a “lei fundamental” que, normatizando os valores mais importantes para a sociedade, torna-os oponíveis ao Estado e, no caso das cláusulas constitucionais definitivas, até mesmo às maiorias legislativas que venham a surgir durante a sua vigência ¹⁴.

Sob essa concepção de constitucionalismo através da qual se disporá sobre os temas de importância capital para a sociedade, aos direitos fundamentais, enquanto pressupostos básicos para a realização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, concedeu-se abordagem menos política e mais jurídica, vez que tais direitos de ordem fundamental devem ser considerados não como meros valores abstratos, mas sim como normas jurídicas dotadas de superioridade jurídica às quais se deve dar cumprimento através da aplicação efetiva da Constituição.

Por isso, sem deixar de considerar-se a Constituição como um ideário sócio-político ao exercício do poder, passa-se a considerá-la principalmente como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica material sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade, no bojo do que se denomina como “força normativa” suprema da Constituição, segundo a qual as suas disposições devem ser observadas como normas jurídicas superiores, sob pena de serem impostas pelo Estado-juiz, caso não sejam observadas espontaneamente.

Essa concepção de Constituição como estatuto normativo dotado de eficácia suprema, que passou a ser observada na Europa a partir da segunda metade do século XX e no Brasil a partir do final da década de 90 do mesmo século, importou na transposição da Carta para o centro do sistema jurídico ¹⁵, o que conduziu o direito para a sua

moral”. *Daí que a teoria dos princípios seria um contraponto para a tese do positivismo de separação entre o direito e a moral.*” (grifei)

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169.

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. Revista Direito Público nº 12. Abril/maio/junho 2006. p. 51.

¹⁵ “De fato, não se pode negar que no transcorrer do século XX e em especial após a transição do Estado Liberal para o Estado Social e da mutação deste para o Estado Democrático de Direito, a Constituição assumiu papel de centro do sistema jurídico, interferindo diretamente nas relações privadas de modo a romper definitivamente com o individualismo em contraposição ao papel de outrora, que atinha-se a

constitucionalização^{16 17}, segundo a qual o ordenamento jurídico vigente, positivado ou não, deve ser interpretado de acordo com a preponderância não só formal, mas também material e axiológica da Constituição, de forma a concretizar os valores nela insertos¹⁸.

A norma não será analisada, portanto, somente sob as tradicionais ideias de validade jurídico-formal, mas também sob o contexto de sua legitimidade material em relação aos valores sociais normatizados pela Constituição, decorrendo a legitimidade de tal posicionamento do fato de que a ideia de direito como produto cultural de uma dada sociedade¹⁹ é consagrada empiricamente pela influência que os ordenamentos jurídicos

servir de receptáculo de normas programáticas visando tutelar o indivíduo e criar diretrizes que se propunham, desde que regulamentadas, a limitar a intervenção do Estado.”

CATALAN, Marcos José. *Op. Cit.* p. 74.

¹⁶ Segundo Luís Roberto Barroso, a expressão “constitucionalização do direito” deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, segundo os quais passariam a “condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.”, não só em relação às três esferas de Poder, mas também aos particulares.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15/08/2008.

¹⁷ Para Virgílio Afonso da Silva, a “ideia mestra” da “constitucionalização do direito” é a “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”, podendo, no entanto, o referido fenômeno revestir-se de diversas roupagens e ser realizado por diversos autores.

Nesse sentido, o autor paulista apresenta os principais e pioneiros estudos sobre o tema da constitucionalização do direito e destaca a posição dos autores germânicos Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, ressaltando que as principais formas de estabelecimento do fenômeno para a nossa realidade seriam a “reforma legislativa” e a “irradiação do direito constitucional”, vez que não se pode pretender importar ao direito brasileiro pontos de vista estritamente relacionados com a cisão entre a jurisdição ordinária e a constitucional, eis que tal distinção é típica do direito alemão em que o Tribunal Constitucional Federal é o único órgão legitimado para realizar controle de constitucionalidade, mas não se apresenta no sistema jurídico brasileiro em que todo e qualquer órgão do Poder Judiciário pode realizar controle de constitucionalidade pela via difusa.

Veja AFONSO DA SILVA, Virgílio. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38/45.

¹⁸ “(...) a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento normativo de toda a Lei Maior, induzem à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional, [sendo que tal] fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno.”

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. p.254 *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193/284.

¹⁹ “(...) uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar

sofrem dos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantemente adotados pela sociedade ou pelos grupos de pressão predominantes e majoritários em dados períodos históricos.

E, por evidente, não só o direito material, mas também o direito processual será influenciado pelos valores socialmente mais relevantes, pois é igualmente produto cultural ²⁰, não sendo mais possível admitir-se a caracterização iluminista do processo como produto meramente científico sem qualquer inferência axiológica ²¹.

A influência das conjunturas sociais, políticas, culturais e econômicas sobre o direito evidencia que o processo característico das sociedades instrumentalizadas pelo Estado liberal não foi o mesmo processo típico dos Estados socialistas, nem foi o mesmo processo das sociedades que adotaram o modelo econômico capitalista sob influência dos Estados de Bem-Estar Social ²² e, conseqüentemente, não poderia ser o mesmo

a felicidade. *Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.*” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 442683. Segurança Jurídica e modulação temporal dos efeitos. Transcrições. Informativo STF 419. Voto do Min. Carlos Velloso. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16/10/2008.

²⁰ Nesse sentido, veja-se a informação de que o atual processo civil argentino “(...) *resulta claramente inspirado em la ideología del Estado mínimo. Al mismo tiempo, lleva visiblemente impresa la cifra genética de una época anterioren la cual el proceso tenia um propósito secundário de dar justicia y aquél principal de extraer rentas parasitarias a favor de los titulares de cargos judiciales venales e hereditarios.*...”

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”*. In Revista de processo nº 151. São Paulo: RT, 2007. p. 59/71

²¹ “(...) o processo será sempre um produto cultural que, como tal, submete-se às contingências históricas, devendo conviver com a natural insegurança, peculiar à vida humana, administrando-a, como sua condição essencial.”

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em< <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/09/2008.

²² “O processo não é sempre e em toda a parte a mesma coisa. Varia com a organização do Estado, com a maior ou menor concentração do Poder, com a maneira de distribuir e exercer as funções soberanas e assim por diante. (...) Por isso, não se deve dizer que ele é sempre de direito privado ou de direito público; que é em si mesmo, um contrato, uma relação jurídica, um negócio jurídico, etc. Tais afirmações somente podem ser feitas para determinada ordenação jurídica. Fora disso, o pesquisador cai no mais autêntico relativismo.”

TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

processo no qual se permitirá a resolução de problemas sociais, políticos e econômicos tão complexos como os das sociedades plurais e globalizadas contemporâneas ²³.

E se o processo, tanto quanto o direito material, será influenciado pelos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantes em uma dada sociedade e estes são prescritos na Constituição enquanto “lei fundamental” normatizadora dos valores mais importantes para a sociedade, nada mais natural que o sistema processual procure representar o *microcosmo* democrático do sistema político-jurídico adotado pela Constituição ²⁴ e, conseqüentemente, procure realizar efetivamente aqueles valores adotados pela Carta ²⁵.

²³ “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal.”

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em< www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/08/2008

²⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27.

²⁵ “(...) a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (...) Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade.”

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74

Essa inegável influência exercida pela Constituição sobre o processo contemporâneo ²⁶ impõe o entendimento de que sua finalidade deve olvidar os fins privados imediatos da relação processual para considerar sua natureza de instrumento de direito público, através do qual se exercerá o poder estatal jurisdicional para a solução dos conflitos ²⁷, que, existentes em uma dada sociedade, não podem ser solucionados diretamente por seus próprios interessados, decorrendo disso a enorme complexidade da atuação jurisdicional contemporânea, vez que, no atual estágio de evolução do direito contemporâneo, não se pode mais negar que a Constituição é o marco jurídico-político

²⁶ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o processo visto sob essa concepção torna-o alvo de uma série de preceitos postos na Constituição, pois:

“(…) o sistema processual é tutelado por uma série de preceitos constitucionais ditados como padrões a serem atendidos pelo legislador ao estabelecer normas ordinárias sobre o processo e pelo intérprete (notadamente o juiz) encarregado de captar o significado de tais normas, interpretando os textos legais. Essa tutela reside nos chamados princípios e garantias constitucionais, de índole acentuadamente política e que correspondem a importantíssimas opções do moderno Estado de direito. Em última análise, a tutela constitucional do processo consiste na projeção de índole e características do próprio Estado sobre o sistema processual. “

DINARMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Capítulo VII – Os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil. p. 213.

²⁷ Contemporaneamente, devido a todas as transformações atualmente vivenciadas pelas sociedades ocidentais, tem-se verificado um forte incremento na relevância sócio-política da função jurisdicional e, conseqüentemente, um desnivelamento, pelo menos sob o aspecto prático, no equilíbrio entre os Poderes em favor do Judiciário, vez que pelo menos nos ordenamentos que adotam o livre acesso à Justiça, tal como ocorre no Brasil devido ao art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, o Poder Judiciário será a última via estatal para a proteção de direitos fundamentais não observados espontaneamente pelas demais esferas estatais e também por agentes sociais, transformando o Judiciário, por bem ou por mal, no palco onde atuarão os diversos atores constitucionais:

“Observa-se que o Estado moderno passa por profundas transformações nas esferas política e social, culminando num processo de descrença das instituições políticas. O cidadão assiste ao desmoronamento dos referenciais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Acrescente-se a este descrédito, a ausência de princípios éticos basilares no agir político. *A conseqüência é a despolitização do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de Justiça. Como afirma Antoine Garapon, o juiz torna-se não somente o garante dos direitos, mas o responsável pela recuperação da democracia, o guardião das promessas.*

De fato, a transferência das esperanças para o Judiciário implica que o foco das decisões, especialmente as do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, converta-se em palco preferido para a reabilitação da ética e da plena realização dos direitos fundamentais. A noção de Jurisdição Constitucional aparece com mais clareza: aspira-se a uma legitimação efetiva, apta a convergir os anseios do cidadão, e não apenas os procedimentos atinentes à sua competência, com os direitos proclamados no texto constitucional.” (grifei)

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008. p. 02/03

de estabelecimento de direitos fundamentais, em certos ordenamentos com a natureza de verdadeiras cláusulas pétreas²⁸, os quais devem ser necessariamente observados durante os processos majoritários de formação das vontades sócio-políticas e administrativas do Estado brasileiro²⁹ e da atuação de todos os demais agentes componentes da sociedade brasileira^{30 31}.

²⁸ “(...) a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman “por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa.” Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial da Justiça Constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais).”

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. p. 159 *In* Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 153/172

²⁹ Aqui, em boa parte, fundamenta-se o problema de um suposto déficit de legitimidade da jurisdição constitucional, à medida que esta seria contra-majoritária à vontade do povo emanada do legislador.

Após intensos debates sobre o assunto e ainda hoje persistindo pretensões de ilegitimidade no exercício da jurisdição constitucional, parece-nos, ao contrário, que a legitimidade do *judicial review* decorra justamente de sua característica contra-majoritária, pois em uma ordem constitucional calcada sobre a precedência normativa e axiológica de direitos fundamentais a intenção é justamente subtrair estes das vontades majoritárias decorrentes de paixões políticas e sociais momentâneas e descompromissadas do projeto político-normativo com pretensão de estabilidade e permanência estabelecida pela Constituição.

Com a posterior instituição de diversos Tribunais Constitucionais para o exercício da jurisdição constitucional, tal discussão arrefeceu-se à medida que se verificou que também era o próprio povo que atribuía ao Poder Judiciário, através do exercício do poder constituinte originário materializado na Constituição, a competência para o exercício de tal poder político-jurídico como forma de garantir a permanência e a estabilidade dos direitos e garantias fundamentais em face das maiorias parlamentares que ocasionalmente lhes fossem contrárias, especialmente onde aqueles direitos gozem da qualidade de cláusulas pétreas, tal como ocorre no art. 60, IV, § 4º da CF/88.

Nesse caso, entende-se que, mais do que um necessário componente do sistema de freios e contrapesos, a jurisdição constitucional representa uma escolha sócio-política de natureza constitucional para a proteção e concretização da democracia e dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, não se podendo imputar-lhe *deficit* de legitimidade democrática, à medida que foi expressamente prevista na Constituição justamente com essa intenção contra majoritária.

³⁰ Há inúmeros autores brasileiros - Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, dentre outros – que ensinam que também os particulares, e não somente o Poder Público estariam submetidos aos direitos fundamentais previstos na Constituição. De ressaltar-se, inclusive, que este tem sido o posicionamento adotado pelo STF:

“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes

Nesse contexto, tratando-se a Constituição de um conjunto normativo dialético, decorrente da normatização de múltiplos valores e de um sistema político multipartidário por uma sociedade plural como a brasileira, de ver-se que, frequentemente, o juiz será instado a decidir demandas onde ocorra a colisão entre normas, que apesar de concretizarem valores contrapostos, são albergadas pela mesma Constituição.

Os exemplos de casos judiciais complexos indicados por Luís Roberto Barroso são eficientes para evidenciar conflitos entre normas constitucionais que resguardam direitos fundamentais dialéticos como a liberdade de expressão e a privacidade da pessoa humana e que precisaram ser decididos através da jurisdição:

- a) Uma jovem faz *topless* na Praia Mole, em Florianópolis, Santa Catarina. Jornal de Grande circulação publica uma foto da jovem. Tem ela direito a indenização por uso indevido de sua imagem?(...)
- c) Caso Doca Street. Protagonista de um crime passionai que marcou época no Rio de Janeiro, condenado a 15 anos de prisão. Quando uma emissora de televisão decidiu realizar um programa romanceando o episódio, após o réu haver cumprido a pena e já estando ressocializado, ele procurou impedir a exibição. (...)³²

públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...)III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201819/RJ 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 19/08/2008.

³¹ Para um estudo aprofundado do tema, torna-se essencial a leitura da obra de Virgílio Afonso da Silva denominada “A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares”. São Paulo: Malheiros, 2008.

³² BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. p. 526. In Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Não há nenhuma dificuldade em perceber que esses são casos mais difíceis do que os normalmente submetidos ao Poder Judiciário como fruto da regulação dos valores em contraposição por normas constitucionais declaradoras de direitos fundamentais, no caso específico dos exemplos acima, de um lado os artigos art. 5º, IX e XIV e 220, *caput* e § 1º 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) e de outro o art. 5º, X da mesma Constituição.

Considerando-se que a celeridade processual foi normatizada como um direito fundamental no art. 5º, LXXVIII da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC 45/04), o mesmo acontecerá nos casos concretos em que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precisar decidir entre a razoável duração do processo e a observância dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa também assegurados no art. 5º, LV da CF/88.

Se nesses casos concretos houver uma real colisão entre tais normas constitucionais, aqui se evidenciará aquele tipo de conflito normativo denominado pela doutrina como “casos difíceis” ou *hard cases*³³ que não podem ser resolvidos pelos critérios tradicionais de supressão de validade normativa, quais sejam a hierarquia³⁴, a

³³ A referência aos “casos difíceis” ora realizada não pode ser atrelada ao delineamento feito por Ronald Dworkin, vez que os pontos de contato entre a teoria do jusfilósofo de Oxford e a de Robert Alexy resumem-se aos posicionamentos de que os princípios de direito são espécie de norma jurídica e que é possível distinguir regras e princípios, ambos como espécies de normas, através da resolução do conflito entre regras e da colisão de princípios, tal como reconhece o próprio Alexy:

“Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho e los precedentes. Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única respuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de sua existência. Un juez ideal, al que Dworkin llama “Hércules”, equipado con “superman skill, learning, patience and acúmen”, es decir con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible.”

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa nº 05. 1998 p. 139/151. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 21/06/2009. p. 139/140.

³⁴ Considerando-se que, no Brasil, tanto parte da doutrina, como a jurisprudência do STF não admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, com base no argumento de que não há hierarquia entre normas constitucionais, mas sim mera precedência axiológica entre normas originárias da

cronologia ³⁵ e a especialidade ³⁶, eis que estão em colisão princípios e não regras jurídicas, sendo necessário que o juiz socorra-se do sopesamento proposto por Robert Alexy para a solução da referida colisão entre princípios.

É nesse estado de arte do direito contemporâneo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência tem ratificado, agora com cunho constitucional a incidir sobre todos os demais ramos do direito, inclusive sobre o direito processual civil, a importância da proporcionalidade como mecanismo de vital relevância para a solução de colisões normativas envolvendo direitos fundamentais ou princípios.

1.2. Delimitação e importância do tema para o processo civil.

Ainda que a importância contemporânea do instituto da proporcionalidade conduza ao seu constante enfrentamento e manuseio pela doutrina e pela jurisprudência, parece-nos que o instituto ainda não obteve contornos jurídico-argumentativos mais precisos, o que colabora para a sua utilização indiscriminada, especialmente no exercício da jurisdição, como apologia judicial ao afastamento puro e simples de direitos fundamentais ou de restrições legalmente impostas a estes.

Esse problema é tão grave no direito brasileiro contemporâneo que se tem alegado – mesmo sem se precisar se a proporcionalidade atualmente aplicada no Brasil efetivamente dela decorre - que a teoria dos princípios de Robert Alexy teria sido transformada em “oba-oba constitucional” na prática jurídica brasileira, visto que a teoria do autor germânico foi distorcida pelo não cumprimento do procedimento

CF/88 com valores mais ou menos importantes, se o conflito entre direitos fundamentais envolve normas de ordem constitucional, como aplicar na resolução do referido conflito o critério da hierarquia, segundo o qual a norma de maior hierarquia deve prevalecer sobre a de menor hierarquia?

³⁵ Se o conflito é baseado em normas inscritas na Constituição e, portanto, decorrentes de um mesmo estatuto normativo, como aplicar na hipótese o critério da cronologia, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior?

³⁶ Se o conflito de normas envolve direitos fundamentais inscritos em normas constitucionais dotadas de estrutura aberta e principiológica, como aplicar na hipótese o critério da especialidade, segundo o qual a norma específica deve preponderar sobre a norma geral durante o processo de interpretação?

argumentativo racional empregado na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento)³⁷.

Sustenta-se que, apesar de reconhecerem e aplicarem, em boa medida, os posicionamentos de Robert Alexy (i) de que os direitos fundamentais possuem, em grande medida, estrutura de mandamentos de otimização (princípios) que devem ser efetivados na melhor medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto; (ii) de que em um sistema comprometido com os valores normatizados pela Constituição é freqüente a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, o que conduzirá à necessária relativização dos mesmos; e (iii) de que a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) será um procedimento indispensável para a solução de tais colisões entre direitos fundamentais, os juristas brasileiros não têm observado os procedimentos destacados pelo autor germânico para aplicar a proporcionalidade, especialmente a utilização de uma argumentação objetiva, racional e juridicamente fundamentada que afasta os vícios da subjetividade, da arbitrariedade e da irracionalidade na aplicação da referida regra na solução de colisões entre direitos fundamentais normatizados como princípios jurídicos³⁸.

Essa utilização indiscriminada da proporcionalidade também já havia sido detectada pela doutrina, conforme se verifica pela arguta observação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, segundo o qual:

Mesmo porque o problema ganha proporções de epidemia no Brasil: o princípio da proporcionalidade, ícone da jurisprudência de valores, se tornou a panacéia para tudo. Ele é empregado de forma tão desenfreada que basta ao magistrado citá-lo para que considere pronta a fundamentação de sua decisão. Não é preciso detalhar nada. Se há incidência de proporcionalidade, de certo se cumpriu a exigência do art. 93, inciso IX de nossa Carta atual.³⁹

³⁷ LIMA, George Marmelstein. Alexy à Brasileira ou a Teoria da *Katchanga*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 16/02/2010.

³⁸ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 205.

Também nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva aponta que:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “a luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”.⁴⁰

Nesse contexto de críticas à utilização indiscriminada da proporcionalidade George Marmelstein Lima ilustra anedota em que um rico fazendeiro ludibriava um dono de cassino e seus melhores crupiês para sustentar que vigoraria entre nós, em relação ao referida instituto, uma chamada teoria da *katchanga*, já que:

No fundo, a idéia de sopesamento/balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a *katchanga* real!^{41 42}

Ainda que meramente superficial, em tom jocoso e sem maiores aprofundamentos, esse posicionamento parece-nos como correto vez que grande parte da doutrina, mesmo reconhecendo a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) e da teoria do direito de Robert Alexy para a definição jurídica do que

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais nº 798. Abril/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

⁴¹ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

⁴² Segundo o autor, na referida anedota o fazendeiro não se submete a nenhum dos típicos jogos de cassino e diz que somente jogará a “Katchanga”, hipótese em que o dono do cassino põe seus melhores crupiês para jogarem a tal da Katchanga com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível dele.

Na primeira mão, o fazendeiro deu as cartas e, do nada, gritou: “Katchanga!” E levou todo o dinheiro que estava na mesa.

Na segunda mão, a mesma coisa. “Katchanga!” E novamente o cliente limpou a mesa.

Assim foi durante a noite toda. Sempre o fazendeiro dava o seu grito de “Katchanga” e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “Katchanga!”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o fazendeiro, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma Katchanga Real!”.

E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa...

seja a proporcionalidade, acredita ser supérfluo o aprofundamento técnico-científico para a definição dos contornos jurídico-argumentativos da proporcionalidade (natureza jurídica, fundamento normativo e critérios metodológicos racionais e objetivos de aplicabilidade), sendo significativo o posicionamento de Luís Roberto Barroso de que *“Não se investirá energia, nesse passo, na questão terminológica de ser a proporcionalidade um princípio (terminologia dominante, que é aqui adotada), uma máxima (terminologia adotada por Alexy), uma regra (seguida por Luís Virgílio Afonso da Silva (...)) ou postulado normativo aplicativo (Humberto Ávila).”*⁴³ (grifei)

A existência de uma opinião de tal envergadura e contundência na doutrina brasileira quanto à desnecessidade de investigar-se e consolidar-se os contornos teóricos da proporcionalidade colabora, significativamente, para o estado de imprecisão e falta de rigor técnico com que o instituto tem sido utilizado na doutrina e, especialmente, pela jurisprudência brasileira para substituir escolhas legitimamente feitas pelo agente público com competência para tanto – legislador, administrador ou magistrado - por juízos de valor eminentemente subjetivos e sem suporte no ordenamento jurídico, sob a mera alegação de “desproporcionalidade” de uma dada medida estatal.

Não por outra razão, autores de enorme prestígio na doutrina brasileira tratam o instituto da proporcionalidade como um paradoxo jurídico, pois, ao mesmo tempo em que se afirma ser a proporcionalidade um princípio constitucional implícito, com conseqüente normatividade superior em relação ao ordenamento infraconstitucional, também se afirma que a proporcionalidade seria um mero “princípio de interpretação constitucional” sem qualquer conotação normativa, vez “(...) que eles (os princípios de interpretação constitucional) não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos”⁴⁴

Ora, caracterizar a proporcionalidade como um instituto de natureza normativa naturalmente esvazia a consideração do instituto como um mero método específico de interpretação constitucional, pois por mais importante que possa ser um “método

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 257.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110/111.

contemporâneo de interpretação constitucional”, não se pode atribuir-lhe impositividade e coercitividade, vez que estas são características indissociáveis da normatividade e não da simples orientação que um método de interpretação possa oferecer ao julgador.

Indefinição teórica semelhante a respeito da proporcionalidade pode ser encontrada na posição de Paulo Bonavides de que a mesma seria ou um princípio decorrente do Estado de Direito expresso na Constituição ⁴⁵, ou uma regra ⁴⁶, ou um princípio constitucional implícito ⁴⁷ decorrente da ascensão dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais contemporâneas, ou um direito fundamental ou uma garantia fundamental ou ainda um princípio geral de direito ⁴⁸ ou, por fim, algo semelhante ao método de interpretação constitucional denominado de “concordância prática” criado e desenvolvido por Konrad Hesse ⁴⁹.

Segundo o próprio mestre cearense, essa postura de indefinição quanto à natureza da proporcionalidade por ele adotada fundamenta-se em uma postura doutrinária de “cautela” semelhante a já adotada na Alemanha, em que L. Hischeberg afirma que arrimar posição quanto a este assunto representa “o risco de graves mal-entendidos ou ambiguidades derivadas de linguagem nem sempre clara, uniforme ou inequívoca relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 398.

⁴⁶ “Debaixo de certos aspectos, a *regra da proporcionalidade* produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.” (grifei)

Ibidem. p. 399.

⁴⁷ “(...) Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, *princípio não escrito*, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.” (grifei)

BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional. p. 400/401.

⁴⁸ “Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um *direito* que protege a liberdade; uma *garantia fundamental*, ou, antes de tudo, um *princípio geral de direito*. Assim o asseveram, sem tergiversar aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional.” (grifei)

Ibidem. p. 401.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 404.

partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto” a proporcionalidade⁵⁰.

Entretanto, essa postura de “cautela” tem contribuído para o constante aumento da indefinição teórica a respeito da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, a qual, como uma paródia do fenômeno da constitucionalização do direito, tem se irradiado para a doutrina de outros ramos do direito brasileiro, especialmente para o processo civil, onde a proporcionalidade é examinada sem maior rigor técnico e aprofundamentos quanto a sua caracterização teórico-argumentativa.

Daí decorre que, também, na doutrina de processo civil a proporcionalidade seja constantemente considerada como “princípio” que, sinônimo à razoabilidade, pode ser aplicado em diversos aspectos e situações da relação processual para alcançar um processo justo.

Nesse sentido, após breve e superficial análise quanto à natureza e à finalidade do instituto⁵¹ e considerar a proporcionalidade como um princípio atrelado ao *substantive due process of law* e ao *judicial process*, sob o que o juiz poderia controlar a “*razoabilidade das leis*, tanto na sua elaboração, senso de justiça e enquadramento de preceitos constitucionais (...), quanto na aplicação da lei através do processo (...) e na garantia da paridade de armas entre as partes(...)”, Marcelo José Magalhães Bonício entende que “*não há mesmo muita diferença entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, especialmente para os fins propostos no presente trabalho, direcionados ao dimensionamento da aplicação destas regras (?) no direito processual civil brasileiro.*”⁵² (grifei)

Essa caracterização simplista da proporcionalidade como um princípio atrelado ao devido processo legal não se trata de posição rara no direito processual civil brasileiro, conforme se verifica pelo entendimento de Carlos Augusto de Assis de que “O devido

⁵⁰ *Ibidem*. p. 406.

⁵¹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25/35.

⁵² *Ibidem*. p. 33.

processo legal, na sua dimensão substancial, tem correspondência com o chamado “princípio da proporcionalidade” disseminado na Europa Continental.”⁵³

Em outro exemplo dessa postura, veja-se que, sem sequer se ter definido o que se entende por “princípio da proporcionalidade”, expõe-se que a previsão legal de exíguo prazo e de hipóteses taxativas para a rescisão da coisa julgada, a qual somente seria viável mediante o exercício do direito de ação, tal como descrito nos artigos 485 e 489 do CPC, implica na “incidência do princípio constitucional da proporcionalidade”, pois “Permitir que o magistrado, no caso futuro, profira decisão sobre o que fez e o que não fez coisa julgada, a pretexto de que estaria aplicando *o princípio da proporcionalidade*, não é profligar-se tese de vanguarda, como à primeira vista poderia parecer (...)”⁵⁴.

Por fim, como outro exemplo de indefinição teórica da proporcionalidade na doutrina processual civil brasileira, ora identificando a proporcionalidade com a “proporcionalidade em sentido estrito”⁵⁵, ora a atrelando à “ponderação de bens”⁵⁶ ou à “ponderação de interesses”⁵⁷ ou, ainda, ora a considerando como decorrente do “devido processo legal substantivo”⁵⁸, entende-se que “É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um único fenômeno.”⁵⁹

Como já era de se esperar em uma tradição jurídica com profundas raízes no bartolismo português^{60 61}, essa indefinição teórica a respeito da proporcionalidade na doutrina

⁵³ AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. Antecipação de tutela. São Paulo: Malheiros, 2001. p.63.

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. v.1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 33.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 35.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 31.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. p. Disponível em < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero\(3\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero(3)-%20formatado.pdf)> Acesso em 09/02/2011.

brasileira acaba influenciado a utilização judicial do instituto, conforme se pode verificar pelo emprego desvirtuado da ideia de proporcionalidade realizado em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que, sob o argumento da necessária intervenção do Poder Judiciário para a proteção da proporcionalidade e razoabilidade de sanção administrativa aplicada a servidor público, referendou-se o afastamento de regras processuais que, em observância à inércia do Poder Judiciário, limitam as decisões judiciais ao objeto da demanda que lhe é submetida.

No caso em exame ⁶² houve a interposição de recurso especial contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, no qual este tribunal entendeu que a aplicação da sanção de demissão a servidor público, que pela primeira vez logrou proveito do cargo público em detrimento da dignidade da função pública, após cerca de 30 anos de serviço, seria desproporcional e dessarazoadada.

No referido recurso especial, o Estado do Acre argumenta que o acórdão recorrido teria “extrapolado os limites do pedido, em vulneração ao artigo 128 e 460 do CPC” e fixa como causa de pedir recursal que “*O pedido inserto no mandado de segurança pretendia anular o decreto demissório ao apontar falhas no processo administrativo disciplinar, portanto, fundava-se em causa de pedir diversa da atendida pelo acórdão recorrido.*” ⁶³ (grifei)

Em seu voto, o ministro relator acentua que compreende o inconformismo do Estado recorrente, mas, diante da peculiaridade do caso sob seu exame, filia-se ao posicionamento do Tribunal recorrido, à medida “que em tema de controle judicial dos

⁶¹ “O “bartolismo”, aplicação da doutrina que empresta o nome de um importante jurista da época, *Bartolo de Saxoferrato*, tão importante que vem expressamente mencionado nas Ordenações, é um recurso ou “instituto” do direito comum (direito erudito, o direito dos glosadores e pós- glosadores). Entendido como direito subsidiário ao direito escrito, mesmo que eventualmente, em um ou outro momento, tenha assumido papel prevalente, teve inegável e profunda influência na formação das nossas tradições jurídicas brasileiras. Determina a mentalidade do jurista não como um técnico do direito, destinado a aplicar a lei de forma unívoca, mas como um “sabedor” do direito. Daí a vocação, no direito brasileiro, para a criação do direito e para a busca da justiça no caso concreto.”

ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2007. p. 243.

⁶² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP nº 772.705/AC. Rel. Min. Celso Limongi (convocado TJ/SP). 6ª Turma. J. 04/02/2010. Inteiro teor. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 15/04/2010.

⁶³ *Ibidem*.

atos administrativos, a razoabilidade e a proporcionalidade decorrentes da legalidade podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário.”⁶⁴

Assim, após expor ampla fundamentação doutrinária de direito administrativo acerca da proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos, mas sem qualquer análise aos limites legais que o ordenamento processual brasileiro impõe ao Poder Judiciário quanto ao objeto da demanda judicial - inércia do Poder Judiciário e artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (CPC) - o STJ acorda quanto ao acerto de voto no qual se entendeu “que, em excepcionalíssimos casos, o julgador pode, desaferrando-se da rígida literalidade da lei, aplicar a melhor solução ao caso concreto, sem que isto signifique extrapolar o controle de legalidade consagrado ao Poder Judiciário.”⁶⁵

Esse simples exame do acórdão nos permite verificar que a ideia de proporcionalidade foi utilizada para afastar a análise do real objeto da demanda recursal que foi submetida à Corte, qual seja a violação à inércia do Poder Judiciário e aos limites da atuação judicial ao objeto da demanda pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre, em contradição à legislação federal inscrita nos artigos 128 e 460 do CPC.

De ver-se, portanto, que a decisão do STJ deixou de fundamentar consistentemente a sua escolha por referendar decisão judicial que extrapolou os limites da demanda que lhe foi submetida, preferindo fundar sua escolha em uma ideia tópica de proporcionalidade que sequer seria aplicável ao mérito recursal sob seu exame. Ou seja, na linha do que sustenta a doutrina mais preocupada com a utilização abusiva do instituto, bastou-se argumentar a proporcionalidade para fundamentar-se a decisão judicial em epígrafe⁶⁶.

Além disso, de ver-se que o acórdão sob análise sequer explicitou (i) sob quais conceitos de razoabilidade e proporcionalidade estava se posicionando; (ii) por que as referidas ideias seriam idênticas; (iii) como se justificava a aplicação da referida ideia

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Op. Cit.* RESP nº 772.705/AC.

⁶⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. Cit.* p. 205.

ao caso concreto e, em consequência disso, (iv) como se deu a aplicação da ideia de proporcionalidade na solução do caso concreto (mérito recursal).

Essa prática de não se expor adequadamente o que se entende por proporcionalidade faz com que a aplicação judicial do instituto, em inúmeros casos, careça da coerência jurídico-argumentativa exigida por um sistema jurídico minimamente organizado, conforme atesta importantíssima pesquisa sobre a aplicação da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) ^{67 68}.

O autor da pesquisa, Bruno Ramos Pereira, fixou como pressuposto da mesma que cada ministro deveria fazer em seu voto (i) uma referência explicativa ao conceito de proporcionalidade por ele adotado, explicitar por que o conceito pode ser utilizado no caso concreto e ao final aplicá-lo ao caso concreto; (ii) em caso de adoção de mais de um conceito de proporcionalidade, fazer uma explícita justificativa do porquê utilizou um conceito e não o outro ⁶⁹ e que nos votos por ele analisados considerou como alicerces argumentativos estipuladores de fraca, média ou forte ⁷⁰ coerência teórico-argumentativa da decisão judicial (a) a ausência ou a presença de um conceito de proporcionalidade, (b) sua justificativa para aplicação no caso concreto e (c) sua aplicação ao caso concreto ⁷¹.

Após a análise detalhada de inúmeros acórdãos do STF, o autor da pesquisa constatou que a aplicação da proporcionalidade no STF por um de seus defensores mais influentes

⁶⁷ PEREIRA, Bruno Ramos. O uso da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação de mestrado. USP. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112009-130359/pt-br.php>> Acesso em 09/02/2011.

⁶⁸ Guardadas as devidas precauções, diante do exemplo do STJ anteriormente examinado, parece-nos ser possível afirmar que a constatação feita pela presente pesquisa na jurisprudência do STF possa repetir-se nas mais diversas Cortes de nosso país.

⁶⁹ PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 25.

⁷⁰ Essa escala de coerência argumentativa foi fixada considerando o número de alicerces argumentativos presentes na fundamentação do acórdão, considerando-se fraca, média e forte coerência os acórdãos cuja fundamentação fosse dotada, respectivamente, de 01 e nenhum, 02 e 03 alicerces argumentativos.

⁷¹ *Ibidem.* p. 25.

no país, o Ministro Gilmar Mendes, goza de forte coerência em menos de 20% dos julgados por ele examinados ⁷².

Constatações como essa fundamentam as críticas de que a utilização da proporcionalidade por nossos Tribunais dá-se de maneira “irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai” ⁷³, à medida que boa parte dos julgados que empregam a proporcionalidade não costumam observar “a necessidade de argumentar objetivamente e de decidir com transparência” ⁷⁴, ou porque não explicitam o conceito de proporcionalidade sob o qual se decide ou porque não justificam a aplicabilidade do instituto ao caso concreto ⁷⁵.

Nos raros casos em que isso acontece, falta coerência teórico-argumentativa à decisão judicial, porque apesar de justificarem a colisão de direitos fundamentais e a necessidade de sua consequente relativização, deixam de “*fundamentar consistentemente a escolha*” pelo direito que deverá prevalecer na referida colisão ⁷⁶.

De ver-se, portanto, que a indefinição teórica a respeito da proporcionalidade na doutrina acaba influenciado a jurisprudência brasileira a não dar importância à necessidade de que cada julgador que aplique a proporcionalidade expresse a sua compreensão teórica a respeito do instituto, “(...) sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitiria a utilização da regra) e sobre sua compreensão sobre como a proporcionalidade pode ser utilizada para solucionar um conflito na prática” ⁷⁷.

E o que antes era apenas obra da doutrina constitucional e processual e uma postura jurisprudencial pode estar se tornando uma pretensão de modificação da legislação

⁷² *Ibidem*. Anexo III. p. 110.

⁷³ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

⁷⁴ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

⁷⁵ PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 14.

⁷⁶ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

⁷⁷ PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 14.

processual brasileira, à medida que o projeto de novo CPC aprovado pelo Senado Federal (Senado) ⁷⁸, no capítulo sobre os princípios e garantias do processo civil, pretende positivizar um chamado “princípio da razoabilidade” ⁷⁹.

Por mais que a exposição de motivos do anteprojeto de CPC ⁸⁰ indique que a inclusão dos referidos “princípios constitucionais de especial importância para todo o processo civil” no novo Código tem por pretensão harmonizá-lo com a CF/88, não é possível aferir da motivação da referida proposta legislativa sob que perfil teórico se pretende atrelar a função jurisdicional no processo civil brasileiro, pois tanto a exposição de motivos do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas, como a do projeto de lei aprovado pelo Senado silencia a respeito da existência ou não de um princípio da proporcionalidade e se haverá ou não uma identidade entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade a partir do novo CPC.

Ou seja, o estado de indefinição teórica reinante na doutrina e na jurisprudência brasileira sobre os contornos normativos e metodológicos da proporcionalidade está agora se espraiando a uma proposição legislativa que, apesar de sua pretensão declarada em sentido contrário ⁸¹, irá colaborar para a utilização judicial indiscriminada da proporcionalidade no processo civil como um mero *topos* sob o qual se permitirá o afastamento de direitos fundamentais sem o esforço constitucionalmente exigido para tanto.

⁷⁸Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=106528&codAplicativo=2>. Acesso em 18/01/2011.

⁷⁹ “Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre *os princípios* da dignidade da pessoa humana, *da razoabilidade*, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

Disponível em <www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc> Acesso em 29/06/2010.

⁸⁰ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

⁸¹ Em várias ocasiões, a exposição de motivos do anteprojeto e do projeto de lei realça a pretensão da proposição legislativa de fomentar a segurança jurídica dos jurisdicionados, dentre outras medidas, através da estabilização da jurisprudência dominante.

Esse temor é justificável vez que a polissemia do termo proporcionalidade⁸² e o pouco senso crítico de boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileira quanto à conformação teórico-argumentativa do instituto tornou-o um mero “lugar comum” (*topoi*) sob o qual se pode realizar desde o afastamento de uma pena arbitrária até o balanceamento ou a ponderação de direitos fundamentais, podendo-se incluir um sem-número de utilidades⁸³ para a proporcionalidade entre esses extremos, pois seus utilizadores - e agora até mesmo o legislador – entendem-se desobrigados da tarefa de definirem sob que prisma conceitual manejam o instituto.

Daí decorrem as críticas parcialmente corretas de que a utilização da proporcionalidade importa em um amplo decisionismo judicial sobre os direitos fundamentais, tornando insignificante o papel do legislador e da própria sociedade na conformação de tais direitos, vez que o Poder Judiciário seria uma espécie de “tutor” de uma sociedade desprovida de orientação, de uma sociedade “órfã” e “incapaz” ou um “guardião de

⁸² “A idéia de proporção é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No direito eleitoral fala-se em proporção entre números de candidatos e o número de vagas como condição para a avaliação da representatividade. No direito tributário menciona-se a obrigatoriedade de proporção entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade. No direito processual manipula-se a idéia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual. No direito constitucional e administrativo faz-se uso da idéia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E na avaliação da intensidade do gravame provocado fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim – e assim por diante. *A idéia de proporção perpassa todo o direito, sem limites ou critérios.*

Será, porém, que em todas essas acepções estamos falando do postulado da proporcionalidade? Certamente que não. O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).” (grifei)

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 161/162.

⁸³ Pode-se dizer que, de um tempo para cá, a proporcionalidade é o instituto jurídico “bombril” do direito brasileiro, pois, com mil e uma utilidades jurídicas, representaria uma versão contemporânea e jurídica da bíblica “torre de babel” (Gênesis 11; 6), em que “todos constituem um só povo e falam uma só língua” jurídica. É que, segundo certos autores, a proporcionalidade, enquanto princípio, “ultrapassaria as fronteiras entre as diversas culturas jurídicas”; percepção esta que teria sido confirmada em um “seminário com a presença de sete juízes de Cortes Superiores e Cortes Constitucionais de sete diferentes países, no qual se examinou um caso fictício encontraram rapidamente uma “língua” comum – a língua do princípio da proporcionalidade(...)”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 324.)

uma “pretensa” virtude cívica”⁸⁴ da qual a sociedade e seus representantes seria desprovida.

Críticas parcialmente corretas, porque nos parece que essas críticas são corretas se considerarmos a proporcionalidade como a maioria da doutrina brasileira o faz; mas por outro lado, tais críticas perdem o sentido quando consideramos o instituto como uma regra procedimental com campo de aplicação restrito às situações em que o intérprete ou julgador depara-se com uma real colisão entre direitos fundamentais, a qual somente poderá ser resolvida, com um mínimo de racionalidade intersubjetivamente controlável, caso se observe o procedimento de aplicação da proporcionalidade⁸⁵.

É sob esse contexto que o presente estudo tem a pretensão de evidenciar que a proporcionalidade não pode ser vislumbrada como uma mera proporção, ou como tudo aquilo que “enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade”⁸⁶ ou como um mero critério para o alcance de decisões justas ou equitativas⁸⁷, porque assim procedendo incorre-se em um “sincretismo metodológico”⁸⁸ não recomendável, pois se reconhece que a teoria da proporcionalidade deve-se em enorme medida a Robert Alexy e que o autor germânico confere um conceito eminentemente estrutural aos princípios quando os considera como mandamentos de

⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado democrático de direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.) Interpretação Constitucional – Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica. Salvador: Editora JusPodvim, 2010. p. 86.

⁸⁵ “Robert Alexy critica a terminologia *princípio da proporcionalidade*, chamando a atenção para o fato de que esse instituto não é um princípio propriamente dito, mas uma máxima (regra). A cultura jurídica alemã, assim como a brasileira, não emprega o termo *princípio* de maneira unívoca. É usual que chamemos de princípio qualquer norma desde que ela seja ou muito importante ou de aplicação muito genérica – e Alexy critica duramente essa tendência a chamar de princípios todas as regras que tenham alto grau de generalidade.”

COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 152/153.

⁸⁶ TOLEDO, Suzana de Barros. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 70.

⁸⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ. n° 25. abr/jun. 2004 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004. p. 22.

⁸⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais n° 01. Jan/Jun, 2003. Belo Horizonte, Del Rey. p. 625.

otimização, não se pode aplicar tais ideias sob a clássica concepção de que os princípios seriam normas jurídicas dotada de maior grau de generalidade e fundamentalidade ao sistema jurídico brasileiro ^{89 90}.

Uma vez que se adota um conceito alexeniano de princípios como mandamentos de otimização, em que estas seriam normas estabelecidas de que algo deve ser realizado na melhor medida do possível e que, normalmente, tem sua efetivação obstada pela realização de um outro princípio que lhe é colidente, não seria possível aplicar tal concepção de princípio sob a caracterização tradicional de princípio como “mandamento nuclear” ⁹¹ do sistema jurídico, pelo simples fato de que, apesar de denominar os direitos fundamentais como princípios, Alexy não estabelece seu conceito de princípio com base na generalidade ou fundamentalidade, mas sim na estrutura normativa aberta da qual o seu conceito é dotado ⁹².

⁸⁹ “Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses “mandamentos fundamentais” de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria de regras.” (grifos do autor)

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 614.

⁹⁰ Aqui é importante ressaltar que apesar de não desconhecermos o enorme grau de esforço da doutrina administrativista brasileira para explanar sobre as ideias de razoabilidade e proporcionalidade neste ramo de nosso direito, especialmente no que tange à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, não realizamos a análise das doutrinas de direito administrativo sobre o tema justamente porque aí se parte de um conceito de princípio completamente distinto daquele que é concebido nas teorias de Robert Alexy e que fundamenta o presente trabalho.

Por todos, veja-se BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912.

⁹² AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 612/613.

Esse “sincretismo metodológico” da teoria dos princípios reflete-se na proporcionalidade quando verificamos ser corriqueiro na doutrina dizer-se que a mesma é um princípio na teoria de Robert Alexy, apesar desta somente poder ser considerada como um princípio caso se parta de um conceito quantitativo baseado na maior generalidade desta espécie de norma; conceito este inadmitido na teoria de Alexy.

Nesse sentido paradoxal de compreender a proporcionalidade veja-se a posição de Maria Christina de Almeida que, mesmo reconhecendo a denominação de “máxima” atribuída por Robert Alexy à proporcionalidade⁹³ e fundamentando toda a sua análise sobre a teoria dos direitos fundamentais do autor germânico, termina por concluir que a proporcionalidade seria um princípio constitucional sob o qual estaria obrigado o legislador e o administrador público a realizar a mínima intervenção possível sobre direitos fundamentais declarados pela Constituição.

Ora, estipular a proporcionalidade como um princípio não é um posicionamento aceitável se se parte do conceito de Robert Alexy de que o princípio é um mandamento de otimização, porque o próprio autor germânico distingue a proporcionalidade de uma norma-princípio ao conferir-lhe a denominação *Grundsatz* (“máxima”) em suas obras originais em alemão e não a denominação *Prinzip*, a qual é normalmente empregado por ele para referir-se à norma “princípio”⁹⁴.

⁹³ “O caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, ou seja, é dedutível do caráter de princípio, através de suas máximas parciais – adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e na proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação), com a relativização no tocante às possibilidades jurídicas.”

CHRISTINA DE ALMEIDA, Maria. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. a. 30, n. 30, 1998. p. 377.

⁹⁴ “(...) a proporcionalidade, desde a teoria estrutural de Alexy, não pode ser concebida enquanto princípio, vez que não produz efeitos de forma gradual, nem sequer é aplicada mediante regras no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas. O próprio Alexy categoriza explicitamente a proporcionalidade enquanto regra, afastando a possibilidade de enquadrá-la como princípio nos termos de sua proposta de modelo normativo.”

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade. Revista da Escola Superior da Magistratura do Maranhão, São Luís - MA, v. 4, n. 4, p. 11-31, 2005. Disponível em <www.tj.ma.gov.br> Acesso em 10/07/2010.

Essa preocupação de Robert Alexy em denominar a proporcionalidade com outro termo em alemão (*Grundsatz*) que não aquele normalmente empregado para designar normas-princípios (*Prinzip*) é considerada por alguns autores brasileiros como uma clara demonstração de que o autor germânico não considera a proporcionalidade como um princípio, pois Alexy:

(...) se preocupa em não chamar a própria proporcionalidade de princípio, mas de máxima, por três razões simples: 1) a proporcionalidade é um critério de decisão entre princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra e um direito definitivo; 3) a proporcionalidade não entra em colisão com nenhum princípio. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser encarada como regra, e não como princípio, no contexto da teoria do autor em estudo.⁹⁵

Diante dessa situação, mas sem qualquer pretensão de desqualificarmos uma ou outra teoria jurídica, especialmente a teoria tradicionalmente empregada pela doutrina brasileira para a caracterização de princípios – primeiro porque seria contraditório a uma postura cientificamente correta e segundo porque não teríamos capacidade para tanto -, o presente trabalho delimita a compreensão teórico-argumentativa da proporcionalidade na teoria de Robert Alexy, pois não se pode admitir um mero achismo sobre o instituto aqui examinado como sustentar-se que “o princípio da proporcionalidade é basicamente a junção de princípios, regras e procedimento”⁹⁶.

Essa ausência de rigor científico e teórico acerca da proporcionalidade impacta diretamente na impossibilidade de aferir-se a legitimidade da aplicação da proporcionalidade, à medida que este tipo de intérprete entende-se como desonerado de realizar o efetivo exame teórico do instituto para demonstrar o conteúdo, os parâmetros e os elementos que constituiriam sob cada uma destas espécies normativas - princípio, regra e procedimento.

Ora, é justamente essa necessária caracterização e justificação da proporcionalidade no caso concreto que permitirá o controle da legitimidade de seu emprego em uma dada

⁹⁵ JEVEAUX, Geovane. O conceito de princípio na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Mimeografado. p. 16.

⁹⁶ ISHIKAWA, Lauro ; GIARDULLI, E. T. F. . O princípio da proporcionalidade ancorado na dignidade da pessoa humana na Constituição Federal. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá-PR. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI - Maringá, 2009. p. 4317.

situação concreta sob o exame do julgador, contribuindo-se, assim, “decisivamente para a maior efetividade dos princípios constitucionais, pois o aplicador tem melhores condições de saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição ou efetividade estão sendo analisadas”⁹⁷.

Conduziremos, então, o presente trabalho em posição diametralmente oposta daqueles que não aferem os contornos teórico-argumentativos da proporcionalidade, investindo considerável parcela de energia para explicitar uma adequada definição teórica – normativa e procedimental - da proporcionalidade na teoria de Robert Alexy, onde a mesma deve ser considerada como uma regra procedimental essencial à solução de colisões entre princípios ou direitos fundamentais.

Essa pretensão de uma consolidação teórica da proporcionalidade apresenta vital importância se consideramos que a própria legitimidade da aplicabilidade do instituto depende dessa sua conformação teórica, pois, como bem ensina Humberto Ávila, não só o rigor metodológico e a especificidade do discurso jurídico assim o exigem, mas também porque não é aceitável “confundir exames concretos diferentes pelo uso unificado de uma só expressão ou pelo uso alternativo de várias expressões” para designar-se a proporcionalidade⁹⁸, ora como princípio-norma, ora como procedimento, ora como norma-regra e assim por diante.

Essa postura parece-nos especialmente importante para a aferição da legitimidade de aplicação do instituto a ser realizada durante a fundamentação da decisão judicial, eis que a legitimidade de um dado instituto jurídico não decorre somente de sua própria aceitabilidade, mas também de sua controlabilidade por uma dada cultura jurídica e pelos operadores que nela atuam.

No âmbito específico do processo civil, a relevância de nossa pretensão decorre do simples fato de que a aplicação da proporcionalidade pode dar-se tanto extra como endoprocessualmente, pois colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer tanto no âmbito da relação jurídica material (mérito), quanto no âmbito da relação jurídica

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p.179.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p.175/179.

processual que concebe validade ao proferimento da tutela jurisdicional, a qual obviamente, como consectário do direito processual moderno, distingue-se da relação jurídica material que é objeto do processo.

Afinal existe uma relação indispensável entre a proporcionalidade e o processo civil como decorrência da inexorável influência exercida pela Constituição sobre o processo contemporâneo, onde inúmeros casos de reais colisões entre direitos fundamentais ou princípios podem ocorrer no curso da relação jurídica processual presidida pelo juiz; a título de exemplo, uma possível colisão entre os direitos fundamentais ou princípios da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII da CF/88 com redação dada pela EC 45/2004) e da ampla defesa/contraditório (art. 5º, L da CF/88).

Não é por outro motivo que, apesar de denominar a proporcionalidade como um postulado normativo, Alexandre S. Marder reconhece a importância do instituto para o processo civil quando sustenta que “não restam dúvidas de que o processo apresenta problemas concretos que somente podem ser resolvidos à luz do postulado da proporcionalidade”⁹⁹.

1.3. Método da pesquisa.

No que tange ao método de trabalho empregado para realizar a presente pesquisa, adotamos principalmente a pesquisa exploratória da doutrina, vez que os demais métodos de trabalho científico como os estatísticos, as pesquisas de campo, dentre outros, não poderiam empregados no âmbito de uma conformação teórica da proporcionalidade.

Já a abordagem metodológica empregada no presente estudo jurídico é de natureza dogmática, com ampla incidência em suas três dimensões, quais sejam a analítica, a empírica e a normativa.

⁹⁹ MARDER, Alexandre S.. Das invalidades no direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108.

A dimensão analítica da referida pesquisa dogmática pode ser percebida na análise eminentemente conceitual que empreendemos sobre a teoria do direito de Robert Alexy, especialmente no que tange a sua teoria dos princípios, para a partir do seu conceito de princípio como mandamento de otimização analisarmos a proporcionalidade como uma regra procedimental de natureza constitucional decorrente da própria natureza dos direitos fundamentais como princípios.

Por outro lado, a investigação da relação desse conceito de proporcionalidade com o conceito de razoabilidade, com a especial pretensão de afastar a ampla sinonímia de ambos os institutos conferida pela doutrina brasileira, e a análise da implicação de tal distinção em relação à pretensão do legislador pátrio de positivizar a razoabilidade como um dos princípios do processo civil brasileiro no art. 6º do projeto de novo CPC aprovado pelo Senado configura a dimensão normativa da pesquisa ora empreendida.

Por fim, como resultado dessas dimensões de abordagem aqui mencionadas apresenta-se a dimensão empírica da presente pesquisa, à medida que pretendemos especificar os requisitos para o adequado emprego da proporcionalidade e demonstrar a necessidade de que os referidos requisitos sejam devidamente expostos pelo julgador que aplica o instituto, tal como determina o art. 93, IX da CF/88 pela EC 45/04, permitindo assim que os demais operadores do direito possam fazer a verificação de legitimidade do emprego do instituto pelos órgãos judiciais que solucionam uma colisão concreta entre princípios ou direitos fundamentais.

1.4. Desenvolvimento do trabalho.

Procuraremos evidenciar que o requisito da aceitabilidade do instituto da proporcionalidade mostra-se cumprido na realidade jurídica brasileira, à medida que a proporcionalidade torna-se, sob o estado de arte do direito constitucional e processual civil contemporâneo, imprescindível em sistemas jurídicos fundados em uma Constituição dotada de precedência hierárquica e axiológica sobre o restante do ordenamento, pois se, por um lado, normatizam-se determinadas categorias de valores sociais como direitos fundamentais, por outro lado cria-se a inexorável possibilidade de constantes colisões entre tais espécies de direitos, vez que estes são caracterizados por

declararem interesses individuais e coletivos eminentemente dialéticos e estruturados normativamente de forma aberta e principiológica.

Entretanto, se por um lado a proporcionalidade apresenta-se como ínsita a um ordenamento jurídico assim estruturado, à medida que através dela permitir-se-á aferir a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito de restrições a direitos fundamentais em decorrência da necessidade de preservação de outros direitos fundamentais e de interesses públicos destes decorrentes, por outro lado apresenta-se como necessária a sua adequada configuração para atribuir racionalidade e controlabilidade a sua utilização judicial durante a solução das colisões entre direitos fundamentais ou princípios.

Sim, porque a indispensabilidade da proporcionalidade para a teoria do direito contemporâneo não autoriza a sua utilização indiscriminada, especialmente pela jurisprudência, para fundamentar juízos de valor eminentemente subjetivos e atécnicos, em descompasso com as escolhas feitas pelo ordenamento jurídico, vez que a utilização da proporcionalidade para afastar as escolhas feitas pelo agente estatal com competência para restringir direitos fundamentais obriga a que seja dada a tais decisões judiciais “uma fundamentação mais consistente (à argumentação jurídica), baseada, sobretudo, em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada”¹⁰⁰.

Por isso, opiniões de grande envergadura na doutrina nacional têm sustentado sobre a necessidade de maior sistematização teórica acerca da proporcionalidade, a fim de evitar não só o emprego indevido do instituto, como também os abusos na sua aplicação em decorrência de sua ampla utilização judicial sem base em critérios racionais e objetivamente controláveis, sendo exemplo de tal corrente de pensamento a sustentação de que a aplicação constante da proporcionalidade na jurisprudência do STF:

Em primeiro lugar, demonstra que a exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição. Em segundo lugar, revela que a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência da razoabilidade, com a qual – como será

¹⁰⁰ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

demonstrado – não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa. A sua aplicação, como será demonstrado, é muitas vezes correta. *Mas mesmo nesses casos, a fundamentação do dito princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não se estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim – absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade -, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua.*¹⁰¹ (grifei)

Assim é que, diante da crescente importância jurisprudencial da proporcionalidade, no quinto capítulo do presente trabalho, analisaremos como o dever de fundamentação das decisões jurisdicionais disposto no art. 93, IX da CF/88 pela EC 45/04 poderá determinar a legitimidade e a controlabilidade da aplicação da proporcionalidade no processo civil brasileiro, considerando-se as perspectivas normativa e procedimental que não podem ser desconsideradas pelo juiz ao aplicar o instituto para a solução de colisões entre direitos fundamentais, seja no âmbito da relação jurídica material de mérito da demanda (aspecto extraprocessual), seja no âmbito da relação jurídica processual que instrumentaliza a produção válida da decisão jurisdicional (aspecto endoprocessual).

Isso porque, sob pena de nulidade processual, não pode o magistrado atuar ao alvedrio dos limites processuais que lhe são impostos pela Constituição e pelo direito vigente, pois a atuação judicial, mesmo na atual quadra do direito contemporâneo, deve dar-se sob critérios argumentativos de natureza jurídica, sem que ao juiz seja concedida liberdade irrestrita e incondicional para exercer a função jurisdicional.

Entretanto, como a proporcionalidade é um instituto jurídico inerente à formação atualmente concebida ao direito contemporâneo, antes de chegarmos àquela etapa final da análise da sua aplicação judicial, será antes preciso expor no próximo capítulo do presente trabalho uma teoria jurídica concebida sob e para este estado de arte contemporâneo do direito, qual seja a teoria do direito de Robert Alexy.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 24. In Revista Diálogo Jurídico. Salvador. CAJ. Centro de atualização Jurídica. V. I. n° 4. Julho, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09/07/2009.

Por isso, sem apego à ordem cronológica da produção bibliográfica de Alexy, evidenciaremos as ideias do autor – infelizmente, mais venerado contemporaneamente como adepto de uma “jurisprudência de valores” - para demonstrar que seus posicionamentos, diferentemente do que entende parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, não fundamentam uma prestação jurisdicional deslocada de critérios jurídicos racionais e intersubjetivamente controláveis pelos demais operadores do direito ou, no jargão mais comumente empregado, o “decisionismo judicial”.

Pelo contrário, verificaremos que os posicionamentos de Robert Alexy são categóricos quanto à constante busca pela identificação de parâmetros normativos e metodológicos necessários a conferir racionalidade e controlabilidade à aplicação de suas teorias, conforme será verificado quando examinarmos como o referido autor construiu as suas teorias dos direitos fundamentais, dos princípios e da argumentação jurídica, com base nas quais e na apreciação da jurisprudência do TCF pelo autor, já nos terceiro e quarto capítulos, buscaremos definir as perspectivas normativa e procedimental da proporcionalidade como instrumento de solução de colisões entre direitos fundamentais.

Já no quinto capítulo demonstraremos que, no âmbito da solução de colisões entre direitos fundamentais, existem critérios normativo e metodológicos aptos a fundamentar a impossibilidade de entender-se e aplicar-se as ideias de proporcionalidade e razoabilidade como idênticas, pois ambos os institutos guardam traços característicos que os individualizam, sendo essencial explicitá-los no âmbito de uma aplicação normativa e procedimentalmente correta da proporcionalidade.

Tal análise necessariamente compreenderá a sistematização das posições doutrinárias a respeito da razoabilidade e da proporcionalidade, mediante a análise da origem histórica e do desenvolvimento de ambos os institutos, bem com de suas definições disponíveis na doutrina brasileira e estrangeira, a fim de evidenciarmos pontos de divergência e de contato entre as diversas definições disponíveis.

É assim que pretendemos fixar os contornos da proporcionalidade no plano da prestação jurisdicional, de forma a permitir aferir a legitimidade da aplicação do instituto, vez que, diante das limitações processuais e da controlabilidade inerentes à atividade

jurisdicional, os julgamentos e decisões dos órgãos do Poder Judiciário que, em sua fundamentação, não explicitem justificadamente as perspectivas normativa e procedimental da proporcionalidade aptas a demonstrar a necessidade da aplicação do instituto para a solução da demanda implicará na sua plena nulidade, nos termos do disposto no art. 93, IX da CF/88 com a redação dada pela EC 45/04.

CAPÍTULO II

A TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

Se a abordagem da proporcionalidade nesse trabalho será feita à luz da teoria do direito de Robert Alexy, isso por si só já determinaria a necessidade de que se fizesse uma exposição - que se não fosse exaustiva, ao menos fosse específica das teorias adotadas pelo referido doutrinador alemão.

Além disso, evidenciado que, na atual quadra do direito contemporâneo, a prestação jurisdicional será constantemente exercida para a solução de colisões entre direitos fundamentais seja como objeto específico da demanda, seja no âmbito da relação jurídica de natureza processual que a instrumentaliza, parece-nos adequado adotar como suporte a esta necessidade contemporânea uma teoria jurídica concebida sob e para esta finalidade do direito.

Assim adotamos a teoria do direito de Robert Alexy, vez que, sem apego à ordem cronológica da produção bibliográfica do autor, pudemos evidenciar que as ideias de Alexy não fundamentam, como argumentam parte da doutrina brasileira, a prestação jurisdicional deslocada de critérios jurídicos racionais e intersubjetivamente controláveis pelos demais operadores do direito.

Pelo contrário, conforme será verificado no presente capítulo, e na ligação deste com a caracterização da proporcionalidade nos capítulos seguintes, os posicionamentos de Robert Alexy são categóricos quanto à constante busca pela identificação de critérios normativos e procedimentais necessários a conferir racionalidade e controlabilidade à aplicação de suas teorias.

Além disso, o rigor científico e metodológico que acreditamos ter imposto à presente pesquisa determinaram que fizéssemos uma avaliação das teses de Robert Alexy, especialmente porque um sem-número de autores brasileiros cometem um grave equívoco teórico ao mesclarem as ideias do autor alemão de princípios como mandamentos de otimização com a clássica concepção de princípio como norma dotada de generalidade e fundamentalidade no sistema jurídico.

Como o mesmo equívoco ocorre quando se concebe a proporcionalidade como princípio, ao invés de sua concepção como regra procedimental feita pelo autor germânico ¹⁰², passaremos à análise das teorias dos direitos fundamentais, dos princípios e, por fim, da argumentação jurídica de Robert Alexy, antes ressaltando que a apresentação ora iniciada não é exaustiva, mas realizada na justa medida do necessário para fundamentar a adoção do conceito alexeniano de princípios e de proporcionalidade nos próximos capítulos do presente trabalho.

2.1. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

A importância da proporcionalidade em um sistema jurídico processual decorre do fato de que boa parte das colisões entre direitos fundamentais não se dão apenas como objeto específico de demandas judiciais envolvendo interesses resistidos, mas também no âmbito das próprias relações jurídico-processuais em que direitos das partes como ampla defesa e contraditório são cada vez mais premidos por interesses públicos como celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, cooperação judicial, dentre outros.

Como a proporcionalidade, no âmbito da colisão entre direitos fundamentais, está intimamente ligada à estipulação das normas definidoras destes direitos como princípios

¹⁰² Essa análise será empreendida no item 3.3 do Capítulo III.

(mandamentos de otimização) que serão efetivados na melhor medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas a serem verificadas por ela mesma, a proporcionalidade, torna-se essencial analisar, ainda que superficialmente, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, pois nela foram firmados posicionamentos de excepcional importância para os direitos constitucional e processual civil contemporâneos.

2.1.1. O conceito semântico de norma.

Após deixar claro que os direitos fundamentais são normas e, exatamente por isto, possuem todas as controvérsias que dizem respeito ao conceito de norma ¹⁰³, o jusfilósofo de Kiel adota um conceito semântico de norma baseado na distinção entre norma e enunciado normativo, decorrendo aquela do significado deste no âmbito da situação fática a que se destina ¹⁰⁴.

Entretanto, para que o modelo de norma por ele adotado seja flexível o suficiente para comportar o maior número possível de problemas relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, Alexy procura evidenciar que a concepção semântica de norma por ele adotada distingue o conceito de norma e o conceito de sua validade, hipótese em que aquele conceito poderá comportar as mais variadas teorias da validade ¹⁰⁵.

Sob esse contexto o autor é categórico em admitir como correta a tripartição da validade normativa nos planos da validade jurídica - a com maior destaque -, da validade sociológica e da validade ética, fundamentando seu posicionamento no questionamento sobre a insuficiência da validade jurídica da Constituição para a solução dos diversos problemas que contemporaneamente apresentam-se no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 53/54.

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 58/60.

Se a validade jurídica de uma norma baseia-se na validade de outra norma superior no ordenamento positivado e escalonado hierarquicamente que confere competência para a sua criação, sustenta o autor que este processo não pode continuar indefinidamente, pois não há norma válida autorizadora à instituição de uma constituição, até mesmo porque esta decorre do exercício de poder político *strictu sensu*¹⁰⁶.

Para o autor germânico, se não se quer utilizar tal conceito de validade jurídica para fundamentar a Constituição, não há outro recurso senão lançar mão de um conceito sociológico ou ético de validade, mantendo-se assim a tripartição entre conceitos de validade normativa, apesar de o autor assumir que as validades não jurídicas não ocupam papel de destaque nas teorias jurídicas existentes:

(...) a fundamentação da validade por meio da referência a fatos sociais e razões morais ocupa uma posição de menor destaque diante da fundamentação por meio de referência à positividade procedimentalmente correta, que inclui a referência à compatibilidade substancial com normas de hierarquia superior.¹⁰⁷

2.1.2. As normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Demonstrando que o seu posicionamento de vinculação ao direito decorre da consideração das expressas disposições constantes no ordenamento positivado durante o processo de interpretação e aplicação do direito, Alexy estipula como normas de direitos fundamentais aquelas que são expressas por disposições de direitos fundamentais, sendo estas os enunciados de direitos fundamentais previstos na Constituição¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Por isso, é que os adeptos da teoria kelseniana da validade jurídica como única teoria da validade normativa precisam utilizar-se de um conceito de validade transcendental-lógica ou fictícia para fundamentar a validade da Constituição.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 61/62.

¹⁰⁸ O autor deixa claro que sua teoria é relativa aos direitos fundamentais da Constituição alemã, mas tal fato não traz nenhum prejuízo a sua utilização no direito constitucional brasileiro, vez que por uma simples comparação entre os enunciados de direitos fundamentais constantes na Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Constituição alemã editada após a 2ª Guerra Mundial, e os da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se perceber a influência daquele texto sobre os enunciados de nossa constituição vigente.

As disposições da Constituição alemã, em nosso vernáculo, podem ser consultadas na página da Embaixada alemã no Brasil. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/Constituicao__pt/direitos_20fundamentais.html>

Entretanto, considerando a possibilidade de elaboração de vários enunciados deônticos a partir da mesma disposição constitucional de direito fundamental, entende Alexy que a norma de direito fundamental pode ser “tanto semântica ¹⁰⁹ quanto estruturalmente ¹¹⁰ aberta” ¹¹¹, hipótese em que as normas de direitos fundamentais podem ser estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, como também podem decorrer deste através de normas de direito fundamental atribuídas ¹¹².

Em relação às normas de direitos fundamentais atribuídas, desde logo reconhecendo que seriam possíveis ilimitadas atribuições às disposições constitucionais de direitos fundamentais se não aplicado um critério adequado para sua caracterização, Alexy sustenta que apenas um critério baseado em precedentes jurisprudenciais e consensos dogmáticos da doutrina mostra-se adequado em uma teoria que se pretende jurídica.

Para o autor, o critério adequado então seria de natureza normativa: será uma norma de direito fundamental atribuída aquela que for válida, não só sob o ponto de vista jurídico, mas também sob as teorias da validade social e ética; validade esta decorrente da atribuição a uma disposição de direito fundamental mediante uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, hipótese em que “saber se uma norma

¹⁰⁹ As normas de direito fundamental serão semanticamente abertas quando contiverem termos indeterminados, tais como “boa-fé”, “ciência”, “pesquisa”, os quais poderão ser determinados por regras semânticas, sendo uma delas na opinião do autor a atividade do Tribunal Constitucional de produzir definições e esclarecimentos sobre tais termos durante o processo de interpretação e aplicação de tais normas nos casos concretos.

¹¹⁰ A abertura estrutural evidencia-se para o autor quando há uma multiplicidade de meios para o alcance do fim estipulado pela disposição constitucional de direito fundamental, vez que o exemplo por ele utilizado recai na impossibilidade de determinar, a partir do “mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres”, tal como constante do art. 5º, § 3º da Constituição alemã, “se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica”.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 71.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 70.

¹¹² *Ibidem.* p. 73.

atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”¹¹³.

Entrementes, partindo daquele prisma do conceito semântico de norma de direito fundamental baseado em disposições constitucionais estruturalmente abertas, para Alexy o simples fato de as disposições de direitos fundamentais serem estatuídas como princípios ou regras não importa, por si só, que as normas de direitos fundamentais também detenham caráter duplo, pois elas (normas) somente terão este caráter duplo quando “forem construídas de forma a que ambos os níveis – regras e princípios – sejam seguidos”, o que acontece “quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”¹¹⁴.

Alexy irá fundamentar sua construção com base em uma análise da liberdade artística que, disposta no art. 5º, § 3º, I¹¹⁵ da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (LFB), permite entender que “(...) qualquer intervenção em uma atividade, que se inclua no âmbito artístico é *prima facie* proibida”, pelo que se poderia construir uma norma como “são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico”¹¹⁶.

Para o autor, tal construção não seria suficiente, pois o direito à liberdade artística não é irrestringível em caso de conflito com outros princípios colidentes, sendo necessário incluir na disposição uma “cláusula de restrição que dê vazão a essa realidade” mediante a utilização da “fórmula desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal” para se estabelecer a seguinte norma:

¹¹³ Aqui já resta evidente a teoria fraca de princípios que Alexy irá construir, à medida que evidencia que “As regras da fundamentação referida a direitos fundamentais não definem um procedimento que leve, em todos os casos, a somente um resultado.” (grifei)

Ibidem. p. 74.

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 141.

¹¹⁵ “Serão livres as expressões artística e científica, a pesquisa e o ensino. A liberdade de ensino não isentará ninguém da fidelidade à Constituição.”

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 142.

São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.¹¹⁷

Segundo Alexy, à exceção da hierarquia constitucional dos princípios colidentes, a referida cláusula representa “*as três partes da máxima da proporcionalidade*”, pois a intervenção destinada a “fomentar a realização dos princípios colidentes (P_2, \dots, P_n) deve ser *necessária*, o que inclui também a exigibilidade de sua *adequação* e, em terceiro lugar, que P_2, \dots, P_n , *sob as condições do caso* (C), tenham primazia diante do princípio da liberdade artística” (P_1), o que, ao final, resulta a fórmula ($P_2, \dots, P_n \mathbf{P} P_1$) C “¹¹⁸. (grifei)

E assim, ao propor uma fórmula mais geral da “norma de direito fundamental provida de uma cláusula restritiva”, restaria evidente para Alexy que esta norma teria caráter duplo porque, ao mesmo tempo em que ela possui caráter de regra que permite a mera subsunção, sem o recurso a sopesamentos, ela possui caráter de princípio, pois, em sua cláusula de exceção, faz “explícita referência a princípios e a seu sopesamento”.

Para o autor, portanto, “essas normas de caráter duplo surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis”; hipótese em que a disposição constante no art. 2º, § 2º, II da Constituição alemã de que “A liberdade da pessoa será inviolável. Ninguém poderá interferir nesses direitos, senão em virtude de lei.” pode ser transformada na norma “São proibidas intervenções estatais na liberdade pessoal se elas não estiverem baseadas em uma lei ou não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que, devido às circunstâncias do caso, tenham primazia em face do princípio da liberdade pessoal.”¹¹⁹

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 142/143.

¹¹⁹ Conclui o autor que compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou como princípios não é suficiente, pois “um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo”.

Veja-se, portanto, que a teoria de princípios de Alexy, no âmbito dos direitos fundamentais, deseja deixar clara a impossibilidade de considerar-se a disposição constitucional que normatiza tal espécie de direito como dotada exclusivamente de caráter deontológico binário^{120 121}, pois, ao contrário do que normalmente acontece com os demais direitos subjetivos fixados, as normas de direitos fundamentais devem ser consideradas como normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

A tese do autor é racionalmente aceitável por vários motivos. O primeiro deles parece-nos ser que a sobrevivência de um sistema de direitos fundamentais depende de não considerá-los como normas com caráter deontológico exclusivamente binário, pois, em vista da necessidade de reger a relação entre diversos setores sociais e o Estado, a Constituição deve ser formada por disposições dialéticas (*a priori*, conflitantes entre si), justamente para evitar que se pretenda efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito fundamental, vez que isto esvaziaria a própria função constitucional de permitir a convivência harmônica e estruturada dos direitos fundamentais.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 143/144.

¹²⁰ Após evidenciar a interminável polêmica acerca do conceito de norma jurídica, Alexy inaugura sua tese, deixando clara a sua pretensão de busca a um modelo flexível de norma de direito fundamental, conforme se verifica pela seguinte passagem de sua obra:

“Isso sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados [de direitos fundamentais]. Essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias da validade.”

Ibidem. p. 52.

¹²¹ Segundo Flávio Quinaud Pedron, “Habermas critica a maneira como Alexy entende a ponderação de princípios, por implicar uma concepção axiológica do Direito.” Parece-nos que para o referido autor a crítica de Habermas é pertinente, pois ele assevera que “ao se afirmar que os princípios possuem natureza deontológica em razão de seu caráter devido e operacionalmente, igualarem-se princípios a valores quanto à sua aplicação, percebe-se que a norma perde a característica de código binário para se transformar em código gradual”, situação que para o autor conduziria a “(...) uma desnaturação do Direito, que se transformaria em valor, o que é visível quando se afirma a possibilidade de estabelecer uma hierarquia entre valores/princípios em face de um caso concreto”.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ. n° 30. jul/set. 2005 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005. p. 75.

É sob esse ponto de vista que Alexy deixa clara sua discordância quanto ao posicionamento de Peter Häberle de que, diante de uma proteção absoluta ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Alemanha, a competência do legislador para a efetivação de restrições a direitos fundamentais seria meramente declarativa, vez que um caráter absoluto dessa proteção permanece como uma questão que diz respeito à relação entre princípios envolvidos, à medida que *“a convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas – e apenas esses direitos são genuinamente absolutos (...) não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional”*^{122 123 124}.

Outro argumento de vital importância para a correção da caracterização da norma de direito fundamental como mandamento¹²⁵ de otimização encontra-se no fato de sua normatização realizar-se por meio de disposições constitucionais estruturalmente abertas; abertura estrutural esta extremamente necessária à preservação da força normativa de uma Constituição que pretende ser estável e permanente em uma sociedade democrática, plural e tolerante¹²⁶.

¹²² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 301.

¹²³ *“A extensão da proteção “absoluta” depende de relações entre princípios. A impressão de que ela poderia ser identificada direta ou intuitivamente, independentemente de sopesamentos, decorre da segurança na relação entre princípios.”*(grifei)

Ibidem. p. 301.

¹²⁴ Diante disso, para Robert Alexy, *“(...) a garantia do conteúdo essencial, previsto no art. 19, § 2º da Constituição alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.”* (grifei)

Ibidem.

¹²⁵ Aqui é importante mencionar o equívoco de utilizar-se a expressão “mandatos de otimização” – infelizmente, muito comum – vez que, como assevera Bernardo Gonçalves Fernandes, “Ao que parece, em razão de uma má transposição para o português dos textos traduzidos do espanhol de Alexy, diversos juristas passaram a afirmar que os princípios seriam *mandatos* de otimização”, sendo isto um equívoco “já que o termo ‘mandato’ tem sentido totalmente diverso na linguagem jurídica nacional, não refletindo a noção de *ordem* ou *dever*, que o equivalente espanhol transmite”.

FERNANDES, Bernardo Fernandes. *Op. Cit.* p. 76.

¹²⁶ “(...) a Constituição não deve assentar-se numa *estrutura unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, ela deve incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte de sua estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente

Essa normatização de valores sociais dialéticos por princípios constitucionais é uma marca indelével da realidade ocidental contemporânea, na qual as sociedades têm democraticamente adotado estados constitucionais de direito que devem realizar os fins públicos descritos na Constituição sob espírito social tolerante, pois uma sociedade que se pretenda livre, justa e solidária será instrumentalizada por um Estado constitucional democrático de direito que vise a uma democracia universal, com a desconsideração de distinções de classe, sexo, raça, idade, crenças políticas e religiosas, dentre outras ¹²⁷.

Tal como suscita Alexy, a necessária consideração de outras validades da norma que não a jurídica, mediante a percepção do caráter axiológico e sociológico do direito, tem por finalidade evitar que situações similares a uma experiência conhecida por todos possa novamente ocorrer: o genocídio sem precedentes do povo judeu pelo regime nazista, com base em um ordenamento formalmente positivado que autoriza tais atrocidades contra os direitos básicos do homem.

Parece-nos, então, que a tese do autor de considerar os princípios constitucionais como normas flexíveis ou graduáveis, afastando-as do caráter binário tradicional das demais normas jurídicas, encontra substrato sob a concepção contemporânea de constitucionalismo, através da qual se disporá sobre os temas de importância capital para a sociedade, dentre os quais a devida proteção constitucional aos direitos fundamentais como pressuposto básico para a realização da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

2.1.3. A estrutura aberta e a natureza principiológica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados.” (grifo do autor)

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

¹²⁷ Que é justamente o caso de nossa realidade brasileira, à medida que a nossa CF/88, em seu art. 3º, estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (b) garantir o desenvolvimento nacional; (c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma característica do conflito entre direitos fundamentais que não pode ser olvidada pelo intérprete e aplicador do direito é a própria natureza da norma constitucional que lhe define ou dispõe, pois tal norma detém características que a individualizam perante as demais normas do ordenamento jurídico vigente.

Sabidamente a Constituição realiza a passagem de uma manifestação eminentemente política pelo poder constituinte originário para uma nova ordem político-jurídica constituída, evidenciando-se assim o caráter político das normas que concedem caráter normativo (coercitivo e impositivo) às escolhas políticas realizadas pela sociedade durante o processo democrático, livre e soberano de sua construção.

A Constituição é composta, portanto, por normas jurídico-políticas que irão conferir legitimidade e vinculatividade às decisões políticas realizadas pela sociedade durante o processo de elaboração da ordem constitucional com a finalidade de afirmar algo que não pode mais ser olvidado pelas sociedades democráticas contemporâneas como fruto da própria história constitucional: o império do direito como expressão da vontade geral¹²⁸.

Não é por outro motivo que, após a edição da Constituição, o exercício do poder político e a atuação estatal, inclusive o exercício da função jurisdicional, encontram-se limitados por aquela estrutura normativa, vez que nas permissões e proibições constitucionais se evidencia a vontade política reinante no processo de sua própria construção.

Com apoio na finalidade da norma constitucional de regular o exercício do poder político de forma estável, plural e democrática é compreensível considerar que a mesma deva ser estruturalmente aberta, pois, do contrário, não será possível assegurar a

¹²⁸ “(...) a constituição deve se manter aberta para que se mude o que nela deva ser mudado, mas, ao mesmo tempo, fechar-se a novas decisões sobre aquilo que a experiência histórica já identificou como essencial à própria idéia de constituição e de Estado democrático de direito: a) império da lei: lei como expressão da vontade geral;”.

mutabilidade da Constituição para permitir a sua continuidade sob realidades fáticas não existentes no processo ou ato de sua fundação ¹²⁹.

Sem normas estruturalmente abertas, não será possível à Constituição assegurar a sua própria estabilidade durante o processo de evolução social, política, econômica e cultural da sociedade sobre a qual a mesma incide, eis que a adaptação da Constituição única e exclusivamente por sua constante modificação formal aproximar-lhe-ia perigosamente das normas infraconstitucionais que são assim frequentemente modificadas para acompanhar a evolução da realidade sobre a qual incidem ¹³⁰.

De ver-se, portanto, que a estrutura aberta das normas constitucionais é essencial à adaptabilidade da Constituição às novas realidades fáticas para a manutenção da eficácia de suas normas no processo contínuo de estruturação jurídico-política das sociedades complexas e plurais, situação sob a qual certos autores consideram a Constituição como um conjunto de normas supremas, mas inacabadas e em contínuo processo de construção, pois "as sociedades pluralistas atuais (...) conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma". ¹³¹

2.1.4. A teoria ampla do âmbito de proteção nas restrições a direitos fundamentais: uma teoria externa.

Sob a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, as posições de direitos fundamentais são posições *prima facie* de direitos e não posições definitivas, podendo

¹²⁹ Konrad Hesse considera a disposição constitucional como um limite para a alteração interpretativa da Constituição, pois "uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação constitucional."

HESSE, Konrad. *Op. Cit.* A força normativa da Constituição. p. 23.

¹³⁰ "(...) A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição."

Ibidem. p. 22.

¹³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia.* Trad. de Marina Gascón. 3a ed. Madrid: Trotta; 1999. p. 13.

ao art. 2º, § 1º da LFB, por exemplo, ser “atribuível um princípio que exige a maior medida possível de liberdade geral de ação”¹³².

Como um princípio de direito fundamental exige a proteção mais abrangente possível do bem constitucionalmente protegido, segundo Alexy é possível afirmar que uma restrição ao bem protegido é uma restrição ao direito *prima facie* declarado por um direito fundamental, hipótese em que as restrições a direitos fundamentais podem ser conceituadas “como normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”¹³³; normas¹³⁴ estas que podem ter a natureza tanto de regras¹³⁵ como de princípios¹³⁶.

Veja-se, portanto, que Robert Alexy adota uma teoria externa de limitação de direitos fundamentais que é caracterizada por adotar, como coisas distintas, o direito fundamental e a sua restrição, pois entre eles há uma relação específica como decorrência da exigência externa de conciliar os direitos fundamentais dos diversos indivíduos e os interesses coletivos; ou seja, haveria um direito em si aprioristicamente estabelecido e um direito restringido decorrente do que resta definitivamente após a incidência da restrição.

A adoção de uma teoria interna (como a de Friedrich Müller, por exemplo) ou de uma teoria externa de limitação aos direitos fundamentais, depende da forma como se aceita

¹³² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 280.

¹³³ *Ibidem.* p. 281.

¹³⁴ Segundo o autor, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental.” (grifei)

Ibidem. p. 285.

¹³⁵ “Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.” (grifo do autor)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 280.

¹³⁶ “Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.”

Ibidem. p. 284/285.

as normas de direitos fundamentais: ou como mandamentos definitivos ou como mandamentos de otimização.

Nas palavras de Alexy, a adoção do tipo de teoria de limitação de direitos fundamentais depende “(...) da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então é a teoria interna que o pode ser.”¹³⁷

É assim que, partindo da premissa fundada em sua teoria de princípios de que os direitos fundamentais decorrem de posições *prima facie*, Alexy refuta tanto a teoria interna de Friedrich Müller baseada na “extensão material-normativa” decorrente do dispositivo constitucional fundador do direito fundamental, quanto a teoria interna de Rufner baseada em leis gerais, pois ambas são teorias restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem que a exclusão definitiva da proteção de um direito fundamental seja justificada em um sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes¹³⁸.

Para Alexy não se pode partir de uma teoria restritiva do suporte fático ou do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, porque a própria natureza destes impõe que tudo que apresente uma característica que seja suficiente para a subsunção ao suporte fático da disposição de direito fundamental deva ser considerado como típico a tal espécie de direitos e também porque, no campo semântico dos conceitos de suporte fático, devem ser adotadas interpretações amplas.

Sob a primeira linha, o autor rechaça a teoria das modalidades específicas de Friedrich Müller, segundo a qual “pintar em um cruzamento viário” não seria protegido como a

¹³⁷ *Ibidem*. p. 277.

¹³⁸ “No âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos somente se puderem ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado”, hipótese que exige uma teoria ampla do suporte fático, na qual se “inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.”

liberdade artística declarada pelo art. 5º, § 3º da LFB, pois se trata de uma ação “não-específica”, “inserida nos arredores da liberdade artística (...), mas que não pertence a seu âmbito normativo”; o mesmo ocorreria “para uma proibição de pregação ou uma proibição de expressão de opinião política no cruzamento viário já reiteradamente mencionado” ou para “um músico que à noite, na rua ou em apartamento com paredes finas, improvisa suas composições com um trombone”¹³⁹.

Para Alexy, a debilidade dessa teoria é clara, pois não há dúvidas de que a atividade de pintar em um cruzamento viário, objeto do exemplo de Müller, é uma ação de exercício do direito fundamental de expressão artística, tal como expresso pela literalidade do art. 5º, § 3º da LFB, vez que o dispositivo declara o referido direito sem restrições e de forma irrestringível. Mas, por outro lado, a referida ação, além de uma expressão da liberdade artística, é também outra coisa: “uma perturbação do fluxo de veículos e uma ameaça ao trânsito”; o que significa que a referida ação, distintamente do que suscita Müller, preenche o suporte fático da norma inscrita na LFB¹⁴⁰.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 313.

¹⁴⁰ “(...) ela é uma expressão artística, mas é, ao mesmo tempo, outra coisa – uma perturbação do fluxo de veículos e uma ameaça ao trânsito. Essa segunda característica é uma razão para proibir a ação; mas aquilo que é proibido continua a ser uma expressão artística. *No entanto, isso significa que pintar no cruzamento viário preenche o suporte fático da norma permissiva.*” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 314.

Por razões substanciais, Alexy expressa a inadequação da teoria de Müller ¹⁴¹, questionando se a ação de pintar no cruzamento ainda seria não-específica, e consequentemente excluída da proteção constitucional, mesmo se houvesse o bloqueio do tráfego de veículos no referido cruzamento viário. Se a fim de manter a validade da teoria de Müller, a resposta for ainda positiva, neste caso também seria possível a retirada do pintor do local onde o mesmo está exercitando a expressão artística, mesmo durante a interrupção do trânsito, o que acarretaria a supressão do pintor em epígrafe de seu “direito de definir autonomamente a forma pela qual ele faz uso de sua liberdade fundamental, mesmo sendo “esse direito (o de exercitar de forma autônoma e independente sua liberdade de expressão artística) (...) uma posição essencial de direito fundamental” ¹⁴².

Por razões formais, a teoria de Müller é criticável por, sob uma denominação de não-especificidade e intercambialidade, ocultar as razões que levam ao afastamento da liberdade de expressão artística no exemplo por ele utilizado, quais sejam “os direitos de terceiros e interesses coletivos como a segurança e a fluidez do tráfego viário” ¹⁴³, pois,

¹⁴¹ Cabe-nos aqui ressaltar, ainda que em breve síntese, o alerta feito por Luís Virgílio Afonso da Silva de que a doutrina brasileira tem procedido a uma espécie de “sincretismo metodológico” ao misturar as doutrinas germânicas da limitação de direitos fundamentais de Friedrich Müller e da restrição de direitos fundamentais por meio do sopesamento de Robert Alexy, tal como o fazem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, vez que os referidos autores sistematizam o tratamento da proporcionalidade, enquanto instrumento de restrição a direitos fundamentais construído sob a teoria de Robert Alexy – teoria externa -, no capítulo de sua obra pertinente aos limites a direitos fundamentais, idéia claramente relacionada com uma teoria interna de limitações de direitos fundamentais, sob a qual não se admite a ideia de sopesamento como uma das sub-regras da proporcionalidade, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito. (Vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. *Op. Cit.* p. 314/358.)

Como o próprio Robert Alexy já ressaltou em sua obra, a sua teoria dos direitos fundamentais é uma teoria externa de limitação de direitos fundamentais, bem distinta da teoria interna de limitação de direitos fundamentais de Friedrich Muller, hipótese sob a qual, na linha defendida por Luís Virgílio Afonso da Silva, não há espaços para a aplicação de uma teoria combinada dos referidos autores germânicos:

“(...) porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental. Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.”

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. p. 139. *In* Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115/143.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 315.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 315.

se existem razões para o afastamento da proteção constitucional devida ao pintor no exemplo em referência, “a racionalidade da argumentação jurídica exige que essas razões sejam declaradas” ¹⁴⁴, o que impõe a inclusão de uma cláusula de restrição na norma constitucional pertinente ao direito fundamental, mesmo que a disposição constitucional não apresente exceções expressamente positivadas. (grifei)

Já a teoria restritiva do âmbito de proteção dos direitos fundamentais por leis gerais de Rüdner propugna pela existência de leis gerais “que não se relacionam com o exercício do direito fundamental em questão”, pois estão relacionadas com condutas não incluídas no seu âmbito de proteção e não estabelecem “qualquer restrição adicional aos direitos fundamentais”, hipótese em que não seria necessário nem mesmo permitido qualquer sopesamento entre a imposição feita pela lei geral e o direito fundamental restringido ¹⁴⁵.

Para Rüdner, do âmbito de proteção do direito fundamental é possível inferir a generalidade da lei e desta seria possível inferir se a lei que é geral para determinado direito fundamental intervém ou não no seu âmbito de proteção, pelo que propõe imaginar, na hipótese de o direito contraposto (proteção à saúde pública) ao exercício de um direito fundamental não for previsto pela Constituição e não encontrar nela qualquer apoio, se “Seria possível realmente defender (...) que uma procissão não poderia ser proibida em face do risco de uma epidemia (...)?” ¹⁴⁶

Para Alexy, o fato de a restrição à procissão estar prevista em uma lei geral não pode ser fundamento para considerá-la como válida, mas somente se a razão que a ela se contrapõe for “uma razão de proibição prevista ou suportada pela Constituição” ou uma razão fundamentada na Constituição, pois do contrário “a procissão seria, então, uma conduta religiosa contra cuja proteção constitucional não haveria argumento” e “isso faz com que fique claro que, se ocorre uma exclusão do âmbito de proteção por causa do

¹⁴⁴ *Ibidem* p. 316.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 318.

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 319.

risco de epidemia, essa exclusão se dá com base em uma *razão contra a proteção constitucional*”¹⁴⁷.

A crítica de Robert Alexy sobre a teoria restritiva do âmbito de proteção de Rüfner sustenta que se aquele exemplo da restrição ao direito fundamental de expressão e liberdade religiosa pode justificar-se independentemente de sopesamentos é porque “a prevalência da contra-razão é tão clara que a realização de um sopesamento se torna completamente supérflua”, pois o risco de epidemia é acentuadamente elevado.

Mas e se o risco de epidemia não fosse tão alto? Um risco ínfimo de epidemia poderia sustentar o afastamento do direito de expressão religiosa encartado em uma procissão religiosa, sem a realização de um sopesamento entre razão e contrarrazão para a proteção constitucional, tal como sustenta Rüfner?

Diante da ausência de resposta juridicamente plausível a tais perguntas na teoria interna de Rüfner, Alexy demonstra que essa teoria restrita do suporte fático seria pertinente nos casos de alto risco de epidemia ou nos casos de nenhum risco de epidemia, mas, certamente, não permite adequadamente resolver “os casos intermediários, que são aqueles juridicamente mais interessantes e nos quais é necessário um sopesamento”¹⁴⁸.

Entretantes, ciente da complexidade do tema que enfrenta e com humildade científica digna de nota, Alexy admite que, de fato, uma teoria ampla do suporte fático ou do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não conduz a uma maior proteção definitiva dos direitos fundamentais, mas sim a uma maior proteção *prima facie* destes,

¹⁴⁷ “(...) a proteção de um direito fundamental sempre depende da relação entre uma razão a favor dessa proteção e uma razão admissível contrária à proteção, e não de alguma característica do âmbito de proteção identificável independentemente dessa relação entre razões e contra-razões, de algum objeto protegido que deve ou não ser incluído nesse âmbito, ou de leis gerais.”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 320.

¹⁴⁸ “(...) a solução da teoria ampla do suporte fático é consistente e simples. Se uma razão milita em favor da proteção de um direito fundamental, então, deve-se aceitar sua tipicidade, não importa o quão fortes sejam as contra-razões. Isso não significa que em todos os casos seja necessária a realização de extensos sopesamentos. Mas significa que mesmo os casos claros de não-proteção são o produto de um sopesamento, que a possibilidade de um sopesamento deve ser mantida para todos os casos e que em nenhum caso o sopesamento pode ser substituído por evidências de qualquer espécie.”

Ibidem. p. 321.

hipótese em que, efetivamente, “aumenta o número de casos cuja solução deve ser representada como resultado de um sopesamento entre uma razão – no âmbito do suporte fático – para a proteção constitucional e uma razão – no âmbito das restrições – contrária a essa proteção”¹⁴⁹, mas isso, de forma alguma, pode ser tido como algo negativo, pois a teoria ampla do suporte fático deve ser estabelecida sob um modelo de dois âmbitos, o dos casos potenciais e o dos casos reais de colisões entre direitos fundamentais.

Para Alexy, a grande maioria dos casos inclui-se no âmbito dos casos meramente potenciais de colisões entre direitos fundamentais, pois “(...) o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais” em que “a maioria das normas do sistema jurídico pertence ao âmbito dos casos meramente potenciais”, como, por exemplo, ocorre com o crime de furto: o fato do furto evidentemente superar os limites da liberdade de ação do indivíduo não afasta a existência *prima facie* de uma liberdade de fazer o que desejar, o que o torna um caso meramente potencial de direitos fundamentais¹⁵⁰.

Se realmente o ordenamento positivado tem justamente a finalidade de reger a “massa daquilo que é livre de dúvidas e consensual”¹⁵¹, por outro lado, para Alexy, um sistema jurídico baseado na prevalência de direitos fundamentais conduz naturalmente à existência de um menor número de casos reais de colisões entre direitos fundamentais que se relacionam a “tudo aquilo que é duvidoso e polêmico”¹⁵².

Daí se pode concluir que somente os casos difíceis ou duvidosos, em que será necessário o recurso ao sopesamento das razões e contrarrazões para a proteção constitucional de um direito fundamental, representam efetivamente colisões entre direitos fundamentais a serem resolvidas através da aplicação da proporcionalidade, pois “(...) sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 329.

¹⁵⁰ *Ibidem.* p. 328.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 326.

¹⁵² *Ibidem.* p. 326.

*fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade”*¹⁵³. (grifei)

Dando coerência a sua argumentação, Alexy não nega que a teoria ampla do suporte fático conduza a um aumento do número de colisões entre direitos fundamentais, mas suscita que este sempre foi um problema da dogmática dos direitos fundamentais presente em suas tentativas de solução¹⁵⁴.

Portanto, o aumento de casos reais de direitos fundamentais em que seria necessário um sopesamento entre as razões para a proteção constitucional de direito fundamental e as razões para sua restrição não pode ser tido como negativo, em especial porque essa postura encontra-se sob o manto do postulado “segundo o qual todos os pontos de vista relevantes para um determinado caso devem ser levados em consideração”¹⁵⁵.

Como Alexy reforça que esse postulado conduz à contrapartida racional de outro postulado segundo o qual “aquilo que não é duvidoso, ou aquilo sobre o qual há consenso, não necessita de fundamentação”, daí se percebe que nas situações de conflitos normativos relacionadas a meros casos potenciais de direitos fundamentais não será preciso recorrer-se à utilização de sopesamentos complexos¹⁵⁶.

2.2. A teoria dos princípios de Robert Alexy.

Estando a Constituição no centro do sistema jurídico contemporâneo e tratando-se ela de um conjunto normativo dialético, dotado de normas estruturalmente abertas ou principiológicas decorrente da normatização de múltiplos valores no âmbito de uma sociedade heterogênea como a brasileira, não nos parece muito difícil perceber que, frequentemente, o juiz será instado a decidir demandas onde ocorra a colisão entre direitos fundamentais descritos em normas constitucionais que dispõem sobre escolhas políticas e valores naturalmente contrapostos, como os exemplos clássicos da

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 328.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 330.

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 330.

¹⁵⁶ *Ibidem.*

contraposição entre a iniciativa privada e a regulação estatal, ou entre a privacidade da pessoa humana e a liberdade de imprensa, ou entre a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional e o garantismo processual devido às partes, dentre inúmeros outros.

E se o reconhecimento da normatividade dos princípios de direito faz parte do marco teórico da concepção contemporânea de direito, parece-nos que o mais adequado seja adotar uma teoria do direito que tenha como seu ponto central o necessário reconhecimento da normatividade dos princípios como essência da convivência harmônica entre direitos fundamentais dialéticos resguardados por normas de mesma hierarquia constitucional.

É o que ocorre na teoria de princípios de Robert Alexy, onde, rejeitando-se as comparações usualmente feitas, até então, entre norma e princípio ou norma e máxima, o autor afirma que “(...) regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma”, pois “*tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser*” e “*ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição*”^{157 158}.

Alexy considera, portanto, que os critérios tradicionalmente utilizados para distinguir as referidas espécies de normas, tais como a “generalidade”, “a determinação dos casos de aplicação”, “a forma de seu surgimento”, “o caráter explícito de seu conteúdo axiológico”, “a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema” e “a importância para a ordem jurídica” são insuficientes, hipótese em que, ao final, restariam três teses sobre a distinção entre regras e princípios: a) não é possível diferenciar princípios e regras, pois os critérios antes expostos seriam passíveis de combinação da forma que deseja o intérprete, utilizando-se o mesmo, indistintamente, de ambas as espécies de normas; b) embora se aceite a distinção entre as espécies de normas, entende-se que a referida distinção é tão somente de grau, sendo os adeptos de

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 87.

¹⁵⁸ Ainda segundo Alexy, “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”

Ibidem.

tal corrente “sobretudo aqueles que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção”; c) a tese de que a distinção entre princípios e regras não se dá apenas de forma gradual, quantitativa, mas há uma diferença qualitativa entre as referidas espécies de normas ¹⁵⁹.

A teoria do autor vai, então, firmar-se sobre essa terceira corrente antes mencionada, para propor que a distinção entre as espécies de normas seja delineada nos casos de “colisão entre princípios” e “conflitos entre regras”.

Para Alexy, o conflito entre regras “(..) somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” ¹⁶⁰, sendo que apenas nesta última haverá a exclusão da regra preterida do ordenamento jurídico válido.

Para demonstrar seu posicionamento de que, caso haja a imposição de uma cláusula de exceção, seria possível a resolução do conflito entre regras sem a usurpação de validade da regra preterida, suscita o exemplo de conflito entre a regra que impõe a proibição de sair de sala de aula antes do término do horário e a regra que impõe o dever de deixar o prédio da escola em caso de incêndio. Tal conflito pode ser solucionado, sem a retirada da validade de uma ou de outra regra, com a inserção de cláusula de exceção para permitir a evacuação da sala de aula em caso de toque do alarme de incêndio ¹⁶¹.

No segundo caso, em que não é possível a inserção de uma cláusula de exceção a uma das regras, o conflito entre as mesmas deve dar-se mediante a declaração de invalidade

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 87/91.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 92.

¹⁶¹ Humberto Ávila critica as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy para a distinção de princípios e regras, este último em particular, sob o argumento de que conflitos entre regras também são passíveis de solução sem o afastamento da regra em contradição – não revogação da regra contraposta – restrição ou ampliação da regra com base na razão que fundamenta a própria regra – “*rule’s purpose*” – ou com base em razões de outras regras – “*overruling*”. (Veja-se ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. *Op. Cit.* p. 52.)

Parece-nos, entretanto, que a crítica deva ser melhor examinada, pois o autor germânico, ao contrário do que se afirma, entende que o conflito entre regras pode ser solucionado de tal forma, quando seja possível a inclusão de uma cláusula de exceção às razões para o estabelecimento da regra, hipótese em que não é necessária a perda de validade da regra excepcionada, pois não existe efetivamente um conflito entre regras em tais casos.

de uma das regras, com sua exclusão do ordenamento jurídico, pois, “ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável”¹⁶².

O exemplo utilizado por Robert Alexy para demonstrar a correção de sua afirmação recai sobre jurisprudência do TCF em que, com base em norma constitucional expressa conferindo hierarquia superior às normas federais na Alemanha (art. 31 da LFB: “O direito federal tem prioridade sobre o direito estadual.”), a Corte resolveu o conflito entre regra federal que determinava a abertura do comércio entre 07:00h e 19:00h e regra do Estado de Baden, que proibia o funcionamento do comércio após 13:00h nas quartas-feiras, a favor daquela regra federal, mediante a exclusão da validade da regra estadual^{163 164}.

Diferentemente do conflito entre regras, a colisão entre princípios, na teoria do autor germânico, deve ser resolvida de forma totalmente distinta, pois, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, um dos princípios deve prevalecer, sem que isto importe em sua declaração de invalidade ou na inserção de uma cláusula de exceção em um dos princípios colidentes, pois somente se admite a colisão entre princípios válidos¹⁶⁵.

Assim, a colisão entre princípios, após o sopesamento dos princípios colidentes, dar-se-á em favor daquele com maior fundamentação jurídica para sua prevalência nas circunstâncias do caso concreto, o que representa a utilização de uma “lei de colisão”, conforme se verifica em julgado do TCF utilizado pelo autor.

Tratava-se o caso da incapacidade de um réu para participar de audiência em processo criminal, devido ao risco do mesmo sofrer um derrame cerebral ou um infarto no curso

¹⁶² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 92

¹⁶³ *Ibidem.* p. 93.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica. p. 142.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 94 e 110.

do referido ato processual, hipótese medicamente comprovada como possível de ocorrer em virtude de estado débil de saúde do réu ¹⁶⁶.

No referido caso, o TCF observou que havia “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição obriga o Estado” ¹⁶⁷.

Para Alexy, da verificação feita pelo TCF de que havia uma “relação de tensão” entre ambos os deveres e que nenhum destes deveres gozaria “por si só, de prioridade”, decorreu a necessidade de que o conflito normativo fosse solucionado “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes” em que, nas palavras do Tribunal, se:

(...) esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, I da Constituição. ¹⁶⁸

Como fruto desse necessário sopesamento entre razões e contrarrazões para a prevalência de um direito fundamental em real colisão entre tais espécies de direitos, Alexy estipula, então, como núcleo essencial ¹⁶⁹ de sua distinção entre princípios e regras a caracterização daqueles como *mandamentos de otimização*, vez que se tratam de “(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” ^{170 171}.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 94/95.

¹⁶⁷ *Ibidem.* p. 95.

¹⁶⁸ Segundo o autor:

“(...) a caracterização da situação decisória (do TCF) como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida do possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida do possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização.”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 95.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica.* p. 143.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 90.

Esse posicionamento é acompanhado por diversos autores na doutrina brasileira, sendo suficiente a demonstrar a presente afirmação a posição de Samuel Meira Brasil Jr. de que o autor germânico tem razão ao afirmar que as demais teses que distinguem os conceitos de princípios são vagas e não podem ser utilizadas para especificar os princípios-norma, eis que “os princípios são mandamentos de otimização”¹⁷² que “estabelecem obrigações *prima facie* graduais, ou seja, normas com diversos graus de concretização”¹⁷³.

2.2.1. Uma teoria fraca de princípios.

Robert Alexy não entende sua teoria de princípios como uma teoria “forte”, pois para ele não é possível estabelecer prévia ou abstratamente condicionantes de prioridade ou uma hierarquia entre princípios, assim como não é possível estabelecê-las para os valores, os quais somente se distinguem dos princípios no que tange ao caráter deontico destes e ao caráter axiológico daqueles^{174 175 176}.

¹⁷¹ Aprofundando-se no julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão em epígrafe e esclarecendo melhor a terminologia por ele empregada, Alexy irá construir uma chamada “lei de colisão” para solucionar a colisão entre princípios; lei esta formulada da seguinte maneira:

“Se o princípio P¹ tem precedência em face do princípio P², sob as condições C (P¹ P P²) C, e se do princípio P¹, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R”.

A referida fórmula, segundo o próprio Alexy sob aspectos menos técnicos, também poderia ser dita da seguinte:

“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”

Ibidem. p. 94/99.

¹⁷² BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89.

¹⁷³ *Ibidem.* p. 89/90.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*. p. 145.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Teoria dos direitos fundamentais*. p. 153.

¹⁷⁶ “A diferença entre *princípio* e *valor* é apenas a seguinte: o princípio diz o que é *prima facie* obrigatório, o valor diz o que é *prima facie* o melhor.”

BRASIL JR., Samuel Meira. *Op. Cit.* p. 90.

Mas, para que a sua teoria *fraca* de princípios não se confunda com um mero conjunto de *topoi*¹⁷⁷, Robert Alexy estabelece sua teoria com base em três elementos estruturais: (i) um sistema de condicionantes de prioridade; (ii) um sistema de estruturas de ponderação e (iii) um sistema de prioridades *prima facie*.

2.2.1.1. Sistema de condicionantes de prioridade.

Para Alexy, o fato de a colisão de princípios ser solucionada mediante o sopesamento dos mesmos no caso concreto não quer dizer que, por ocasião da referida decisão, não se possa estabelecer uma relação de prioridade entre princípios importantes para a resolução de novos casos concretos, pois “*Las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consuncuencias jurídicas del principio prevaleciente.*”¹⁷⁸

Nesse sentido pensa Pablo Larrañaga, segundo o qual o sistema de condicionantes de prioridades de Alexy estabelece que:

(...) *las condiciones de prioridad establecidas en un sistema jurídico y las reglas que les corresponden sirven para proporcionar información sobre el peso relativo de los principios y, en este sentido, no solamente se establece qué principio prevalece en la solución de un caso determinado, sino que también proporcionan un orden de principios – de prioridad de los principios – que permite resolver casos futuros.*¹⁷⁹

¹⁷⁷ “No sentido de pôr certa ordem no sistema de princípios, impõe-se o estabelecimento de condições mínimas para que um princípio tenha precedência sobre outros, *i.e.*, a formulação de certas regras de prioridades reguladoras do processo de ponderação. Alexy enfatiza, ademais, que o peso relativo dos princípios, a despeito de sua definição cabal se dar somente no caso concreto, precisa ser minimamente predeterminado. As prioridades *prima facie* indicam pelo menos um ponto de partida mais objetivo para a argumentação jurídica, criando fortes exigências argumentativas para superá-las. *Trata-se é de pôr uma ordem mais apurada no sistema de princípios – o qual, de outro modo, não se distanciará muito de um catálogo de topoi.*” (grifei)

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 254/255.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*. p. 147.

¹⁷⁹ LARRAÑAGA, Pablo. *Sobre la teoria del derecho de Robert Alexy*. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 1. 1994. Disponível em < <http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 21/06/2009. p. 222.

Essa “universalização” da ponderação de princípios realizada no caso concreto como uma condicionante de prioridade aos demais casos idênticos ou semelhantes encontra-se na linha da teoria da argumentação jurídica do próprio Robert Alexy, quando o autor, dentre as regras básicas do discurso prático geral aplicáveis ao discurso jurídico, seleciona a formulação do princípio da universalidade de Hare, segundo o qual “*todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou obrigação em dado caso que esteja disposto a afirmar nos mesmos termos para todos os casos que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes*”¹⁸⁰. (grifei)

2.2.1.2. Sistema de prioridades *prima facie*.

Esse sistema cria certa ordem no campo dos princípios, pois mediante aquelas prioridades *prima facie* oferece-se a carga de argumentação necessária para o afastamento da condicionante de prioridade previamente fixada para um princípio, pois “*la prioridad que se establece de un principio sobre otro puede cambiar en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba*”¹⁸¹.

2.2.1.3. Sistema de estruturas de sopesamento.

Contra eventual crítica de que diante da possibilidade de um sistema de condicionantes de prioridades caberia somente utilizar-se das mesmas, Robert Alexy afirma que não se pode esquecer que os princípios são mandamentos de otimização que impõem que a sua realização dê-se na melhor medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o que, por si só, impediria a utilização simplista das prioridades *prima facie*.

Sim, porque as prioridades *prima facie* deverão ser consideradas em um contexto de necessária aferição das possibilidades fáticas e jurídicas de prevalência de um dado direito fundamental sob a máxima da proporcionalidade, com suas três submáximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois:

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 188 e 197/198.

¹⁸¹ LARRAÑAGA, Pablo. *Op. Cit.* p. 223.

*A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.*¹⁸² (grifo do autor)

Isso é interessante não só sob o prisma de uma análise teórico-estrutural da teoria dos princípios, mas também para deixar claro que a compatibilidade da fixação de prioridades *prima facie* entre princípios e a máxima da proporcionalidade permite deduzir que “(...) *una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de topoi*”¹⁸³.

2.3. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Sob evidente influência da teoria do discurso de Habermas¹⁸⁴, Robert Alexy, com sua teoria da argumentação jurídica, pretende formular um “código da razão prática” que, baseado em um sistema de regras e formas de argumentos, balizaria racionalmente o discurso e a argumentação jurídica, pois:

Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, non sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto.^{185 186}

A par de sua proposta inicial mais extensa¹⁸⁷, Robert Alexy, em artigo mais recente do

¹⁸² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 118.

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica.* p. 147/148.

¹⁸⁴ “*Esta teoría habermasiana del discurso racional práctico sirve como base teórica e inspiración para la teoría de argumentación jurídica de Alexy, y, a su vez, la construcción de la teoría de la argumentación jurídica es la columna vertebral de su teoría del Derecho.*”

LARRAÑAGA, Pablo. *Op. Cit.* p. 218.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica.* p. 150.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria da argumentação jurídica. p. 36, 186 e 274.

¹⁸⁷ A obra “Teoria da argumentação jurídica” é de 1978 e nela constavam 28 regras e 06 formas de argumentos, conjunto este que, além de profundamente comentado, foi, inclusive, expressamente relacionado em um apêndice da referida obra (p. 293/299). Assim, para uma análise aprofundada de cada uma das referidas regras ou formas de argumentos: ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria da argumentação jurídica. p. 187/201.

que sua obra exaustiva sobre o tema, comentou dentre todos aquelas as regras da:

*(...) non contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquellas que expresan la idea de la universalizabilidad, entre otras cosas asegurando a cada uno del derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la mesma consideración en el discurso, hasta aquellas que rigen para la argumentación consecucialista, la ponderación e el análisis de la formación de las convicciones normativas.*¹⁸⁸

O autor irá, então, transplantar tais regras da argumentação do discurso prático geral para a argumentação jurídica^{189 190}, sob o argumento de que esta é uma atividade linguística que trata da correção dos enunciados normativos e, tanto quanto o discurso prático geral, preocupa-se com a correção racional de afirmações normativas, ainda que sob limites impostos pela lei, pela dogmática jurídica e pelos precedentes judiciais¹⁹¹.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Op.Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica*. p. 150.

¹⁸⁹ “De importância central é o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. O discurso jurídico é um caso especial [da argumentação prática geral], visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela Ciência do Direito, bem como – é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica – sua sujeição às limitações impostas pela regra de ordem processual.”

ALEXY, Robert. *Op.Cit. Teoria da argumentação jurídica*. p. 26/27.

¹⁹⁰ De acordo com Flávio Quinaud, “Harbermas discordará da compreensão do discurso jurídico como uma especialidade do discurso prático geral (discurso moral)”, pois, para o referido autor, “Segundo o raciocínio da teoria do discurso, o princípio deste concretiza-se de duas formas diferentes: como princípio moral e como princípio democrático. Enquanto o princípio moral – como especificação do princípio do discurso – produz normas que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses, o princípio da democracia produz normas de ação que surgem na forma do Direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos morais, mas vão além, abrangendo também o uso de argumentos pragmáticos, éticos e políticos.”

PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. Cit.* p. 77.

¹⁹¹ De ver-se, portanto, que para Alexy o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porque: “(...) (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, (sic) com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de “caso especial” porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito [limitações pela lei, pela dogmática jurídica, pelos precedentes e por regras de ordem processual, tais como limite de tempo, preclusão, dentre outros].”

ALEXY, Robert. *Op.Cit. Teoria da argumentação jurídica*. p. 212.

Assim, evidencia-se a necessidade de a justificação racional da pretensão de correção dar-se em dois prismas distintos, o interno e o externo: aquela estaria relacionada com saber “se uma opinião segue logicamente das premissas ¹⁹² aduzidas para justificá-la”, enquanto a justificação externa diz respeito à correção de tais premissas ¹⁹³.

Como para o autor “uma decisão quanto à racionalidade do julgamento assim cai no campo da justificação externa” ¹⁹⁴, ele classifica as formas de argumento e as regras de justificação externa em seis grupos, a saber

(...) (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso de precedentes, (4) argumentação geral prática, (5) argumentação empírica e (6) as assim chamadas formas especiais de argumentos jurídicos, que, se caracterizados por uma única palavra, podem ser tidos por (1) estatuto, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razão, (5) fatos e (6) formas especiais de argumentos jurídicos. ¹⁹⁵

Essas formas de argumento e as regras de justificação externa, junto com as regras e formas de argumento do discurso prático geral, formam a argumentação jurídica de Robert Alexy, a qual tem por objetivo justificar racionalmente enunciados normativos ¹⁹⁶.

Sob esse contexto reconhece-se na doutrina brasileira o caráter procedimental da teoria da argumentação que fundamenta a teoria dos direitos fundamentais e dos princípios de Alexy, pois se trata de uma teoria “por meio da qual se pretende formular juízos acerca da *correção* de enunciados normativos” ¹⁹⁷ e que “pode ser verificada através do

¹⁹² As premissas utilizadas no processo de justificação interna, segundo o autor, podem ser de três tipos: “(1) regras da lei positiva; (2) afirmações empíricas e (3) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva.”, cabendo a cada uma delas métodos distintos de justificação.

Ibidem. p. 224/225.

¹⁹³ *Ibidem.* p. 218.

¹⁹⁴ *Ibidem.* p. 224.

¹⁹⁵ *Ibidem.* p. 225.

¹⁹⁶ LARRAÑAGA, Pablo. *Op. Cit.* p. 220.

¹⁹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 259. Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 257/303.

cumprimento (nos discursos de justificação jurídica) de certas regras de argumentação definidoras das condições fundamentais de um *discurso práctico*”¹⁹⁸. (grifos do autor)

Alexy ressalta, entretanto, que a sua teoria da argumentação jurídica não pretende obter uma única resposta correta, sob sentido absoluto, pois o consenso desta única resposta correta dependeria de condições ideais, a saber (a) tempo ilimitado, (b) informação ilimitada, (c) clareza linguística conceitual ilimitada, (d) capacidade e disposição ilimitada para a troca de lugar entre os interlocutores, (e) ausência ilimitada de prejuízos dos interlocutores, o que, sob condições reais, somente pode dar-se de forma aproximada¹⁹⁹.

Veja-se, portanto, que a única resposta correta, sob uma teoria da argumentação jurídica baseada numa teoria fraca de princípios, deve ser entendida sob uma mera função regulativa, no sentido de que a única resposta correta será aquela afirmada racionalmente pelos participantes do discurso jurídico, com a pretensão de elevá-la à condição de única resposta correta: a pretensão de correção, e não a própria correção absoluta, é que deve se tornar “critério de aferição da validade do argumento”²⁰⁰ jurídico, prestando especial favor à aproximação entre direito e moral²⁰¹.

De ver-se, portanto, que para Alexy a única resposta correta deve apresentar-se sob uma função regulativa para impor a busca permanente do intérprete pela “pretensão de correção” do direito a ser aplicado, pretensão esta que, sob os auspícios da teoria fraca de princípios e dos critérios da argumentação jurídica racional, nos quais se devem incluir os da argumentação prática, conduzi-lo-á, sob as exigências da razão prática, a respostas que “*son al menos relativamente correctas*”²⁰².

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 257.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica*. p. 150/151.

²⁰⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Op. Cit.* p. 257.

²⁰¹ “(...) *la pretensión de corrección es un elemento necesario del conspecto del derecho. La conexión entre Derecho e Moral se establece mediante ella.*” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica*. p. 144.

²⁰² ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica*. p. 151.

2.4. As críticas sobre a teoria do direito de Robert Alexy.

A teoria do direito do autor germânico recebe diversas críticas em sua terra natal, sendo a maior expressão germânica de tais críticas o jusfilósofo Jürgen Habermas, e na doutrina brasileira, especialmente da escola mineira de direito constitucional, sendo possível exemplificar tais críticas pela contundente afirmação de Alexandre da Maia, citado por Bernardo Gonçalves Fernandes, de que a teoria do direito de Alexy pode ser considerada como uma “*receita de bolo*” para se preparar uma decisão racional; se seguirmos seus passos a risca, colocando os ingredientes da ordem prefixada e levando ao ‘liquidificador teórico’, o produto final seria sempre racional e teríamos a solução *mágica* para se alcançar a *racionalidade*, o ‘pote de ouro atrás do arco-íris’.”²⁰³

Se como ressaltado anteriormente a apresentação das teorias do autor germânico deram-se na exata conta de sustentar-se a adoção do seu conceito de princípio e de proporcionalidade ao longo dos próximos capítulos do presente trabalho, não poderia este ser o campo para reafirmar a correção das teses do autor através do rebatimento das diversas críticas às teorias de Robert Alexy, especialmente quanto a sua teoria dos princípios.

Mas, ainda que assim o seja, isso não impede que se faça uma breve análise sobre as principais correntes críticas feitas sobre a teoria alexeniana; pelo contrário, o caráter científico do presente estudo obriga a que se apresente, na exata medida da tese, a apresentação da antítese ou, mais coloquialmente falando, a apresentação dos “dois lados da moeda”.

Nesse contexto, podemos resumir as principais críticas às teorias de Robert Alexy, da seguinte forma: (i) a teoria dos princípios de Alexy alinha-se a uma “jurisprudência de valores” típica do Tribunal Constitucional Federal alemão e, exatamente por isto, desconsideraria o caráter deontológico das normas jurídicas para transformar os princípios em meros valores passíveis de flagrante decisionismo pelo julgador que os pondera,

²⁰³ MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade - Uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. p. 34. *Apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 95.

esvaziando assim o caráter vinculante e impositivo do direito ²⁰⁴; (ii) em decorrência da crítica anterior, sustenta-se que a teoria de Alexy desconsidera a segurança jurídica inerente ao caráter binário do direito quando sugere serem possíveis mais de uma resposta correta para o mesmo caso submetido a juízo ²⁰⁵; (iii) a teoria do direito de Alexy não se importa com o conteúdo da decisão, mas sim apenas com o procedimento necessário a conferir uma suposta racionalidade à decisão produzida com suporte nas regras procedimentais por ele construída ²⁰⁶; (iv) a distinção qualitativa entre princípios e regras mediante um critério de aplicação subsuntiva na base do “tudo ou nada” para regras e na base do sopesamento para princípios é falho, pois não haveria a necessidade de uma distinção na aplicação entre tais espécies de normas vez que ambas passariam por um mesmo processo interpretativo ²⁰⁷.

Máxima vênia a tais posicionamentos, parece-nos que seja necessário realizar-se uma análise da correção da teoria do direito de Robert Alexy ao direito brasileiro não somente sob o prisma filosófico, como o fazem os maiores opositoristas às suas ideias, mas também sob uma prisma prático-jurídico e histórico, vez que o direito é uma ciência prática e como tal tem por finalidade resolver e pacificar os conflitos sociais com a maior eficiência para a continuidade da estruturação social harmônica, democrática e baseada na prevalência dos direitos fundamentais.

Assim, sob um contexto histórico, é preciso examinar se a teoria do direito de Robert Alexy pode ser adaptada a nossa atual realidade histórica e político-jurídica iniciada a partir da CF/88, vez que o respeito às diferenças sociais, históricas e político-jurídicas são essenciais ao sucesso do aproveitamento de institutos jurídicos alienígenas ao nosso direito.

Nesse íterim é importante verificar que, na forma como concebida, as teorias de Robert Alexy estão intimamente relacionadas com o esforço jurisprudencial feito pelo TCF para a manutenção da higidez de uma Constituição (LFB) pautada sobre a prevalência

²⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 95.

²⁰⁵ *Ibidem.*

²⁰⁶ *Ibidem.*

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 161.

de direitos fundamentais²⁰⁸ que se por um lado gozam de plena supremacia sobre todos os demais interesses, direitos e valores aceitos pela sociedade alemã, por outro lado precisam ser restringidos quando entram em colisão com outros direitos de mesma envergadura, sob pena da impossível convivência concreta de preceitos abstratos dialéticos decorrentes de um sistema constitucional fundado na própria prevalência de tais direitos²⁰⁹.

Parece-nos que a teoria de Robert Alexy seja plenamente aplicável à nossa realidade histórica, político-social e jurídica posterior à CF/88, vez que esta Carta, além de ser responsável pela transição de uma ordem político-social ditatorial para um Estado democrático de direito²¹⁰, reconhecidamente inaugurou também um amplo rol de direitos fundamentais dispostos através de normas abertas e principiológicas²¹¹

²⁰⁸ De ver-se, portanto, que a “jurisprudência de valores” praticada pelo TCF deve ser analisada sob esse contexto de repulsa às profundas cicatrizes deixadas pelo regime nazista, conforme se pode verificar pelo “Caso do Aborto” de 1974 em que, após o sopesamento entre os direitos fundamentais de autodeterminação da mulher gestante e à vida da criança, declarou-se a inconstitucionalidade de ato normativo que permitiria o livre critério da gestante para decidir pelo aborto até a 13ª. semana de gestação, sob o argumento final de que:

“(…)Subjacentes à Lei Fundamental há princípios que estruturam o Estado e precisam ser estendidos à luz da experiência histórica, no confronto espiritual-moral com o prévio sistema do nacional-socialismo. Em oposição à onipotência do Estado totalitarista que pretendia para si domínio ilimitado sobre todas as áreas da vida social e para a qual, na perseguição dos seus objetivos de Estado, considerações sobre a vida do indivíduo fundamentalmente nada significavam, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha ergueu uma ordem estruturada por valores que colocam o ser humano individual e sua dignidade no ponto focal de todas as suas disposições. [...] Mesmo uma mudança geral nos pontos de vista dominantes na população sobre esse assunto – se é que uma mudança como essa poderia ser estabelecida – nada mudaria. O Tribunal Constitucional Federal, órgão ao qual a Constituição atribuiu o dever de vigiar a observância de seus princípios fundamentais por todos os órgãos do Estado e, quando necessário, assegurar o seu cumprimento, somente pode orientar suas decisões a partir dos princípios estabelecidos na própria Constituição [...].”

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 1,39. Tradução para o português encontrada em COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 160/161.

²⁰⁹ Prevalência essa demonstrada em nossa realidade pela modificação de tratamento concedido aos direitos fundamentais na CF/67 e na CF/88, pois enquanto naquela o contraditório figurava como direito fundamental apenas no processo penal e o título dos direitos fundamentais figurava ao final do texto da Constituição, em nossa atual Constituição o contraditório consta como direito fundamental em qualquer espécie de processo em que se figure como parte ou acusado e a localização tópica do título relativo aos direitos fundamentais, encontra-se no início do sistema constitucional, o que, obviamente, evidencia a importância que o legislador constituinte originário imprimiu a tais direitos.

²¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil).

²¹¹ Situação esta reconhecida até mesmo pela teoria adversária às ideias de Alexy, à medida que se afirma que “após a “pane” do positivismo, verifica-se que o Poder Judiciário tem que lidar com princípios jurídicos, e não apenas com um conjunto fechado de regras”. (COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado democrático de direito: para uma análise

justamente para permitir uma constante necessidade de relativização de tais direitos, vez que se esta não fosse possível, também não seria possível a manutenção da higidez do sistema jurídico baseado na prevalência dos direitos fundamentais ²¹².

Isso porque se, em vista da necessidade de regradar a relação entre diversos setores sociais, bem como entre estes e o Estado, a Constituição é formada por disposições dialéticas - a *priori*, conflitantes entre si -, não se poderá pretender efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito fundamental, sob pena de esvaziamento da própria função constitucional de permitir a convivência harmônica entre as liberdades individuais e coletivas, privadas e públicas.

De ver-se, portanto, que a teoria do direito de Robert Alexy foi formulada em um contexto de necessário reconhecimento e relativização de direitos fundamentais muito semelhante ao que passamos atualmente, sendo a teoria dos princípios do referido autor, especialmente a proporcionalidade como por ele elaborada, essencial para a conformação racional das necessárias restrições de direitos fundamentais sem a produção de fissuras no sistema jurídico-constitucional neles baseado a partir de 1988.

Além disso, as virtudes das teorias de Alexy superam suas possíveis deficiências, especialmente quando se observa que o autor germânico examina com acuidade cada um dos pontos de sua tese e debate os pontos controversos da mesma com seus críticos, conforme se pode verificar em várias passagens de sua obra.

Sob esse contexto, veja-se que a objeção feita quanto ao suposto esvaziamento do caráter binário do direito pelo fato de atribuir-se aos princípios a natureza de valores é

crítica da “jurisprudência dos valores”. *In* Jurisdição e hermenêutica constitucional. CATTONI, Marcelo. (Org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.p. 421.)

²¹² “Direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Se fossem, não seria possível harmonizá-los na vida social prática, alcançar a denominada “concordância prática” entre eles. O exercício ilimitado de um direito fundamental por um titular qualquer implicaria a impossibilidade de exercício de outro(s) direito(s) fundamental(is) por outro(s) particular(es). Por isso, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é condição para a própria efetividade e concordância prática desse (sic) direitos (só aparentemente é um paradoxo.) Daí por que direitos fundamentais são restringíveis.”

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *In* Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30.

afastada pelo próprio Alexy quando ele deixa expresso que os princípios, na forma como descrito em sua teoria, não se equivalem a valores, pois:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo caso.²¹³

Parece-nos que nesse ponto, apesar de partir do pressuposto que não se pode pretender tratar uma norma como um valor, Alexy reconhece que não se pode pretender aplicar como normas comuns normas constitucionais dotadas de evidente carga axiológica, pois esta característica dos princípios decorre da própria função dos direitos fundamentais de normatizar aqueles valores tidos como mais importantes por uma sociedade em um dado momento histórico²¹⁴, justamente com a pretensão de estável e permanentemente limitar a atuação do Estado e proteger tais valores no âmbito de um Estado democrático constitucional de direito.

Reconhecendo, portanto, que os direitos fundamentais não podem ser confundidos em sua natureza com os valores, mas podem ser aplicados como estes o são²¹⁵, Alexy irá demonstrar que a sua teoria do sopesamento ou da proporcionalidade em sentido estrito possui parâmetros objetivos para o alcance de uma decisão racionalmente aceitável e vinculada à Constituição.

Em relação à crítica de que sua teoria implica em decisionismos como decorrência da possibilidade de mais de uma “resposta correta” ao caso submetido a juízo, Alexy reafirma que sua teoria dos princípios nunca sustentou a tese de uma decisão racional utilizável absolutamente em todos os casos de colisões entre direitos fundamentais e

²¹³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 153.

²¹⁴ “(...) Os valores constituem o aspecto axiológico das normas na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido.”

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 144.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 144/179.

que, se por um lado, “o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”²¹⁶, por outro lado, “embora o sopesamento nem sempre determine o resultado de forma racional”, em uma ampla gama de casos examinados e decididos pelo TCF é possível verificar que “sejam possíveis juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância e, nesse sentido, nos quais se possa alcançar um resultado racional por meio de um sopesamento”²¹⁷ conforme demonstrará a “fórmula da ponderação”²¹⁸.

Na verdade, parece-nos que a proposta dos críticos das teorias de Alexy não se mostraria muito diversa da teoria “decisionista” do autor germânico, pois tal como ele seus críticos consideram algo que não é possível de ser desatrelado da teoria dos princípios, qual seja o caráter *prima facie* de tais normas²¹⁹, segundo o qual nenhum princípio goza de primazia em relação a outro e, justamente por isso, possuem um caráter normativo *prima facie* que os caracteriza como mandamentos de otimização passíveis de serem transformados em um mandamento definitivo, após a restrição de um dos princípios em colisão.

Ao contrário da teoria que lhe é contraposta, Alexy tem o mérito de construir sua teoria sobre a estruturação do sistema jurídico em princípios, regras e procedimentos^{220 221},

²¹⁶ *Ibidem.* p. 594.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 594/595.

²¹⁸ O exame mais específico da “fórmula da ponderação” será feito em item próprio quando do exame do procedimento de aplicação da proporcionalidade, eis que aquela está intimamente relacionada com este.

²¹⁹ “A solução do caso deve se dar no discurso jurídico de aplicação, sem que se comprometa o caráter normativo e deontológico dos princípios que integram o sistema. cuja coerência deve ser reafirmada. Para tanto, não se requer que se decida em que medida os valores concorrentes serão respectivamente atendidos, *mas que se examine as normas prima facie aplicáveis no sentido de se encontrar a que melhor se adequa à situação de aplicação, a partir da descrição completa das circunstâncias e pontos de vistas relevantes. Ressalta-se, assim, a importância de se estabelecer uma relação de coerência entre a norma pertinente e as que – embora válidas e prima facie aplicáveis – não forem consideradas adequadas ao caso concreto*, numa perspectiva deontológica, e não axiológica.” (grifei)

COURA, Alexandre de Castro. *Op. Cit.* p. 442.

²²⁰ “O modelo de três níveis (regras/princípios/procedimentos) tem por base a orientação do sistema com base no conceito de razão prática, sendo que o nível da argumentação jurídica se constitui em procedimento assecuratório da racionalidade do sistema jurídico, a partir do processo de aplicação do Direito, que se pode estender desde o âmbito alargado da argumentação jurídica até o espaço mais restrito do processo de justificação judicial (...).”

cabendo a estes últimos a missão de conferir racionalidade à decisão e permitir a sua controlabilidade, não dependendo a sua teoria de um juiz hercúleo e com poderes sobrenaturais para proceder a uma infundável consideração das situações envolvidas no passado para decidir o caso concreto com os olhos no futuro como se a prestação da tutela jurisdicional pudesse ser comparada com um “romance em cadeia”²²².

Acerta Alexy em não depender de uma teoria baseada em um “romance em cadeia”, pois como bem impõe nossa realidade contemporânea nenhum magistrado goza de tempo ilimitado para decidir, afinal é constitucionalmente reconhecido (art. 5º, LXXVII da CF/88 com a redação dada pela EC 45/04) que a celeridade processual impõe ao juiz uma evidente limitação de tempo para que decida a respeito da demanda que lhe é submetida; e obviamente esta exigência constitucional não se coaduna com a obtenção de um absoluto consenso a respeito da correção de uma resposta judicial ao um caso submetido a juízo, vez que este dependeria de condições ideais, tais como tempo, informação, clareza linguística e conceitual ilimitadas e capacidade e disposição ilimitada para a troca de lugar entre os interlocutores, o que, sob condições reais, especialmente no processo civil, somente pode dar-se de forma aproximada²²³.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1.ed. 3. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 162.

²²¹ É exatamente com a finalidade de conferir racionalidade ao processo argumentativo de ponderação ou sopesamento realizado na proporcionalidade em sentido estrito que Alexy estipula o sistema jurídico em três níveis, os níveis dos princípios, das regras e dos procedimentos, cabendo àqueles dois primeiros o lado passivo do sistema sob o qual se avalia a pretensão de correção de um enunciado normativo e a este último, o nível dos procedimentos, o lado ativo do sistema sob o qual a argumentação jurídica deve ser realizada com racionalidade jurídica intersubjetivamente controlável, especialmente através da fundamentação das decisões judiciais (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 271.)

²²² Na perspectiva do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin, autor normalmente utilizado pelos críticos de Alexy como contraponto à sua teoria dos princípios, “(...) cada juiz será um romancista na corrente, de modo que deverá interpretar tudo o que foi escrito no passado por outros juizes e partes nos respectivos processos, buscando descobrir o que disseram, bem como o seu estado de espírito quando o disseram, objetivando chegar a uma opinião do que eles fizeram coletivamente. *A cada caso*, o juiz incumbido de decidir deverá se considerar como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será seu limite. O trabalho consistirá, portanto, na continuação dessa história, mas com olhos para o futuro, levando em consideração o que foi feito, por ele e pelos demais, no presente (que também contém o passado).(...)” (grifei)

PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. Cit.*

²²³ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*. p. 150/151.

Em relação à última das críticas resumidas, relembremos que Humberto Ávila adota uma posição crítica a respeito da diferença qualitativa entre princípios e regras estabelecida por Alexy com base em um critério de aplicação subsuntiva na base do “tudo ou nada” para regras e na base do sopesamento para princípios, pois não haveria a necessidade de uma distinção na aplicação entre tais espécies de normas vez que ambas passariam por um mesmo processo interpretativo ²²⁴.

Para Humberto Ávila, a diferença entre regras e princípios não seria uma distinção qualitativa como a sustentada pelo autor germânico, mas sim uma distinção meramente quantitativa à medida que os princípios seriam mais abstratos que as regras e, exatamente por isto, não haveria a necessidade de uma distinção de aplicação entre tais espécies de normas - uma aplicação subsuntiva na base do “tudo ou nada” para as regras e uma aplicação complexa baseada no sopesamento para os princípios -, vez que ambas passariam por um mesmo processo interpretativo:

(...) a característica específica das regras (implementação de uma consequência pré-determinada) só pode surgir após a sua interpretação (...). Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação, diante das circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras como os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação. ²²⁵ (grifei)

Segundo Virgílio Afonso da Silva, haveria por parte do autor gaúcho “não somente uma imprecisão no uso do termo “tudo ou nada” como sinônimo de “imediatez”, como também a desconsideração de uma distinção trivial na teoria geral do direito: a distinção entre texto e norma” ²²⁶.

²²⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 161.

²²⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 161.

²²⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 616.

Para o autor paulista, essa crítica à posição de Alexy é infundada porque Ávila ao desconsiderar a “distinção, de larguíssima aceitação, independentemente de corrente doutrinária” de que “texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado”²²⁷, desconsidera que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de *normas* e não entre dois tipos de *textos*”²²⁸.

Nessa linha, sustenta-se que essa forma de compreender regras e princípios é um equívoco, pois ambas as espécies de normas precisam passar por um processo interpretativo prévio sob o qual se descobre a norma decorrente do enunciado normativo, mas “isso não significa, contudo, que ambos (princípios e regras) tenham a mesma estrutura normativa”²²⁹, à medida que ““ser passível ou carente de interpretação” é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios; mas “ ‘ser passível ou carente de sopesamento’ é característica exclusiva dos princípios”²³⁰.

CAPÍTULO III

A PERSPECTIVA NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS

²²⁷ *Ibidem.* p. 616.

²²⁸ *Ibidem.* p. 617.

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ “Para que esse pensamento fique ainda mais solidificado, pose-se usar o seguinte exemplo: partindo-se da premissa de que o texto “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (CF, art. 150, VI, *d*) expressa uma regra, e que o texto “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (CF, art. 5º, X, primeira parte), um princípio, percebe-se com clareza que ambos carecem de interpretação. Poderá ser discutido, por exemplo, se os termos *jornais e periódicos* abarcariam também os encartes de propaganda comercial distribuídos juntamente com os jornais, da mesma forma que se poderá discutir o significado de *intimidade, vida privada, honra e imagem*. Mas, depois que se chega a uma decisão acerca do significado dos primeiros (jornais e periódicos), já é possível, para se usar a expressão positiva de uso corrente na tradição jurídica brasileira, subsumir o fato à norma e aplicá-la ao caso concreto. No segundo caso, mesmo que se chegue a uma decisão sobre o significado dos termos *intimidade, vida privada, honra e imagem*, ainda assim pode não ser possível proceder à subsunção. Pode ser que outros princípios – principalmente a liberdade de expressão e de imprensa – sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto que, dessa forma, só poderá ser solucionado após um sopesamento entre os princípios envolvidos. Esse segundo passo – o sopesamento – é característico dos princípios.”

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 617/618.

Analisadas as teorias de Robert Alexy, será necessário agora perquirir qual a sua importância no exercício da prestação jurisdicional para a solução de colisões entre direitos fundamentais ou entre estes e interesses coletivos a serem resguardados pelo juiz, não só como objeto específico da demanda, mas especialmente no desenvolvimento da própria relação jurídico-processual sob a qual se legitima e valida a referida prestação jurisdicional.

Sob esse prisma, torna-se essencial perquirir se a proporcionalidade pode ser considerada (i) como uma espécie normativa que permite a realização efetiva de direitos fundamentais na melhor medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas verificáveis no caso concreto e (ii) como um procedimento que estabelece critérios jurídico-metodológicos para a legitimidade e a controlabilidade da decisão judicial que opte por um dado direito fundamental em detrimento de outro a ele contraposto.

Nessa dupla perspectiva da proporcionalidade, é necessário que os esforços envidados para uma definição teórica do instituto apresentem-se, separadamente, tanto no prisma normativo, quanto no metodológico, sob pena de confundir-se aspectos independentes e autônomos do referido instituto.

Por isso, no presente capítulo analisaremos a perspectiva normativa da proporcionalidade, deixando a tarefa de analisar a sua perspectiva procedimental para o capítulo IV da presente dissertação.

3.1. Origem e o desenvolvimento da proporcionalidade.

Segundo Paulo Bonavides, a proporcionalidade na forma como é hoje reconhecida derivou do Segundo Estado de Direito germânico, que, iniciado após a conflagração da 2ª Guerra Mundial (II GM), “(...) deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”²³¹.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 398

Para o referido autor, “a adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do Segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido”, tendo a proporcionalidade se convertido em instituto jurídico de natureza constitucional na Alemanha por obra da doutrina e da jurisprudência ²³².

Afirma-se, portanto, que a proporcionalidade está intimamente ligada à concepção contemporânea do direito sob a qual não é mais aceitável a ideia de que a lei formal possa conferir legitimidade e validade a qualquer conteúdo, cabendo à Constituição, como marco jurídico-político de uma sociedade em um dado momento histórico, conferir legitimidade material e formal aos atos estatais normativos e concretos produzidos sob sua égide.

Assim é que os eventos desumanos e atrozes da II GM impactaram intimamente a construção de uma nova tônica a ser dada ao direito e, por consequência, permitiu o surgimento da proporcionalidade como uma ideia de valor constitucional apta a assegurar a proteção constitucional devida aos direitos fundamentais normatizados pela Constituição, tal como assegura Willis Santiago Guerra Filho:

A acolhida extremamente favorável e a aplicação generalizada que tem merecido o princípio da proporcionalidade, na Alemanha e, a partir de lá, nos mais diversos países, pode ser entendida como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jus-filosóficas do pós II Grande Guerra. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que se pusesse em evidência a dimensão valorativa do direito, bem como a que se buscasse em outras fontes, que não apenas aquela legislativa, os critérios de sua correta aplicação. ²³³

Sob esse enfoque há que se reconhecer a importância da jurisprudência do TCF no estabelecimento da proporcionalidade como instrumento constitucional de preservação de direitos fundamentais em casos de colisões entre estes e em caso de restrições destes por atos estatais, pois, tal como sustenta Paulo Bonavides, com suporte na doutrina

²³² *Ibidem*. p. 399.

²³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. p. 608. *In* SILVA MARTINS, Ives Gandra; JOBIM, Eduardo. (Coord.) O processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 607/630.

germânica, “(...) foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação de caráter constitucional, em mais de 150 arestos (...).”²³⁴

Essa localização histórica e jurisprudencial do desenvolvimento da proporcionalidade pelo TCF na Alemanha é referendada pela própria doutrina germânica, à medida que Robert Alexy, já na introdução de profunda obra sobre a teoria dos direitos fundamentais na LFB, deixa evidente que não se pode desconsiderar a análise das decisões do TCF quando se pretende a análise desta temática²³⁵ em que se insere a proporcionalidade, enquanto instrumento de realização de tais direitos.

Nessa mesma linha de posicionamento e citando como exemplos vários acórdãos do TCF, Leonardo Martins sustenta que “O chamado princípio da proporcionalidade é critério amplamente desenvolvido e difundido pela literatura especializada e, principalmente, pela jurisprudência do TCF, para a justificação constitucional de quaisquer intervenções em direitos fundamentais.”²³⁶

Willis Santiago Guerra Filho também sustenta essa localização histórica e jurisprudencial²³⁷ do desenvolvimento da proporcionalidade pelo TCF na Alemanha

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 408.

²³⁵ “Se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de idéias sem fim e quase sem limites. *Se não é isso o que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ao longo de sua práxis jurisprudencial de mais de cinquenta anos, ele nunca deixou de criar novas determinações dentro do amplo campo de possibilidades aberto pelo texto constitucional. O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência desse tribunal. A ciência dos direitos fundamentais – a despeito das controvérsias em torno do efeito vinculantes das decisões do Tribunal Constitucional Federal – tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional.*” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 27.

²³⁶ MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. p 89. In SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Org. e introdução: Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning *et al.*) Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 33/126.

²³⁷ “O *Bundesverfassungsgericht* (BverfGE) vem empregando, então, o princípio de que tratamos com mais freqüência, para controlar a constitucionalidade de medidas já tomadas por alguns dos poderes estatais, o executivo e o legislativo, especialmente no que se refere ao respeito de direito fundamental dos indivíduos.”

afirmando que a decisão que, pela primeira vez ²³⁸, evidenciou a aplicação precisa da proporcionalidade por aquela Corte alemã deu-se em 1971, por ocasião da seguinte fundamentação exposta no BVerfGE ²³⁹ 30, 292:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Essa opinião é esposada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ²⁴⁰ e também por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, segundo o qual “A migração do tema propriamente para a seara do controle de

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. p.262. *In* Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255/269.

²³⁸ O TCF já tinha empregado as sub-regras da adequação e da necessidade muito antes do referido julgamento, propriamente no célebre “Caso das Farmácias” de 1958 (BVerfGE 7, 377), sendo efetivamente neste caso de 1971 a primeira vez que o TCF expressamente definiu como a Corte compreendia as referidas sub-regras, tal como se refenda a seguir:

“A clarificação dos desdobramentos internos é da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina. Em alguma legislação do começo da década [de 50], o legislador distingue inequivocamente necessidade (adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito, embora sem os baptizar. Esta evolução é acompanhada pela doutrina e pelo BVerfG que, em 1958, na Apothekenurteil [decisão sobre as farmácias], distingue a necessidade (Eforderlichkeit) e a adequação (Geeignetheit), da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit).”

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. p. 330. *Apud* COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 170.

²³⁹ Esta é a maneira de designar decisões do TCF: BVerfGE é uma sigla da expressão *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (decisões do Tribunal Constitucional Federal) que denomina a revista onde são publicadas as decisões do Tribunal. Aqui se trata de um julgamento publicado no número 30, página 292 da referida revista.

Para melhor entender como se designam e estruturam, formalmente, as decisões produzidas pela Corte alemã, veja-se MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.* Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. p 96/107.

²⁴⁰ Com expressa referência ao BVerfGE 30, 292, asseveram os autores que:

“O Tribunal Constitucional (TCF) explicitou, posteriormente, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.”

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 330.

constitucionalidade deu-se na Alemanha, por força do trabalho do *Bundesverfassungsgericht*, (...)”, vez que “aquela Corte, em julgado datado de 16 de março de 1971, definiu o substrato do princípio: (...)”²⁴¹

Por fim, demonstrando o forte posicionamento da doutrina de que a evolução da proporcionalidade para constituir-se em instituto jurídico dotado de valor constitucional imprescindível à solução de colisões entre direitos fundamentais deu-se por força da jurisprudência do TCF, sustenta Virgílio Afonso da Silva que:

A regra da proporcionalidade no controle de leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é só uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim.²⁴²

O posicionamento do autor mencionado referenda que a proporcionalidade, na forma como hoje reconhecida, deriva da construção germânica do instituto após a II GM, sob a forte influência das decisões proferidas pelo TCF na solução judicial de restrições a direitos fundamentais.

3.2. A inadequação da consideração pressuposta da proporcionalidade como princípio.

3.2.1. A consideração da proporcionalidade como princípio constitucional.

Predomina na doutrina brasileira o posicionamento de que a proporcionalidade seria um princípio constitucional a impor obrigatoriamente que os atos do Poder Público fossem proporcionais ou razoáveis em relação a direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, para Gilmar Ferreira Mendes, seria possível afirmar, com base na doutrina alemã, que a proporcionalidade representa uma norma constitucional implícita

²⁴¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. Cit.* p. 207.

²⁴² AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 30.

sob a qual a jurisdição constitucional teria o poder de aferir a constitucionalidade de um ato normativo, vez que “a aferição da constitucionalidade da lei em face do *princípio da proporcionalidade* ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação do legislador”²⁴³. (grifei)

Na opinião do referido autor, a doutrina germânica “identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao *princípio da proporcionalidade* ou da proibição de excesso (...), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e *irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins*”²⁴⁴. (grifei)

Apesar de sistematizar a análise da proporcionalidade no capítulo de sua obra pertinente aos limites das restrições a direitos fundamentais²⁴⁵, de reconhecer a existência de diversas concepções doutrinárias sobre o fundamento do instituto²⁴⁶ e de enfatizar que, no Brasil, “(...) o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais”, agora em companhia de Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Gilmar Ferreira Mendes parte do pressuposto de que a proporcionalidade trata-se de um princípio com larga aproximação ao *substantive due process of law*, vez que para os referidos autores seria possível detectar, com base na jurisprudência atual do STF²⁴⁷ que “(...) sob a Constituição de 1988 deu-se uma alteração no fundamento da proporcionalidade entre nós”²⁴⁸.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09/07/2009. p. 2.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 314/358.

²⁴⁶ “O fundamento do *princípio da proporcionalidade* é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.” (grifei)

Ibidem. p. 322/323.

²⁴⁷ “(...) enfatizou a desproporcionalidade da lei tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX)”, hipótese em que “Esta decisão parece consolidar o desenvolvimento do *princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal* (art. 5º, LIV).”²⁴⁷ (grifei)

Paulo Bonavides possui o mesmo entendimento de que a proporcionalidade é um princípio constitucional, vez que para o referido autor é preciso tratá-la como “(...) um *princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais*”²⁴⁹. (grifei)

Em linha evidentemente semelhante, Helenilson Cunha Pontes considera a proporcionalidade como um princípio constitucional implícito, decorrente da própria supremacia das normas constitucionais, sob o qual se garantiria a concretização dos direitos, interesses e valores normatizados pela própria Constituição²⁵⁰.

Em semelhante consideração da proporcionalidade como um princípio-norma, de natureza constitucional, firma-se o posicionamento de Fredie Didier Jr.²⁵¹ de que o instituto relaciona-se, enquanto princípio constitucional, por ora ao “devido processo legal substantivo”, por ora à “proporcionalidade em sentido estrito”, por ora à “ponderação de bens” ou à “ponderação de interesses”, estas últimas sob a influência de Karl Larenz²⁵².

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 329.

²⁴⁸ *Ibidem.* p. 327.

²⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 394/395.

²⁵⁰ “O conteúdo jurídico-material do *princípio da proporcionalidade* decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A *proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito*, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).” (grifei)

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000. p. 51.

²⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 34.

²⁵² A contradição em adotar-se tantas “naturezas” para um mesmo “princípio” da proporcionalidade evidencia-se, por exemplo, pelo fato de que para Larenz a proporcionalidade é um princípio material do direito alemão que não pode ser confundido com o método de interpretação denominado como “ponderação de bens” ou “ponderação de interesses”, segundo o referido autor germânico, normalmente utilizado pelo TCF.

Ou seja, não é possível relacionar o instituto aqui examinado, sob uma consideração de princípio-norma, à “ponderação de bens” ou à “ponderação de interesses” mencionada na obra de Karl Larenz, vez que a proporcionalidade não é a mesma coisa que a “ponderação de bens” para este autor alemão.

Reconhecendo a existência de divergências quanto à natureza da proporcionalidade e ressaltando que a enorme e comum aceitabilidade do instituto como princípio decorre de uma “tendência no discurso jurídico de qualificar como “princípios” normas que são havidas, por razões diversas (ora razões jurídicas, ora razões axiológicas, ora razões empíricas), como muito importantes para o sistema jurídico”, entende Wilson Steinmetz, por outras razões mais, que não há obstáculos a qualificar-se a proporcionalidade como um princípio constitucional ²⁵³.

Por fim, há que se ressaltar que também se encontra na doutrina nacional uma reverência absoluta à proporcionalidade como o “princípio dos princípios”, eis que o mesmo seria definidor da justiça e da razoabilidade não só no direito, mas também em qualquer outro ramo do conhecimento humano, conforme se verifica pelo

Preocupado com a subjetividade da utilização de um método da “ponderação de bens no caso concreto” pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na determinação do alcance de direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto, Larenz entende ser necessário definir adequadamente critérios objetivos para a aplicabilidade do referido método a fim de evitar abusos nas valorações judiciais dos pesos dos direitos ou princípios em colisão.

Exatamente, por isso, o autor germânico entende por questionar se: “(...) então trata-se realmente a “ponderação de bens” de um método, ou antes da confissão de que o juiz decide aqui sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si?”

É nessa linha de pensamento que o autor germânico vai deixar expressamente evidenciado o seu posicionamento de que a “ponderação de bens no caso concreto” não se confunde com o princípio da proporcionalidade, já que para ele, enquanto esta teria natureza de método de interpretação judicial, este tem natureza de “princípio jurídico material”, que, conforme opinião assentada pelo autor em outra obra sua, “Decorre diretamente da noção de justiça, da “justa medida”, da “moderação”, e modifica, não raras vezes o princípio da igualdade.

Assim, após constatar que “Mas, por outro lado, a “ponderação de bens” não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável”, Karl Larenz entende, com apoio em outro autor germânico, que o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a dar cada vez menos importância para o “peso relativo de bens jurídicos” – ou melhor, para a “ponderação de bens” - em benefício da observância de princípios materiais como do “Estado de direito” ou como o “da proporcionalidade” e da “igualdade de oportunidade das partes”.

Para constatar a argumentação aqui mencionada, veja-se LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.. p.490/502.

Nossa posição é referendada por Humberto Ávila, segundo o qual, a proporcionalidade “para Larenz, que atribui aos princípios um significado mais elástico, tratar-se-ia de um “princípio material” ou “critério material”. (ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 24.)

²⁵³ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. p. 12.

posicionamento peculiar de que, diante do renascimento de “disciplinas pré-modernas dedicadas ao estudo da argumentação, tais como a Retórica e a Tópica”²⁵⁴, a ideia de proporcionalidade “*revela-se não só um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral*”^{255 256}. (grifei)

Veja-se, portanto, que, mais do que se considerar a proporcionalidade como um princípio de direito ou princípio-norma²⁵⁷, chega-se mesmo a compreender o instituto

²⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* Noção essencial do princípio da proporcionalidade. p. 608.

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 609.

²⁵⁶ Logo após afirma o autor referido que, assim, a proporcionalidade seria de “(...) *comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo*”. (*Ibidem.* p. 609.)

²⁵⁷ Aliás, na obra do autor em referência, além da definição como “*topos argumentativo*”, é possível deparar-se com a proporcionalidade na condição de conceitos os mais diversos possíveis, conforme se verifica pelas seguintes definições e passagens de sua obra (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* Noção essencial do princípio da proporcionalidade):

a) “princípio constitucional implícito” (norma): “(...) não há previsão expressa, em nossa Constituição, do princípio em tela. A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois, ao qualificá-lo como “norma fundamental” se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo “posta” (positivada) e “pressuposta” (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).” p. 621.

b) “cânone metodológico de interpretação constitucional”: “O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do direito – (...) -, o que explica a circunstância de ele figurar entre os cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional”, aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório.” p. 616.

c) “mandamento de otimização” ou “máxima”: “O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento 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 “princípios parciais” (...): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (...), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (...).” p. 616/617.

d) “princípio dos princípios”: “Daí termos acima referido a esse princípio como “princípio dos princípios”, verdadeiro *principium* ordenador do direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no §2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc.” p. 614.

como um mero tópico ou *topoi*²⁵⁸, já que, nesta acepção, considera-se a proporcionalidade como um ponto de vista de razoabilidade empírica com validade geral, empregável em quaisquer ramos do conhecimento humano, inclusive no direito, a ser lançado para a consideração do que se poderia deduzir como correto.

3.2.2. A consideração pressuposta e acientífica da proporcionalidade como norma-princípio.

Analisando essas considerações doutrinárias de que a proporcionalidade seria uma norma constitucional implícita, dotada de natureza principiológica, percebe-se que, salvo raras exceções, tais opiniões partem do pressuposto de que a proporcionalidade seja um princípio sem, ao menos, cumprir o dever técnico-jurídico - e até mesmo científico - de evidenciar em qual das inúmeras definições de princípio a sua consideração do instituto se encaixa.

Partir do pressuposto de que a proporcionalidade seja um princípio, sem ao menos evidenciar-se quais características do instituto conduzem à adoção de tal postura pelo intérprete é cientificamente inaceitável, à medida que isto se afigura essencial diante da enorme distinção doutrinária a respeito do que sejam princípios de direito e qual a função dos mesmos em um dado ordenamento jurídico contemporâneo, sendo suficiente para ilustrar essa situação a opinião doutrinária de que é possível identificar ao menos 10 (dez) concepções do que se pode entender por um princípio jurídico²⁵⁹.

Nesse contexto, parece-nos que quem tem pretensão de considerar a proporcionalidade como uma norma-princípio tem também o dever de considerar a existência de inúmeros esforços doutrinários²⁶⁰ para definir adequadamente o que seriam princípios para,

²⁵⁸ Para uma definição mais precisa, ver LARENZ, Karl. *Op. Cit.* Metodologia da Ciência do Direito. p. 202.

²⁵⁹ CARRIÓ, Genaro R.. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973. p. 203 e ss.

²⁶⁰ Dentre outras, veja-se a extensa produção bibliográfica sobre o assunto: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.; ALEXYS, Robert. *Op. Cit.* Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica.; ALEXYS, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais.; ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.; ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.; BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Direito Constitucional.; BOMFIM, Thiago. Os

diante do flagrante dissenso a respeito de uma classificação ²⁶¹ uniforme sobre o assunto, optar por uma ou outra definição de princípios e somente após isto demonstrar racionalmente por que a proporcionalidade poderia ser definida como tal nessa concepção de princípio adotada.

Uma postura cientificamente aceitável não pode se dar de outra forma, eis que resta evidente a disparidade de ideias sobre quais critérios seriam suficientes e adequados para caracterizar os referidos institutos quando se verifica que, enquanto Karl Larenz entende que os princípios "são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento jurídico, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico"

princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Podium, 2008.; BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. Revista de processo nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.; CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.; COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.* interpretação constitucional; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.; DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo. São Paulo: Madras, 2005.; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996.; LARENZ, Karl. *Op. Cit.* Metodologia da ciência do direito.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional.; OLIVEIRA, Fábio Córrea de Souza. Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da.. A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas *in* Os Princípios da Constituição de 1988. (Org.) Antônio Cavalcanti Maia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.; ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In* Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Ricardo Lobo Torres (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35/98.; STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais.

²⁶¹ Ressaltamos que não é intenção do presente trabalho afirmar que a classificação de dado autor seja mais ou menos correta ou verdadeira do que a de outro, pois, considerando a natureza de ciência prática do direito, preferimos adotar a postura de medir a validade de uma classificação de institutos jurídicos por sua utilidade para a adequada sistematização do conhecimento jurídico abordado, pois como bem ensina Genaro R. Carrió "*las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a sus fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida.*"

²⁶², para J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, princípios "são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios" ²⁶³ ²⁶⁴.

Como adotar-se de maneira pressuposta a proporcionalidade como princípio se na doutrina nacional evidencia-se desde a existência de uma consideração mais generalista do que seja um princípio - sendo exemplo disto o posicionamento de José Cretella Neto de que "toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturações e desenvolvimentos subsequentes dessa ciência" ²⁶⁵ - até um posicionamento parcialmente mais contemporâneo de que "os princípios meramente indicam caminhos para soluções que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios" ²⁶⁶ em que os princípios "(...) são comparados e sopesados a fim de que se apure com que 'peso' ou em que 'medida' deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame (...)" ²⁶⁷.

Essa enorme distinção teórica a respeito de uma definição de princípios foi muito bem ressaltada pelo hercúleo esforço de Ana Paula de Barcellos em evidenciar critérios que

²⁶² LARENZ, Karl. *Derecho Justo – fundamentos de la ética jurídica* (do original alemão *Richtiges Recht*, Munique: Beck'sche Verlag, 1979), trad. Luiz Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 14.

²⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.49.

²⁶⁴ Sozinho J.J. Gomes Canotilho chega a propor uma classificação de 4 (quatro) grupos distintos de princípios: a) Princípios jurídicos fundamentais; b) Princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) Princípios constitucionalmente impositivos; d) Princípios garantia.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1165/1167.

²⁶⁵ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

²⁶⁶ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei n.º 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. n.º 57. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003. p. 50.

²⁶⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.* p. 50.

pudessem caracterizar uma efetiva distinção entre princípios e regras, vez que a autora após demonstrar que a doutrina utiliza inúmeros fatores para tal distinção, tais como conteúdo, origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura linguística, esforço interpretativo exigido e aplicação das normas, propõe novos critérios para diferenciar princípios e regras, a saber “os efeitos que pretendem produzir” e “os meios aptos para alcançar tais efeitos”²⁶⁸.

A inexistência de consenso teórico a respeito do que seja princípio e qual sua função no ordenamento jurídico também se evidencia pelo fato de que enquanto Ronald Dworkin adota uma “teoria forte de princípios”²⁶⁹, Robert Alexy adota uma “teoria fraca de princípios”²⁷⁰ e Humberto Ávila, sem concordar com uma e outra teoria, propõe uma redefinição do que sejam princípios²⁷¹.

Ora, diante dessa complexidade de critérios doutrinários a respeito de como se pode caracterizar os princípios de direito, quais seriam as funções dos mesmos em um determinado ordenamento jurídico e quais as diferenças entre estes e as demais normas dessa mesma ordem jurídica, parece-nos haver uma forte ausência de coerência teórico-argumentativa nos posicionamentos que denominam a proporcionalidade como um princípio, sem ao menos identificar qual a definição de princípios adotada por quem assim a classifica e quais características dos princípios poderiam permitir essa classificação.

Pretendemos não incorrer nessa mesma consideração pressuposta da proporcionalidade, pois um dos objetivos do presente trabalho é justamente caracterizar a proporcionalidade, no âmbito das colisões entre direitos fundamentais, sob a teoria dos princípios de Robert Alexy em que os princípios são uma espécie normativa que,

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana. p. 40/57.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Capítulo 2.

²⁷⁰ Conforme item 2.2.1. do presente trabalho.

²⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios.

caracterizadas como *mandamentos de otimização*, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” ²⁷².

3.3. A proporcionalidade como *regra constitucional para a solução de colisões entre direitos fundamentais*.

Para Robert Alexy a natureza normativa da proporcionalidade é decorrência lógica do estabelecimento de direitos fundamentais como normas principiológicas, sendo despendendo tentar fundamentar o referido instituto em uma ou outra disposição do texto Constitucional ²⁷³, vez que:

Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. ²⁷⁴
(grifei)

É assim que se fundamentando na jurisprudência do TCF, Robert Alexy entende que o emprego da proporcionalidade na colisão entre direitos fundamentais decorre da imprescindível natureza de mandamentos de otimização destes, vez que a efetivação dos direitos fundamentais depende da relativização das possibilidades fáticas e jurídicas das normas em conflito; relativização esta que, em relação às possibilidades fáticas, caberá às submáximas da adequação e da necessidade, e, em relação às possibilidade jurídicas, caberá à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ²⁷⁵.

Segundo o autor germânico, a utilização da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais pode ser evidenciada por decisão do TCF realizada sob passos sucessivos

²⁷² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 90.

²⁷³ “A despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade, é uma busca fadada a ser infrutífera.”
(grifei)

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 588.

²⁷⁵ *Ibidem.* p. 117/118.

para a sua fundamentação e resultado final, em que se definiu o resultado de um sopesamento sob a máxima da proporcionalidade: tratava-se de decisão sobre a impugnação de dispositivos de lei de assistência social germânica que determinavam a internação de pessoas abandonadas ou com “fraqueza de vontade ou um descontrole de seus desejos naturais” em instituições estatais para tratamento ²⁷⁶.

Em primeiro lugar, a Corte estabeleceu que “a liberdade da pessoa é um bem jurídico tão elevado que somente pode ser restringida por razões especialmente importantes” e no segundo passo de sua fundamentação fixou que a proteção da coletividade e a liberdade do indivíduo a ser internado nas instituições estatais seriam razões especialmente importantes para decidir a colisão entre os interesses constitucionais em jogo ²⁷⁷.

Após tais passos, segundo Alexy, o TCF entendeu que, apesar das razões envolvidas, a questão não dizia respeito à proteção da coletividade ou à proteção do afetado pela restrição ao direito fundamental, mas sim ao tratamento do indivíduo a ser internado e, em um quarto e último passo, definiu o resultado do julgamento: ““Visto que o objetivo de tratar um adulto não é suficiente enquanto razão relevante para a privação da liberdade pessoal”, o direito fundamental da liberdade pessoal resta afetado em seu conteúdo essencial.” ²⁷⁸

Para o autor, a forma como o TCF estabeleceu sua argumentação para chegar à conclusão pela impossibilidade de restrição da liberdade do indivíduo nas hipóteses determinadas pela lei de assistência social germânica corresponde ao sopesamento sob a máxima da proporcionalidade, em especial sob a sub-máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pois “*Uma intervenção intensa é justificada se estiver fundamentada com base em razões relevantes. No caso concreto, há uma intervenção intensa, mas não uma razão fundamentadora relevante. A intervenção é, portanto, injustificada.*” ²⁷⁹

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 298.

²⁷⁷ *Ibidem.*

²⁷⁸ *Ibidem.* p. 298/299.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 299.

De ver-se, portanto, que para Robert Alexy o fundamento da proporcionalidade, enquanto máxima para a solução de colisões entre direitos fundamentais, decorre da própria estrutura destes como princípios – enquanto mandamentos de otimização -, vez que tais direitos não podem ser estabelecidos como posições definitivas, mas sim como posições *prima facie* que devem ser efetivadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto em se evidencie sua colisão.

É assim que Virgílio Afonso da Silva, na mesma linha propugnada por Robert Alexy, considera a relação entre a proporcionalidade e os princípios como “mandamentos de otimização” como “uma relação de mútua aplicação”, sendo o fundamento da proporcionalidade a própria estruturação dos direitos fundamentais como princípios ou “mandamentos de otimização”²⁸⁰.

É exatamente essa relação mútua entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais estruturados como princípios que não pode conduzir o intérprete jurídico a identificá-la como um princípio constitucional – não pelo menos na teoria de Robert Alexy -, vez que o próprio autor germânico faz questão de denominar a proporcionalidade como sendo uma “máxima” e não um “princípio”, evidenciando assim que a proporcionalidade por ele utilizada como instrumento de operacionalização do sopesamento entre razões e contrarrazões para a incidência da proteção constitucional ao direito fundamental prevalente não pode ser confundida com o que boa parte da doutrina chama de um princípio-norma da proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva, na sua nota como tradutor de obra de Robert Alexy para a língua portuguesa, ressalta que foi exatamente isso que o levou a utilizar-se do termo “máxima” em língua portuguesa para referir-se à proporcionalidade: deixar clara a distinção feita por Alexy em sua obra original em alemão²⁸¹.

²⁸⁰ “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.*” (grifo do autor)

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

²⁸¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Nota do tradutor. p. 10/11. In ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 09/13.

Nesse intento o professor paulista demonstra que Alexy não se utilizou do termo alemão “*prinzip*” para referir-se à proporcionalidade, mas sim do termo alemão “*grundsatz*” justamente para afastar da proporcionalidade a natureza de norma-princípio recorrentemente por ele denominada em alemão como “*prinzip*” na sua obra original em alemão ²⁸².

Infelizmente, essa aparente banalidade linguística pode representar graves impropriedades terminológicas quando se traduz o termo “*grundsatz*” utilizado por Robert Alexy para se referir à proporcionalidade como normalmente se traduz o referido termo do alemão para outras línguas, ou seja, como “princípio”, sem se observar que o referido autor germânico teve o cuidado de diferenciar a denominação da proporcionalidade mediante a utilização dos termos “*grundsatz*” e “*prinzip*” em sua obra original em alemão: este para os princípios-norma e aquele para a proporcionalidade.

Impropriedade essa que se verifica da tradução de escritos de Robert Alexy para o inglês em que a expressão em alemão “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*” é traduzida para “*principle of proportionality*” ^{283 284} e na doutrina brasileira pela obra de Luís Afonso Heck em que se traduz aquela expressão germânica utilizada por Robert Alexy para “princípio da proporcionalidade” ²⁸⁵.

Parece-nos que Virgílio Afonso da Silva tem razão ao fazer a referida crítica a tais posicionamentos, pois quando verificamos a obra original do autor em alemão ^{286 287}, é

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Ver a tradução de Stanley L. Paulson em ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representantion*. p. 572/573. In I-CON. v.3. Number 4. Oxford University Press and New York University Scholl of Law, 2005. p. 572/581.

²⁸⁴ Em sentido semelhante, quanto à tradução de “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*” para “*principle of proportionality*”, ver também a tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson em ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Trad.. p. 294 e 297. In Ratio Juris. V. 13. No. 3. Setembro, 2000. p. 294/304.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. Trad. Luis Afonso Heck. p. 156. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 155/165.

²⁸⁶ Em sua obra em alemão, ao se referir à ponderação, Alexy assim se pronuncia: “*1. Abwägung*.”

Eines der Hauptthemen der gegenwärtigen Debatte über die Grundrechtsinterpretation ist die Abwägung. Die Abwägung spielt in der aktuellen Praxis vieler Verfassungsgerichte eine zentrale Rolle. Im deutschen Verfassungsrecht ist sie ein Teil dessen, was durch ein umfassenderes Prinzip gefordert wird. Dieses umfassendere Prinzip ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser besteht aus drei Teilgrundsätzen: denen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne. Alle drei Teilgrundsätze sind Ausdruck der Idee der Optimierung. Grundrechte im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu interpretieren bedeutet, sie als Optimierungsgebote, das heißt als Prinzipien im normtheoretischen Sinne, und nicht als bloße Regeln, zu behandeln. Als Optimierungsgebote sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und die tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird (Alexy 1996: 75).

Die Teilgrundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit betreffen die Optimierung relative auf die tatsächlichen Möglichkeiten. Sie sind damit Ausdruck der Idee der Pareto-Optimalität. Der dritte Teilgrundsatz, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, betrifft die Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten. Die rechtlichen Möglichkeiten werden wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Der für das Verhältnis von Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidende Punkt ist, dass die Abwägung aus nichts anderem besteht als aus der Optimierung relativ auf gegenläufige Prinzipien. Der dritte Teilgrundsatz enthält damit ein Abwägungsgebot. Es kann in folgende Regel gefasst werden:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Diese Regel kann als "Abwägungsgesetz" bezeichnet werden (Alexy 1996: 146)."

ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*. p. 250. In *Politik und Recht: PVS – Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft 36*. Michael Becker, Ruth Zimmerling (Hrsg.). August, 2006. P. 250/258. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=Dzn5bwyhKW8C&printsec=frontcover#v=snippet&q=Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit&f=false> Acesso em 18/11/2010.

²⁸⁷ Pode-se traduzir o trecho da obra original em epígrafe na nota anterior do seguinte modo:

“1. Ponderação.

Um dos temas principais do debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais é a ponderação. A ponderação desempenha, na prática atual de muitos tribunais constitucionais, um papel central. No direito constitucional alemão, ela é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é a máxima da proporcionalidade. Essa consiste de três máximas parciais: a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais são expressão da idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz da máxima da proporcionalidade significa trata-los como mandamentos de otimização, ou seja, como princípios no sentido teórico-normativo e não como meras regras. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas (Alexy 1996:75).

As máximas parciais da adequação e da necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas. Elas são, assim, expressão da otimização de Pareto. A terceira máxima parcial, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, concerne à otimização relativamente às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. O ponto decisivo para a relação de ponderação e o exame da proporcionalidade é que a ponderação compõe-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário. A terceira máxima parcial contém, assim, um mandamento de ponderação. Ele pode ser formulado na regra seguinte:

Quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Essa regra pode ser designada como “lei de ponderação” (Alexy 1996: 146).” (tradução livre)

perfeitamente possível perceber a clara intenção do autor germânico em distinguir a proporcionalidade daquilo que ele conceitua como uma espécie de norma principiológica, vez que o autor denomina estas como “*Prinzip*” e aquela como “*Grundsatz*”, sendo esta subdividida naquilo que o autor germânico chama de “submáximas” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, - “*Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*” - e não como subprincípios, pois se assim pretendesse o autor ele os denominaria em alemão como “*Teilprinzip*”.

Muito além de uma mera verificação linguística, tal distinção terminológica empregada por Alexy é extremamente coerente com a sua teoria dos princípios e da proporcionalidade, à medida em que, ao invés de ser um “mandamento de otimização” realizável na maior medida do possível, de acordo com o seu sopesamento em relação a um outro princípio-norma que lhe seja contraditório no caso concreto, a proporcionalidade não pode ter os seus sub-elementos - “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito” - sopesados contra algo, pois sob seu exame deve se verificar se eles foram satisfeitos ou não durante o processo de sopesamento dos princípios de direitos fundamentais colidentes ²⁸⁸.

Pode-se verificar, portanto, que, sob uma teoria de princípios como a estabelecida por Robert Alexy, não se pode considerar a proporcionalidade como um princípio-norma, porque não há qualquer possibilidade de sua concretização gradual, pois, diferentemente dos princípios-norma, a aplicação da proporcionalidade, ainda que trifásica, não se submete às possibilidades fáticas e jurídicas reinantes no caso concreto, mas as instrumentaliza para permitir que o juiz possa decidir pela prevalência integral ou parcial de um ou de outro direito fundamental em colisão; hipótese em que a proporcionalidade é aplicada mediante subsunção ^{289 290}.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

²⁸⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 26.

²⁹⁰ Lembremo-nos que, na teoria de Robert Alexy, as regras são aplicadas mediante subsunção e os princípios, enquanto “mandamentos de otimização”, devem ser aplicados na melhor medida das possibilidades fáticas e jurídicas, mediante a utilização da máxima da proporcionalidade.

Assim, parece-nos que a proporcionalidade, enquanto instrumento para solução de colisões entre direitos fundamentais, não pode ser definida como um princípio, vez que a mesma não pode produzir efeitos em variadas medidas, devendo ser considerada como uma regra à medida que sua aplicação dá-se de forma constante, pois, no âmbito das restrições a direitos fundamentais, a proporcionalidade é uma “*regra de interpretação e aplicação do direito (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais*”^{291 292}. (grifei)

Tal posicionamento é assentado de maneira precisa pelo próprio Robert Alexy, vez que, na sua teoria de direitos fundamentais, para afastar a pretensão de denominar-se a proporcionalidade como um princípio-norma, o autor evidencia o enquadramento dos sub-elementos da proporcionalidade na categoria de normas-regras:

*A máxima da proporcionalidade é com freqüência denominada “princípio da proporcionalidade.” Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.*²⁹³ (grifei)

O autor germânico, inclusive, referenda esse posicionamento mais recentemente quando afirma que a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto submáxima da proporcionalidade, é um mandamento de ponderação que pode ser formulado na seguinte *regra* “Quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um

²⁹¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 24.

²⁹² O professor paulista manteve a posição em obra mais recente, pois continua entendendo que “o sopesamento é apenas um dos instrumentos abrangidos pela regra da proporcionalidade”.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. p. 161.

²⁹³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”, podendo essa regra ser denominada como a sua “lei de ponderação”²⁹⁴. (grifei)

Portanto, se se adota a teoria dos princípios de Robert Alexy, a proporcionalidade pode ser definida, no âmbito de sua perspectiva normativa, como uma regra²⁹⁵ constitucional que, derivada da instituição dos direitos fundamentais mediante normas constitucionais realizáveis na melhor medida do possível, teria a função de aferir as possibilidades fáticas e jurídicas sob as quais deve um direito fundamental prevalecer em detrimento de outro dotado da mesma natureza constitucional no caso concreto.

3.4. As proximidades das ideias de Robert Alexy e Humberto Ávila a respeito da proporcionalidade.

Verificado o posicionamento de Robert Alexy de que a proporcionalidade seria uma regra constitucional que, derivada da instituição dos direitos fundamentais mediante normas principiológicas realizáveis na melhor medida do possível, teria a função de satisfazer as possibilidades fáticas e jurídicas sob as quais deve um direito fundamental prevalecer em detrimento de outro dotado da mesma natureza constitucional no caso concreto, parece-nos que a denominação de “postulado normativo” atribuída por Humberto Ávila à proporcionalidade²⁹⁶ mais guarda proximidade do que distância com o pensamento do autor alemão²⁹⁷.

²⁹⁴ “(...) *Der dritte Teilgrundsatz enthält damit ein Abwägungsgebot. Es kann in folgende Regel gefasst werden:*

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Diese Regel kann als “Abwägungsgesetz” bezeichnet werden (Alexy 1996: 146).”

ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation. Op. cit. p. 250.*

²⁹⁵ “(...) a proporcionalidade não constitui princípio no sentido dado a esse último por teóricos do direito como Robert Alexy. Para quem adota a bipartição entre regras e princípios, a proporcionalidade apresenta muito mais natureza de regra do que de princípio”.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.*

²⁹⁶ “O dever de proporcionalidade não é uma regra jurídica”, à medida que não dispõe de conteúdo próprio para estabelecer qualquer conduta humana, pois “(...) por intermédio das condições que ele (ela, a proporcionalidade) estabelece que da interpretação de outras normas será estabelecido o que é devido,

Sim, porque apesar de todo o esforço do doutrinador brasileiro para distanciar sua “redefinição” dos princípios da teoria congênere de Alexy, parece-nos que ambas as teorias, ainda que a proporcionalidade tenha denominações distintas em cada uma delas, guardam mais pontos de contato do que divergências entre si. Vejamos.

Logo ao início de um primeiro trabalho sobre a proporcionalidade, Humberto Ávila expõe que a interpretação e aplicação da mesma no direito brasileiro tem se dado de forma equivocada, devido a algumas causas facilmente percebidas, dentre as quais se pode enumerar: (i) a simplória identificação da proporcionalidade como um princípio, sem ao menos realizar-se uma investigação e explicação sobre os conceitos de princípio; (ii) a tentativa daí decorrente de fundamentar a proporcionalidade em um ordenamento jurídico-positivo; (iii) a superficialidade na delimitação do significado da proporcionalidade, limitando-se tal análise à distinção entre princípios e regras, sem considerar a necessidade de verificação do “significado normativo autônomo” da proporcionalidade em relação a outras categorias jurídicas, tais como razoabilidade, equivalência e a proibição material de excesso²⁹⁸.

Após explicitar diversas conceituações doutrinárias de princípio, tais como as de Guastini, Esser, Wolf-Bachof e Forsthoff, Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy, de rejeitar expressamente a definição de “deveres de otimização” que Robert Alexy atribuiu aos princípios e de propor uma redefinição destes, Humberto Ávila conclui que aquilo que é denominado como um “dever de proporcionalidade”, na teoria dos princípios de Robert

permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico.”, hipótese em que “o dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas”.

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 25.

²⁹⁷ Que Luís Roberto Barroso conceda-me a licença de valer-me de expressão muito bem utilizada por ele em outro contexto para dizer que as duas teorias de Robert Alexy e de Humberto Ávila, quanto à proporcionalidade, são “diferentes, mas iguais”.

²⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 4.

Alexy, deve ser redefinido em sua teoria dos princípios para um chamado “postulado normativo específico”²⁹⁹.

Essa redefinição proposta pelo autor decorre de sua postura de discordância com o posicionamento de Robert Alexy de que os princípios podem ser caracterizados como mandamentos de otimização que, tendo seu conteúdo aplicado “na máxima medida”, devem ser implementados segundo várias escalas de concretização, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam o caso concreto, enquanto as regras imporiam uma exigência que é ou não cumprida, não se permitindo a sua concretização em diversos graus.

Após diferenciar princípios de valores, do mero estabelecimento de fins, de axiomas, de postulados e de critérios, Humberto Ávila sustenta a insuficiência de tais critérios para a distinção entre regras e princípios, vez que a questão dos princípios não se resumiria à denominação de uma dada norma como princípio, nem a uma única forma para a solução de colisões entre princípios, muito menos a conceder-se preponderância normativa a estes.

Na opinião do autor, primeiro porque se a função dos princípios é estabelecer fins a serem perseguidos sem determinação prévia dos meios escolhidos para o seu alcance, então a solução final da colisão entre princípios poderia ocorrer de diversas maneiras, ao invés de somente através do sopesamento entre os princípios envolvidos, com a aplicação da proporcionalidade, pois (i) um princípio pode levar sempre à realização integral ou parcial de um fim também estipulado em um outro princípio; (ii) a realização do fim de um princípio exclui a realização de um fim previsto em outro princípio; e (iii) a realização do fim previsto em um princípio não produz qualquer interferência em fins de outros princípios³⁰⁰.

²⁹⁹ Alexandre S. Marder também entende que a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, aderindo à tese de Humberto Ávila de que o instituto deve ser conceituado postulado normativo-aplicativo, mediante o exame da colisão normativa em três fases distintas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

MARDER, Alexandre S.. *Op. Cit.* p. 105/108.

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p.16.

Por isso, para Humberto Ávila, não há distinção na solução dos conflitos entre as espécies de norma, regras e princípios, pois ambas “(...) devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras como os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser.”^{301 302}

Assim, argumentando que o conflito entre regras também é passível de solução sem o afastamento da regra em contradição – não revogação –, através da restrição ou ampliação da regra com base na razão que fundamenta a própria regra – “*rule’s purpose*” – ou com base em razões de outras regras – “*overruling*”³⁰³, sustenta o autor a insuficiência do critério do “modo final de aplicação”.

Já a insuficiência do critério da “solução do conflito normativo” decorreria do fato de a ponderação não ser método privativo de aplicação de princípios³⁰⁴, vez que mesmo a

³⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p.17.

³⁰² Parece-nos, entretanto, que apesar de suscitar indistinção na solução de conflitos entre as referidas espécies de normas, o autor venha a ser contradizer imediatamente após, quando ele mesmo suscita que:

“A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes *cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação.*” (grifei)

Ibidem.

³⁰³ O autor fundamenta sua exposição em caso concreto do Supremo Tribunal Federal, onde houve o afastamento da regra do art. 224 do Código Penal, segundo a qual há presunção incondicional de violência no crime de estupro quando a vítima tem menos de 14 anos, segundo o autor foi em julgamento em que se precisou levar em conta relevantes circunstâncias do caso concreto não previstas na norma, dentre as quais a aquiescência da vítima e o estabelecimento de relação familiar de mais de 10 (dez) anos entre vítima e réu por casamento.

No referido caso, conforme noticia o autor, o STF entendeu não estar configurado tipo penal, e consequentemente afastou a aplicação da regra do art. 224 do Código Penal, apesar de concretizados todos os seus requisitos normativos, sem que a mesma perdesse validade no plano abstrato.

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 45/47.

³⁰⁴ “Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar; ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada – cuja análise é ora impertinente

mais precisa formulação do legislador é potencialmente imprecisa no processo de sua aplicação, levando o julgador à necessidade de perquirir os fins e as razões de aplicação da norma ao caso concreto, até porque não só os princípios possuem uma dimensão de peso, pois a atribuição de pesos – axiologicamente falando - não se aplica ao tipo de norma, mas sim aos fins e razões que fundamentam a aplicação da norma ³⁰⁵.

Por fim, para Humberto Ávila, não é possível dar-se proeminência interpretativa a uma dada norma apenas por designá-la como princípio ^{306 307}, sob pena de impedir a

– trata-se de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível de validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo.”

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 53/54.

³⁰⁵ Aqui também o autor fundamenta a insuficiência de critério por ele sustentada através da exposição de caso concreto examinado pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese de conflito normativo entre a regra contida no art. 1º da Lei 9.497/97, com presunção absoluta de constitucionalidade declarada pelo STF na ADC/MC nº 04/DF, segundo a qual se proibiria a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público para o fornecimento de medicamentos, e determinada regra contida em lei estadual que obrigaria o Poder Público a fornecer, gratuitamente, medicamentos excepcionais a pessoas que não pudessem custear as despesas com tais medicamentos.

Para o autor, em que pese as regras em epígrafe determinarem, abstratamente, comportamentos contraditórios do Poder Público, as referidas normas somente revelarão conflito normativo na sua aplicação no caso concreto, hipótese em que se poderá resolver o conflito normativo através da ponderação das finalidades das normas, sem que isto imponha a declaração de revogação abstrata de uma das normas, o que evidencia o caráter de peso também das regras.

Ibidem. p. 51/54.

³⁰⁶ Em contradição a esta argumentação, veja-se o posicionamento sob o qual se entende que os princípios, apesar de constituírem-se em fundamentos de um sistema jurídico, têm como única finalidade servir de cânones interpretativos do ordenamento jurídico vigente:

“(…) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. *Op. Cit.* p. 912/913.

³⁰⁷ Há que se ressaltar, inclusive, que Humberto Ávila sustenta, no nosso entender corretamente, que a denominação de princípios a um rol grandioso de normas, sem critérios técnicos que fundamentem tal designação, tem por finalidade permitir a valoração decisionista do ordenamento, sem critérios intersubjetivos controláveis. Neste sentido:

“(…) A pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, *ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio do decisionismo; com a*

valoração das regras, bem como de suprimir-se a eficácia de tais espécies de normas, que, tais como os princípios, possuem uma função primordial no sistema jurídico ³⁰⁸.

Assim, após todas essas argumentações, o autor chega a uma definição de princípios distinta ^{309 310} de Robert Alexy, segundo a qual estaria ele obrigado a redefinir o que se chamava de dever de proporcionalidade para um postulado normativo aplicativo, vez que a proporcionalidade não pode ser confundida com outras categorias jurídicas, dentre as quais os princípios e as regras.

Entretanto, mantendo-se a discussão quanto à correção da teoria de princípios de Humberto Ávila para outra oportunidade, parece-nos que a concepção da proporcionalidade em sua teoria guarda vários pontos de contato com a teoria da proporcionalidade em Robert Alexy.

O primeiro desses pontos de contato é que ao denominar a proporcionalidade de “postulado normativo específico” ³¹¹, Humberto Ávila afasta-se da concepção de

intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em razão de funções contrárias, lança bases para que o conservadorismo seja legitimado.” (grifei)

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 91

³⁰⁸ *Ibidem.* p. 88/91

³⁰⁹ “A definição de princípios como normas imediatamente finalísticas e mediadamente de conduta explica a sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação de comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam reconduzir ao conteúdo normativo dos princípios.”

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p.23.

³¹⁰ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.”

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 78/79.

³¹¹ Ainda que por razões diversas de Humberto Ávila, Samuel Meira Brasil Jr. também afirma que a proporcionalidade não é um princípio (*Prinzip*), mas sim um postulado (*Grundsatz*) normativo que, como um axioma-não lógico, consiste “em um conjunto de proposições não tão evidentes, mas que são aceitas sem prova” e “são destinadas a estabelecer um raciocínio axiomático sobre a aplicação de normas jurídicas” (BRASIL JR., Samuel Meira. *Op. Cit.* p. 96.).

proporcionalidade como um mero método de interpretação constitucional sem coercibilidade e imperatividade em relação ao intérprete³¹² e claramente reconhece o caráter normativo e procedimental do instituto, vez que ele faz questão de distingui-la de um simples postulado meramente hermenêutico, assentando que um postulado com características normativas em sua tese tem a finalidade de servir como método ou critério cogente ou imperativo de aplicação de outras normas jurídicas sob os quais se solucionam “antinomias contingentes; concretas e externas” entre normas³¹³.

Essa normatividade da proporcionalidade, típica da concepção do instituto em Robert Alexy, é reiterada na obra de Humberto Ávila quando ele sustenta que a proporcionalidade é uma condição normativa, instituída pelo próprio direito para sua devida aplicação, pois “sem obediência ao dever de proporcionalidade não há devida realização integral dos bens juridicamente resguardados”³¹⁴.

Aqui se evidencia, portanto, que, apesar de discordar da definição de princípios de Robert Alexy como “mandamentos de otimização” a serem realizados na melhor medida possível, Ávila fundamenta a normatividade do seu postulado da proporcionalidade no fato de que, sendo os direitos fundamentais estipulados pelas Constituições contemporâneas, cabe ao direito exercer a função de estabelecer

Máxima vênia ao autor capixaba em referência, em quem há que se reconhecer um dos mais altos padrões da magistratura e da academia espirito-santense, por um critério de coerência argumentativa parece-nos contraditório que se admita a teoria dos princípios de Alexy, como o autor o faz, mas não se adote o conceito de regra procedimental atribuído pelo autor germânico à proporcionalidade.

Essa contradição parece-nos ficar ainda mais evidente quando se percebe que o ilustre autor capixaba sustenta ser a proporcionalidade desprovida de uma caráter lógico – “postulado é um axioma não-lógico” – que é essencial à compreensão da proporcionalidade na teoria dos princípios de Robert Alexy, vez que para o autor germânico aquela é uma decorrência lógica do estabelecimento dos direitos fundamentais como princípios ou mandamentos de otimização.

Assim afirma Thomas da Rosa Bustamante, para quem “Com efeito, a qualificação dos direitos fundamentais como *princípios* implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela (Alexy, 1997-a, p. 111). Trata-se de uma *mútua implicação* no sentido lógico, de modo que uma coisa não exista sem a outra.” grifos do autor (*Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 273.)

³¹² Como já demonstramos anteriormente no Capítulo I da presente dissertação, trata-se de posição comum na doutrina e na jurisprudência brasileira.

³¹³ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 122/123 e 133/134.

³¹⁴ *Ibidem.*

“proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis”, dependendo a aplicação destes do “estabelecimento de uma medida limitada e orientada pela sua máxima realização”³¹⁵.

Ou seja, apesar de discordar da caracterização de princípios de Robert Alexy, Humberto Ávila evidencia a importância da proporcionalidade como condição normativa essencial à resolução de colisões entre direitos fundamentais da mesma forma que procede aquele autor germânico, já que para o autor brasileiro:

*A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade.*³¹⁶ (grifei)

Ora, não é exatamente com a finalidade de solucionar colisões entre duas normas de direitos fundamentais ou princípios que Alexy, tal como a citação referenciada de Ávila, sugere a aplicação da proporcionalidade como regra logicamente decorrente da instituição de tais direitos como princípios³¹⁷?

E não é interessante que Ávila concorde, em várias passagens de sua obra, com o argumento de Robert Alexy de que a proporcionalidade decorreria logicamente da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, hipótese sob a qual seria um equívoco tentar fundamentar a proporcionalidade no ordenamento jurídico-positivo³¹⁸
^{319 320} ?

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 26.

³¹⁶ *Ibidem.*

³¹⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

³¹⁸ “É exatamente do modo de solução da colisão entre princípios que se induz o dever de proporcionalidade. (...)”

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização de princípios. É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios. Isso só será possível, se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário será proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não realização de outro princípio, ele é vedado por excessivo. (...)

Além desses, outro ponto de contato entre as teorias da proporcionalidade de Alexy e Ávila aparece quando o autor brasileiro desenvolve o instituto sob uma terceira espécie de norma com a denominação “postulado normativo”, de maneira bem similar ao que faz Alexy quando este diferencia a proporcionalidade dos princípios e das regras e, algumas vezes, denomina-a sob a alcunha de “procedimento”³²¹, cabendo tanto a este quanto ao postulado normativo a função de permitir ou viabilizar a aplicabilidade das normas em conflito.

Afinal, não é justamente por reconhecer que a proporcionalidade não se confunde com os princípios (*prinzip*) que Alexy a denomina como “máxima” (*grundsatz*) ou como uma regra^{322 323} que terá por finalidade aferir procedimentalmente as possibilidades fáticas e jurídicas sob as quais se determinará o direito fundamental ou princípio prevalente na colisão entre estes?

Do exposto resulta claro que o dever de proporcionalidade é implicação do caráter principal das normas, como bem demonstrou Alexy. Isso explica em grande parte o desacerto doutrinário em querer buscar um fundamento positivo do chamado princípio da proporcionalidade no texto constitucional (dedução dos direitos ou princípios fundamentais, p.ex.) quando só a implicação lógica da estrutura principal das normas pode esclarecer.” (grifei)

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 10/13.

³¹⁹ “Inútil será buscar uma *sede materiae* escrita – normativa sim – quando o fundamento de validade do dever de proporcionalidade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito.”

Ibidem. p. 26.

³²⁰ “O dever de proporcionalidade também não resulta de texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa.”

Ibidem. p. 27.

³²¹ “Ni los principios ni las reglas regulan por si mismos su aplicacion. Ellos representan solo el costado pasivo del sistema juridico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicacion de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razon practica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema juridico de tres niveles que puede ser llamado “modelo reglas, principios y procedimiento”. ” (aspas do autor)

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 173/174.

³²² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 87/91.

³²³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 26.

Além disso, a sustentação de Humberto Ávila de que a proporcionalidade não pode ser considerada como um princípio-norma, já que não há qualquer possibilidade de sua concretização gradual, pois sua aplicação dispõe de estrutura trifásica que não depende das possibilidades fáticas e jurídicas ³²⁴, mas as afere para a resolução do conflito normativo não se assemelha à aplicação da proporcionalidade sob um processo subsuntivo típico das regras em Alexy?

Por fim, parece-nos ser outro ponto de contato entre o postulado da proporcionalidade do autor brasileiro e a regra da proporcionalidade de Robert Alexy a assunção por parte do autor brasileiro de que o instituto possui natureza formal e é estruturado em três sub-elementos - quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, já que Ávila reconhece expressamente que:

(...) o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. ³²⁵

Diante de todas essas coincidências de pensamentos, parece-nos que a “redefinição” dos princípios propugnada por Humberto Ávila não afasta, mas concorda com as ideias de Robert Alexy de que (i) o caráter normativo da proporcionalidade decorre da normatização de direitos fundamentais dialéticos pela Constituição; (ii) a proporcionalidade tem por finalidade permitir a convivência harmônica e permanente entre tais direitos fundamentais, através da solução de suas constantes colisões; (iii) a proporcionalidade não pode ser concretizada gradualmente, pois a sua aplicação dispõe de estrutura trifásica que não se submete às possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto, mas as instrumentaliza para permitir a solução da colisão normativa entre direitos fundamentais e, por fim, (iv) a proporcionalidade tem natureza formal e é

³²⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p.23/24.

³²⁵ *Ibidem.* p. 28.

estruturada em três sub-elementos, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

CAPÍTULO IV

A PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. A perspectiva procedimental da proporcionalidade.

Como já ressaltamos anteriormente, a teoria dos direitos fundamentais e dos princípios de Robert Alexy apresenta-se como uma teoria débil ou fraca de princípios, à medida que o autor não entende possível a adoção de uma única resposta correta para a solução dos chamados *hard cases*, tal como propõe Ronald Dworkin ³²⁶.

Essa única resposta correta de Dworkin é baseada em uma teoria moral material (substancial) ancorada na sua justificação por princípios e ponderações de princípios que melhor correspondam à Constituição, às regras positivadas de direito e aos precedentes judiciais, sem qualquer alusão a um procedimento de justificação da escolha desta “resposta correta”.

A ausência de um procedimento que justifique racionalmente essa escolha impõe, na teoria de Dworkin, à “invenção” de um “juiz Hércules” com capacidades sobre-humanas ³²⁷ para concretizar tal teoria dos princípios e encontrar uma única resposta correta para a solução dos casos difíceis provenientes de colisões entre direitos fundamentais.

³²⁶ Como a teoria dos princípios de Dworkin foi construída em contraposição às concepções positivistas de que o sistema jurídico é composto de regras válidas e eficazes para alcançar todo e qualquer conflito normativo, contrapõe-se o autor norte-americano à tese de Hart de que nos casos em que não houvesse regulação da situação fática pelo ordenamento positivado estaria o juiz livre para decidir discricionariamente, se preciso, única e exclusivamente com base em argumentos metajurídicos. Por isso, Dworkin propõe que um sistema jurídico seja formado por regras e princípios, cabendo a estes últimos permitir ao juiz determinar, com base no ordenamento jurídico, e não discricionariamente, uma única resposta correta para a solução de *hard cases*.

³²⁷ “Inventei (...) um jurista de sobre-humana capacidade, erudição, paciência e agudeza de espírito, a quem chamarei de Hércules.”

DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* Levando os direitos a sério. p. 105.

Para Alexy, diante da notória impossibilidade de que o juiz decida sob conjunturas ideais ³²⁸ e de estabelecer-se previamente relações de precedência entre todos os princípios existentes em um dado ordenamento jurídico ³²⁹, caberia ao juiz real, por meio de uma argumentação jurídica racionalmente controlável, buscar o máximo possível esse ideal através da adoção de uma “resposta correta” apenas como diretiva ao alcance deste ideal ³³⁰.

É assim que Alexy estabelece teorias de natureza procedimental, sob as quais será permitido aos demais intérpretes e aplicadores do direito controlarem a racionalidade do processo de tomada de decisão na busca permanente do intérprete pela “pretensão de correção” do direito a ser aplicado ³³¹.

Sustentando a necessidade de que a argumentação utilizada para as decisões jurídicas deve basear-se em padrões jurídicos já estabelecidos, eis que deve estar vinculada às leis e aos precedentes e tem de observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica ³³², Alexy propugna a necessidade de justificação interna e externa da correção das decisões jurídicas ³³³ com o objetivo de justificar racionalmente os enunciados

³²⁸ No entender do autor germânico, seriam (i) tempo ilimitado; (ii) informação ilimitada; (iii) clareza linguística e conceitual ilimitada; (iv) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de papéis e (v) total falta de preconceitos.

ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*. p. 151.

³²⁹ *Ibidem*. p. 145/146..

³³⁰ “Dworkin reconhece que com isto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única repuesta correcta. Sin embargo, ello no contituye una objeción en contra de sua existêcia. Um juez ideal, al que Dworkin llama “Hércules”, equipado com “superman skill, learning, patience and acumen”, es dicer con habilidade, sabiduría, y paciencia sobrehumanas, estaría en situación de encontra la única repuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de apromimarse a este ideal lo más posible.”

Ibidem. p. 139/140.

³³¹ *Ibidem*. p. 151.

³³² “If one wants to express this in a short formula, it can be said that legal argumentation is bound to statutes and to precedents and has to observe the system of law elaborated by legal dogmatics.”

ALEXY, Robert. *The especial case thesis*. Ratio juris n° 04. v. 12. Dez/1999. p. 375.

³³³ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Teoria da argumentação jurídica*. p. 218/225.

normativos por elas aplicáveis ³³⁴ aos demais intérpretes, de forma a conferir legitimidade e controlabilidade à decisão assim produzida.

Estabelece-se, então, que a estrutura de justificação de uma dada decisão jurídica deve dar-se por meio de regras procedimentais pelas quais se permita aferir a racionalidade da decisão tomada, eis que uma teoria dos princípios “*conduce a estructuras de argumentación racional*” ³³⁵ sob as quais se permite solucionar as colisões entre direitos fundamentais.

Reconhecendo que os direitos fundamentais nem sempre se encontram determinados pelo dispositivo constitucional que o positiva e que aqueles direitos terão natureza de princípios, à medida que deve ser buscada a sua ótima efetivação, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes na conjuntura sob a qual será tomada a decisão pelo intérprete e aplicador do direito, Alexy estabelece um conjunto de regras constitucionais sob o qual será possível determinar, racional e justificadamente, se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes permitem a prevalência de um dado direito fundamental em detrimento de outro direito dotado da mesma natureza constitucional.

Esse conjunto de regras constitucionais componentes da proporcionalidade, e decorrentes da própria estruturação dos direitos fundamentais como normas-princípios ³³⁶ dotadas de evidente relatividade, constitui-se em uma estrutura procedimental apta a conferir racionalidade intersubjetivamente controlável à decisão jurídica, segundo a qual se faz prevalecer um dado direito fundamental em uma colisão de direitos fundamentais de idêntica natureza constitucional ³³⁷.

³³⁴ LARRAÑAGA, Pablo. *Op. Cit. Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy*. p. 220.

³³⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit. Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica*. p. 147/148.

³³⁶ “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.(...)”

ALEXY, Robert. *Op. Cit. Teoria dos direitos fundamentais*. p. 116/117.

³³⁷ Veja-se que apesar de considerar a proporcionalidade sem maiores rigores técnicos, tal como é de se esperar em uma obra com a extensão de um manual, Fredie Didier Jr. reconhece que a falta de critérios racionais e intersubjetivos na aplicação do instituto pode conduzir ao abuso de sua utilização, já que “Não

Exatamente com essa finalidade de conferir racionalidade ao processo argumentativo de preponderância de um direito fundamental ou princípio é que Alexy estipula o sistema jurídico em três níveis, os níveis dos princípios, das regras e dos procedimentos, cabendo àqueles dois primeiros o lado passivo do sistema sob o qual se avalia a pretensão de correção de um enunciado normativo, e a este último, o nível dos procedimentos, o lado ativo do sistema sob o qual a argumentação jurídica deve ser realizada com racionalidade jurídica intersubjetivamente controlável, especialmente através da fundamentação das decisões judiciais^{338 339}.

Portanto, no âmbito da restringibilidade a direitos fundamentais, para se verificar se uma dada decisão pela prevalência de um direito fundamental está de acordo com a determinação constitucional que assegura prevalência político-jurídica a todos os direitos fundamentais, deve ser possível aferir a racionalidade e a fundamentação jurídica desta escolha através do procedimento que necessariamente será observado pelo intérprete para a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas que fundamentam esta escolha.

Assim é que a proporcionalidade, na teoria de Robert Alexy, apresenta-se como uma regra procedimental, através da qual não somente se solucionará a colisão entre direitos fundamentais, como também se conferirá racionalidade intersubjetivamente controlável ao difícil processo decisório das colisões entre direitos fundamentais³⁴⁰.

se deve permitir que o magistrado decida “sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si” ”.

DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 34.

³³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 271.

³³⁹ “O modelo de três níveis (regras/princípios/procedimentos) tem por base a orientação do sistema com base no conceito de razão prática, sendo que o nível da argumentação jurídica se constitui em procedimento assecuratório da racionalidade do sistema jurídico, a partir do processo de aplicação do Direito, que se pode estender desde o âmbito alargado da argumentação jurídica até o espaço mais restrito do processo de justificação judicial (...).”

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. Cit.* p. 162.

³⁴⁰ “Já vimos que para solucionar as denominadas “colisões de direitos” não basta uma alusão genérica à “técnica da ponderação”. É preciso de uma ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações, ou melhor, de uma *regra que nos diga como se deve ponderar* (Alexy,

4.2. A necessária observância da perspectiva procedimental da proporcionalidade.

Essa dupla perspectiva da proporcionalidade^{341 342 343} - “(i) uma normativa e (ii) a outra metodológica”³⁴⁴ - é reconhecida até mesmo pelos adeptos de uma concepção principiológica do instituto, conforme se verifica pela postura de Wilson Steinmetz, segundo o qual a proporcionalidade é “*norma constitucional – e, portanto, vincula os poderes públicos, sobretudo o poder judiciário, que, em última instância, concretiza o*

1997-a, p. 163). É este o terreno da denominada *máxima da proporcionalidade*, que aparece como o principal comando para otimizar princípios jurídicos.

A argumentação jusfundamental se diferencia da argumentação jurídica ordinária pelo fato de colocar a *máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais* (Alexy, 2001, p. 675). *Tal máxima aparece, aqui, como uma norma metodológica* que visa a garantir a racionalidade da denominada técnica da ponderação. Sua fundamentação, em termos dogmáticos, está na própria existência de princípios jurídicos.” (grifos do autor)

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 273.

³⁴¹ Apesar de Bernardo Gonçalves Fernandes não conferir normatividade à proporcionalidade, admite o autor a natureza de regra procedimental do instituto quando afirma que “(...)Na verdade, entendemos que a proporcionalidade é um procedimento metodológico (um método ou um caminho) de caráter instrumental para a aplicação dos princípios conforme a perspectiva de Alexy, (...)”.

Mais a frente do mesmo trabalho, o autor vai expressar o seu entendimento quanto à natureza de regra do instituto ao afirmar que “(...) apenas para deixar assente, várias críticas já foram e ainda são desenvolvidas à prática da ponderação baseada no “princípio (*em nosso entendimento regra* ou, para alguns *máxima* ou *postulado*) da proporcionalidade” (...)” (grifo nosso)

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 75 e 85.

³⁴² Apesar de entender a proporcionalidade como um mero método de interpretação constitucional - princípio, não como norma, mas sim como início de postura interpretativa -, Konrad Hesse expressa o seu entendimento sobre a natureza procedimental da qual a proporcionalidade é dotada, à medida que ela indicaria a direção e a forma sob a qual seria realizada a limitação de bens constitucionalmente protegidos, pois o “(...) que é proporcional em cada caso particular o princípio (da proporcionalidade) não diz nada; ele indica, todavia, como diretiva contida na Constituição e, por causa disso, obrigatória, a direção e ele determina o procedimento no qual a resolução constitucional somente deve ser procurada.”

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 67.

³⁴³ Na mesma linha de raciocínio, George Ress, citado por Paulo Bonavides, reconhece a natureza procedimental do instituto, à medida que a proporcionalidade “não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão”.

RESS, George. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht*. Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 426.

³⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. p. 12.

controle (exame) de proporcionalidade”, mas, ao mesmo tempo, é também “*uma estrutura (um método) racional de argumentação*”, à medida que “*concretiza um procedimento racionalmente estruturado*”³⁴⁵. (grifei)

Entretanto, essa postura de consideração da dupla perspectiva da proporcionalidade por aqueles que normalmente a consideram como um princípio constitucional implícito é uma rara exceção que inevitavelmente contribui para a aplicabilidade judicial do instituto sem apoio em critérios racionais e intersubjetivamente controláveis pelos demais aplicadores do direito, pois, como já demonstramos anteriormente, tem bastado uma simples menção à proporcionalidade para entender-se justificada a opção judicial pela prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro de igual estatura.

Ora, essa postura quanto à proporcionalidade não só desconsidera o equívoco em utilizar correntemente conceitos e argumentos de perspectivas indissociáveis, tais como a caracterização do instituto sob a teoria dos princípios de Alexy e um conceito tradicional de princípio vigente entre nós, como também impede que as partes e os terceiros juridicamente interessados possam aferir se o juiz observou os aspectos metodológicos essenciais à legitimidade e à validade da aplicação judicial da proporcionalidade.

Sim, porque a necessária observância da perspectiva procedimental da proporcionalidade também decorre de sua íntima relação com o direito processual, vez que o processo é o *modo normal de agir do Estado*, sob o qual se forma uma relação processual com independência da relação jurídica material que deve ser decidida pelo juiz³⁴⁶, evitando-se que o agente com capacidade de decidir transforme a decisão por ele tomada, e obviamente o próprio processo, em *expressão de sua personalidade*³⁴⁷.

³⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. p. 12.

³⁴⁶ “Direito processual é a ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material.”

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 90/91.

Afinal, a necessidade de formação de uma relação processual para a atuação do agente estatal investido de capacidade decisória é uma decorrência da adoção de um Estado democrático de direito em que o processo em geral procedimentaliza a atuação deste mesmo agente estatal, por um lado premindo-o a atuar com a imparcialidade e a racionalidade necessárias à tomada de decisão em prol do interesse público e não de seu próprio interesse pessoal e, por outro, permitindo que os interessados na decisão estatal – e eventualmente terceiros não inseridos na relação jurídica processual – possam interferir e influenciar na formação de uma decisão que dever ser devidamente fundamentada, tal como expressamente determinado pelo art. 93, IX da CF/88 com a redação conferida pela EC 45/04.

Parece-nos que a aplicação de um instituto jurídico como a proporcionalidade, mesmo em nossa tradição jurídica, não pode ficar submetida única e exclusivamente ao alvedrio ou capricho daquele com poder para decidir, pois a sua natureza procedimental, como elemento constituinte essencial do processo decisório inerente às reais colisões entre direitos fundamentais, impõe ao juiz a necessária observação de uma metodologia para chegar a sua decisão final ³⁴⁸, pois afinal sempre se deve observar “(...) o método de trabalho, instrumentalmente destinado a garantir a autoridade do direito material” ³⁴⁹, método esse que “não pode ser um qualquer, mas deve ser apto a cumprir suas finalidades, segundo critérios constitucionalmente aceitos para tanto, vez que é manifestação de exercício de poder pelo Estado” ³⁵⁰.

Pode-se, então, firmar um paralelo entre a importância do procedimento judicial para a validade do processo e a importância do procedimento para a legitimação da proporcionalidade no processo decisório empregado pelo juiz na solução das reais

³⁴⁸ “Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais (...). Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível (...). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade de domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).”

BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 6/7.

³⁴⁹ FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67/68.

³⁵⁰ *Ibidem*.

colisões entre direitos fundamentais, pois tanto num quanto no outro a procedimentalização tem a função de (i) impedir que o magistrado profira uma decisão única e exclusivamente baseada em seus critérios pessoais de justiça, afastando assim a possibilidade de que um agente estatal decida com base em seus próprios critérios de justiça e não com base no direito vigente ³⁵¹ e (ii) permitir a controlabilidade jurídica da decisão pelas partes envolvidas na relação jurídica processual e a controlabilidade crítica dos demais interessados, ambas com o principal escopo de evitar a personificação da decisão judicial e para permitir a incidência da *rule of law* ³⁵².

4.3. O procedimento de aplicação da proporcionalidade.

Se essa perspectiva procedimental deve necessariamente ser observada pelo intérprete, será nossa pretensão a partir de agora evidenciar como se pode realizar o procedimento de aplicação da regra da proporcionalidade na solução das colisões entre direitos fundamentais, sob a teoria do direito de Robert Alexy, de forma a conferir racionalidade jurídica intersubjetivamente controlável a tais decisões.

Para tanto dividimos o procedimento de aplicação da proporcionalidade em três fases distintas, quais sejam (i) a fase prévia que tem por finalidade aferir a real necessidade de aplicação da proporcionalidade para a solução do conflito submetido à decisão judicial; (ii) a fase de aplicação propriamente dita da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais ou princípios e (iii) a fase de concretização do sopesamento entre princípios, a qual se dá através da necessária universalização da decisão tomada por meio da proporcionalidade a outros casos idênticos.

³⁵¹ “(...) na realidade, de uma ou de outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. *O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico polo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder.*” (grifei)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* Do formalismo no processo civil. P. 74.

³⁵² “A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar, mais adiante, quando se incorporaram à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), *como decide (procedimento adequado)* e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos do poder).” (grifei)

BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 40.

4.3.1. Fase prévia.

4.3.1.1. O caráter subsidiário da proporcionalidade e a verificação da impossibilidade de superação do conflito normativo pelo próprio sistema jurídico infraconstitucional.

Antes de passar à aplicação da proporcionalidade, caberá ao intérprete e ao aplicador do direito verificar se, efetivamente, a aplicação do instituto afigura-se como imprescindível, à medida que a proporcionalidade não é necessária para a solução de conflitos normativos que possam ser solucionados por mera subsunção da situação fática à norma positivada ou por outros métodos³⁵³ e critérios³⁵⁴ tradicionais ou contemporâneos de interpretação, devendo restringir-se a sua aplicação aos “casos reais” de colisão entre direitos fundamentais ou aos *hard cases*.

Alexy admite tal necessidade quando refuta a crítica que lhe é dirigida de que a aplicação da proporcionalidade, como decorrência da estruturação dos direitos fundamentais como princípios, aumentaria “o número de casos cuja solução deve ser representada como resultado de um sopesamento entre uma razão – no âmbito do

³⁵³ São métodos tradicionais de interpretação jurídica:

- a) Literal ou gramatical: consistente na análise prévia e pormenorizada da gramática, etimologia e pontuação do texto normativo, pois onde o dispositivo legal diz “não”, não pode pretender o intérprete vislumbrar “sim”.
- b) Histórico: análise dos antecedentes históricos do dispositivo editado, tais como as discussões políticas quando de sua tramitação legislativa, as alterações ocasionadas pelo veto presidencial, as reações políticas, culturais, religiosas e econômicas decorrentes de sua edição, dentre outros.
- c) Sistemático: análise do dispositivo ou do texto normativo em que se encontra sem desconsiderar o ordenamento vigente como um todo, em vista da necessária concepção de que os preceitos normativos devem conviver “harmonicamente”, sob uma ideia de unidade do ordenamento vigente.
- d) Lógico: a análise do dispositivo deve pretender a sua compatibilidade e coerência com o ordenamento vigente, no sentido de garantir-lhe a adequada efetividade.
- e) Teleológico: neste método interpretativo busca-se a finalidade social para a qual o dispositivo legal foi editado, no sentido de concretizarem-se os valores sociais nela esculpidos.

³⁵⁴ São critérios de interpretação jurídica:

- a) Cronológico – lei posterior revoga lei anterior, se indicado expressamente no texto normativo ou naquilo que lhe for contrária;
- b) Especialidade – lei especial tem preponderância sobre a lei geral;
- c) Hierárquico – texto normativo de maior hierarquia deve ser aplicado ao caso concreto, em detrimento de texto de menor hierarquia, como exemplo clássico, a subordinação dos decretos à fiel regulamentação e execução das leis, tal como disposta no art. 84, IV, *in fine* CF/88.

suporte fático – para a proteção constitucional e uma razão – no âmbito das restrições – contrária a essa proteção”³⁵⁵.

Ressalvando que a adoção de uma teoria ampla do suporte fático ou do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não conduz a uma maior proteção definitiva dos direitos fundamentais, mas sim a uma maior proteção *prima facie* destes, Alexy refuta a crítica sustentando que uma maior incidência de casos submetidos à solução por meio de aplicação da proporcionalidade não se apresenta efetivamente, vez que a referida teoria ampla do suporte fático deve ser estabelecida sob um modelo de dois âmbitos, o dos casos potenciais e o dos casos reais de colisões entre direitos fundamentais.

Alexy sustenta que a grande maioria dos casos de conflitos entre direitos fundamentais irá prescindir de um processo complexo de definição de qual direito fundamental deva prevalecer, eis que “(...) o ordenamento jurídico assume o caráter de um sistema abrangente de soluções para colisões de direitos fundamentais” em que “a maioria das normas do sistema jurídico pertence ao âmbito dos casos meramente potenciais”, situação em que, por exemplo, o fato do crime de furto evidentemente superar os limites da liberdade de ação do indivíduo não afasta a existência *prima facie* de uma liberdade de fazer o que se deseja³⁵⁶.

Isso torna a restrição ao direito fundamental do indivíduo em ter a liberdade de fazer o que deseja, em decorrência da prevalência da proteção geral da sociedade imposta pela sanção penal ao furto, em um caso meramente potencial de colisão entre direitos fundamentais, pois aquela liberdade fundamental não precisará ser restringida por um complexo processo decisório baseado na proporcionalidade, à medida que o sistema jurídico já realizou a restrição da referida liberdade de ação através da criminalização da conduta de furtar-se algo que não lhe pertence.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 326.

³⁵⁶ *Ibidem.* p. 328.

Ao contrário dessa situação em que o ordenamento jurídico ³⁵⁷ já estabeleceu uma forma de solucionar o conflito entre direitos fundamentais por uma mera subsunção ³⁵⁸, no âmbito dos casos reais de direitos fundamentais inclui-se “tudo aquilo que é duvidoso e polêmico”, estando este âmbito, sem dúvida, “apoiado naquele primeiro, no qual se inclui a massa daquilo que é livre de dúvidas” ³⁵⁹.

De ver-se, portanto, que para o autor germânico somente os casos difíceis ou duvidosos em que será necessário um efetivo recurso ao sopesamento ou à ponderação das razões e contrarrazões para a proteção constitucional de direito fundamental representam, efetivamente, colisões entre direitos fundamentais a serem resolvidas pela aplicação jurisdicional da proporcionalidade ³⁶⁰, devendo o intérprete, nos casos meramente potenciais de direitos fundamentais que não se enquadram nestas hipóteses, passar ao largo de perquirir juízos de proporcionalidade acerca da escolha já feita pelo próprio ordenamento jurídico.

Tal caráter subsidiário da proporcionalidade ³⁶¹ aos casos eminentemente reais de colisões entre direitos fundamentais encontra substrato na orientação de que o

³⁵⁷ Tipificação do fato ilícito e antijurídico, por meio de uma regra penal, através da qual incidirá uma sanção penal ao indivíduo que produzir uma conduta típica, impondo (i) preventivamente, uma restrição à liberdade de fazer o que se deseja; (ii) repressivamente, uma restrição ao direito fundamental à liberdade de ir e vir.

³⁵⁸ “Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito.”

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O Começo da História. *Op. Cit.* p. 21.

³⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 329.

³⁶⁰ “(...) sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade. (...)” (grifei)

Ibidem. p. 328.

³⁶¹ “De fato, não raro, quando se chama o socorro do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, busca-se acudir o que se pode resolver pela singela incidência de uma norma jurídica, a partir da consideração do que se tem por definido como sendo o seu âmbito normativo. Em casos assim, o debate não deve pautar-se pelo método da proporcionalidade – com o seu coeficiente problemático no que tange à falta de mais perfeita objetividade do juízo de ponderação e à tensão que daí resulta para o princípio da separação dos poderes. O juízo de ponderação não pode ser o primeiro instrumento de resolução de casos judiciais, mas deve assumir papel subsidiário, operando quando a questão não puder ser solucionada por mero procedimento de subsunção.” (grifei)

desenvolvimento do instituto, como qualquer outra teoria jurídica avançada, não pode abrir mão das demais teorias já assentadas pela doutrina e pela jurisprudência, dentre elas a subsunção.

Aliás, tem-se de maneira recorrente sustentado que a proporcionalidade, mais especificamente o sopesamento, a ponderação ou a proporcionalidade em sentido estrito, tem sido indevidamente utilizada em casos em que ela não seria aplicável, eis que a ponderação, mesmo quando instrumento de uma suposta discricionariedade judicial, deve restar “limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer”³⁶².

Exemplo de inobservância quanto à restringibilidade da proporcionalidade aos casos em que a mesma efetivamente se faça necessária, por existência de outros métodos e critérios já estabelecidos pela tradição jurídica e aptos a resolver a demanda, é apresentado pela doutrina quando se comenta que a decisão proferida pelo STF na ADI/MC nº 1.158 teria invocado, desnecessariamente, a proporcionalidade para solver demanda idêntica a que, posteriormente, a Corte adotou o método teleológico de interpretação para, na ADI 2.579, entender que o servidor público aposentado não teria direito ao terço de férias, pois a finalidade da norma que assegura tal benefício ao trabalhador é assegurar o próprio gozo das férias, hipótese em que o “acréscimo de um terço da remuneração segue o principal, *somente* faz(endo) jus a esse acréscimo o servidor com direito ao gozo de férias remuneradas”³⁶³. (grifei)

Outro exemplo de evidente violação ao caráter subsidiário da proporcionalidade, desta feita de ordem processual, pode ser verificado na pretensão de estabelecer-se uma relação de precedência *abstracta* da efetividade da tutela jurisdicional sobre o formalismo processual, utilizando-se a proporcionalidade para afirmar ser possível uma fungibilidade total entre as tutelas antecipatórias e cautelares, não somente quando o

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 256.

³⁶² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O Começo da História. *Op. Cit.* p. 26.

³⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 257/258.

autor solicita aquela pretendendo esta, mas também quando solicita uma cautelar pretendendo uma antecipação da tutela de mérito.

Parece-nos evidente que uma pretensão como essa ³⁶⁴ ³⁶⁵ desconsidera por completo a subsidiariedade da proporcionalidade, sob a qual se exige que esta somente seja utilizada em verdadeiras colisões entre direitos fundamentais das partes envolvidas na relação processual.

Ora, se não houve o exame da situação fática sob a qual ocorre um confronto entre princípios, como identificar se efetivamente se trata de uma colisão entre direitos fundamentais que necessite do emprego da proporcionalidade para sua solução ou se se trata de uma mera antinomia que o próprio sistema jurídico positivado já resolveu, sem que seja necessário valer-se de uma regra procedimental tão complexa quanto a proporcionalidade?

Se o autor de uma demanda judicial, ao invés de inserir-se na hipótese descrita pelo art. 273, § 7º do CPC, insere-se na hipótese diametralmente oposta quanto à natureza do pedido de tutela jurisdicional sumária, realizando um pedido de antecipação de tutela, sob as vestes de uma providência de natureza cautelar, parece-nos claro que o intérprete, ao invés de aplicar a proporcionalidade nessa situação abstrata, deva considerar que a referida disposição desejou guardar coerência com a sistemática processual construída pela Lei 8.952/1994, segundo a qual a tutela antecipada não poderia ser concedida sob os mesmos requisitos de mera plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e de

³⁶⁴ Sobre essa pretensão, vide BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Op. Cit.* p. 94/96.

³⁶⁵ Em sentido muito semelhante à pretensão anteriormente suscitada, veja-se o seguinte posicionamento:

“A indagação acerca da admissão da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, nos casos mais difíceis, que se não deixam resolver pela interpretação literal do § 7º do art. 273, do CPC, envolve a restrição mútua entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do devido processo legal formal. Verifica-se, portanto, que a questão se resolve mediante a aplicação da proporcionalidade.

Dessa forma, a fungibilidade das tutelas de urgência será admitida, sempre que importar restrição adequada, necessária e proporcional à formalidade processual, que emana do devido processo legal.”
(grifei)

MOTA, Marcel Moraes. Proporcionalidade e fungibilidade das tutelas de urgência. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. p. 3012.

risco de grave lesão (*periculum in mora*) previstos para a concessão do poder geral de cautela (art. 798 do CPC).

Sim, porque a referida Lei 8.952/1994 estipulou requisitos mais rigorosos para a concessão de tutela antecipada porque esta importa no diferimento do contraditório e da ampla defesa, dois dos principais direitos fundamentais de ordem processual inscritos em nossa Constituição (art. 5º, LV CF/88), não para o mero resguardo da relação jurídica processual como na cautelar, mas sim para a produção de efeitos jurídicos materiais que serão sentidos de imediato pelas partes.

É exatamente devido a essa diferenciação entre as finalidades dos institutos da tutela antecipada de mérito e da tutela cautelar que o juiz somente poder conceder aquela quando houver requerimento expresso que cumpra os requisitos de (i) verossimilhança da alegação, (ii) prova inequívoca; (iii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (iv) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu e (v) inexistência de risco de irreversibilidade do provimento antecipatório, tal como previsto no art. 273, *caput*, I, II e § 2º do CPC.

Portanto, se houve pedido – cumprindo assim a formalidade de expresso pedido exigido pelo art. 273, *caput* do CPC, o qual desautoriza a concessão de tutela antecipada *ex officio* - e este equivocadamente requer uma medida cautelar, quando pretendia uma antecipação de tutela, mas se demonstra adequadamente todos os requisitos processuais supramencionados para a concessão da tutela antecipada de mérito, não há porque não haver a sua concessão, vez que os requisitos processuais exigidos para sua concessão foram regularmente atendidos^{366 367 368}, não havendo qualquer restrição ao formalismo

³⁶⁶ Nesse sentido, de longa data o ensinamento de Humberto Theodoro Jr. de que:

“Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, *sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito em litígio.*” (grifei)

processual exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro que imponha a aplicação da proporcionalidade em uma situação como essa.

Esses exemplos de absoluta desconsideração do caráter subsidiário da proporcionalidade, muitas vezes relacionados a uma suposta natureza principiológica do instituto ³⁶⁹, ilustram que o seu uso indiscriminado pode conduzir não só ao esvaziamento do próprio instituto, como ao esvaziamento do caráter vinculante da própria Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

Dá suporte a essa afirmação o posicionamento de Hans Huber, citado por Paulo Bonavides, de que é necessária prudência na aplicabilidade da proporcionalidade, a fim de evitar-se o vício da “expansão” (*Ausdehnung*) inaceitável de considerar-se toda a ordem jurídica como um conjunto inequívoco de princípios, pois assim o instituto transforma-se em uma “fórmula vazia” (*Leerformel*), “ao mesmo passo que afrouxa a lei, com grave dano à sua normatividade” ³⁷⁰.

Esse temor já começou a ganhar forma há algum tempo no Brasil, à medida que a afirmação de Luís Roberto Barroso de que “toda interpretação jurídica é também uma

THEODORO JR., Humberto. Tutela de emergência. p. 94. In O processo civil brasileiro no limiar do novo século. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75/95.

³⁶⁷ “O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, *se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos*. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.”

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92.

³⁶⁸ “Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, *e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida*, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu.” (grifei)

JORGE, Flavio Cheim, JUNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha, A nova reforma processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92.

³⁶⁹ Como vimos anteriormente, há autores brasileiros e estrangeiros que sustentam ser a proporcionalidade o “princípio dos princípios”.

³⁷⁰ HUBER, Hans. *Über den Grundsatz*. In. BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 430.

interpretação constitucional”³⁷¹ é compreendida como uma orientação a que o intérprete passe logo a uma “ponderação” entre os princípios constitucionais envolvidos e desconsidere as regras-normas positivadas pelo legislador, bem como as formas tradicionais de solucionar conflitos jurídicos, como a própria subsunção.

Ora, tal posição é obviamente considerada ao largo da orientação doutrinária mais recente de que as regras, em inúmeros casos, terão prioridade sobre os princípios exatamente porque foram editadas para permitir a maior concretude e eficácia dos princípios constitucionais³⁷² e da totalidade das ideias do autor carioca mencionado, vez que ele mesmo também afirma que a subsunção e as demais técnicas jurídicas de resolução de conflitos sociais não perderam integralmente sua importância, pois “a teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado”³⁷³, devendo-se guardar a aplicabilidade da proporcionalidade efetivamente para aqueles campos em que a mesma seja efetivamente necessária, quais sejam os casos reais de colisões de direitos fundamentais ou *hard cases*³⁷⁴.

Aplicar diretamente a proporcionalidade, sem justificar a necessidade dessa sua aplicação, especialmente no que tange à falta de uma solução positivada no ordenamento jurídico vigente para o conflito normativo, expõe a chamada “fragilização não-virtuosa”³⁷⁵ do sistema codificado de corte romano-germânico sob a qual surge

³⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). p. 20/21.

³⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. p. 165/234.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. p. 33.

³⁷⁴ Ao contrário dessa distinção, na doutrina estadunidense também se sustenta que não há efetiva distinção entre casos fáceis e difíceis:

“(…) a distinção entre *easy cases* e *hard cases* é um problema de compreensão, isto é, não há casos simples ou difíceis em si. Somente há, na verdade, casos que demandam uma adequada interpretação, que jamais é apenas produto de suficiências óticas do texto. Em definitivo: não há uma distinção estrutural entre casos simples e difíceis. Dito de outro modo, distinguir casos simples dos casos difíceis, significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender com o qual operamos, e que é condição de possibilidade para a interpretação. Afinal de que modo e quando podemos saber se estamos diante de um *easy case* ou de um *hard case*? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?”

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. *Heremênutica constitucional*. Trad. Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁷⁵ ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 248.

uma “elite” judicial que “cria seus próprios códigos e procedimentos, ao arrepio do direito legislado” ³⁷⁶ resultando no “mais odioso arbítrio no Estado de direito: o subjetivismo judicial” ³⁷⁷.

Por isso, deve-se evitar ao máximo o uso indiscriminado da proporcionalidade, fora do seu caráter subsidiário para a resolução de colisões reais entre direitos fundamentais, por que isto pode conduzir, no entendimento de Manfred Gentz, citado por Paulo Bonavides, “a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquela subjetiva do juiz” ³⁷⁸.

Exatamente porque a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras assim não o faz, deixando-se rotineiramente de observar os procedimentos inerentes à aplicação da regra da proporcionalidade, dentre os quais se inclui o campo de subsidiariedade do instituto, surgem questões de difícil resposta pela doutrina brasileira, como a que se fazem três dos mais renomados constitucionalistas brasileiros sobre “Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, essa espécie de vara de condão de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus?” ³⁷⁹.

4.3.1.2. O art. 257, parágrafo único do anteprojeto de novo Código de Processo Civil: uma orientação legislativa inconstitucional corrigida pelo Senado.

A par da necessidade de que o emprego da proporcionalidade limite-se ao seu papel de regra procedimental imprescindível à solução de colisões reais entre direitos fundamentais, existiu pretensão legislativa em curso no Senado para conferir ao

³⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 249.

³⁷⁷ *Ibidem.*

³⁷⁸ GENTZ, Manfred. *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen.* Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 433.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. *Op. Cit.* p. 98/99.

magistrado brasileiro uma utilização do instituto que nos parece vedada tanto normativa, quanto metodologicamente pela CF/88.

É o que se verifica pelo parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de novo CPC, recentemente apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado, no qual se pretendia assegurar ao juiz o poder de admitir no processo civil provas obtidas por meios ilícitos, através de uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos”³⁸⁰.

Ainda que a exposição de motivos do anteprojeto apresentado não fundamentasse a pretensão da Comissão de Juristas em epígrafe, há inúmeros posicionamentos doutrinários^{381 382} e jurisprudenciais^{383 384 385} que sustentam a possibilidade de

³⁸⁰ SENADO FEDERAL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

³⁸¹ “A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade (Verhältnismässikeitsmaxime)*, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.”

NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. Cit.* p. 260.

³⁸² Em sentido semelhante: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas (interceptações telefônicas e gravações clandestinas). 2.ed. São Paulo: RT, 1999. p. 161/162.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. Temas de direito processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 03/20.; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, s/d. v. IV. Tomo I. p. 78/83. PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de processo penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370/378.

³⁸³ “ (...) o inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que são ‘inadmissíveis (...) as provas obtidas por meios ilícitos’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. *Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também pede temperamentos.*” (grifei)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS nº 6.129/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel. 6ª Turma. J. 06/02/1996. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

³⁸⁴ “(...) a Constituição Federal de 1988 asseverou, através do art. 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. A regra é a da inadmissibilidade das provas ilícitas (infringência ao direito material) ou das ilegítimas (infringência ao direito processual). Entretanto havia polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da admissibilidade processual das provas ilícitas. -Inicialmente entendeu-se que, sendo relevante e pertinente a prova, havia apenas a punição do responsável pelo ato ilícito, sendo que, depois, chegou-se à conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deveria ser banida do processo, por mais relevante que fosse. *Através da teoria da proporcionalidade, aplicada na Alemanha, a inadmissibilidade das provas ilícitas seria atenuada quando se visasse corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.(...)*”

realização de juízos de proporcionalidade quanto à admissibilidade de provas ilícitas ao processo, sob o argumento de que a norma constitucional contida no art. 5º, LVI da CF/88, assim como todas as demais normas constitucionais, não pode ser tida como uma norma absoluta, devendo gozar de um mínimo de relatividade apta a flexibilizar a interpretação dos direitos fundamentais para permitir a concretização de outros direitos fundamentais também assegurados pela própria Constituição^{386 387}.

Entretanto, parece-nos que, normativamente, a pretensão da Comissão de Juristas incorria em contradição à CF/88, a qual descarta a validade de provas obtidas por meio ilícitos, tal como determina o seu art. 5º, LVI, e veda ao magistrado a realização de juízos de proporcionalidade entre supostos princípios ou direitos fundamentais em contradição para admitir tais provas ilícitas.

É que se a própria Constituição já fez com caráter vinculante uma ponderação prévia a respeito da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos ao processo, não há que se atribuir a esta norma a natureza de princípio, pois já houve a fixação de uma

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. ACR nº 2216. Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves. 4ª Turma. J. 03/07/2002. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

³⁸⁵ Em sentido muito semelhante, veja-se TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. AMS nº 200371000609073. Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciornick. 1ª Turma. J. 26/06/2007. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

³⁸⁶ “O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência da CF 5º, LVI, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas.”

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 178.

³⁸⁷ Em alusão à doutrina de processo penal antes referenciada, parece-nos que não há obstáculos à utilização de posicionamentos da doutrina processual penal a respeito da admissibilidade da prova ilícita ao processo civil, à medida que o anteprojeto de lei de Código de Processo Civil aqui examinado deixa expressa a sua pretensão de adotar, no processo civil, o regime inquisitorial de produção de provas típico do processo penal brasileiro.

Nesse sentido, de ver-se a pretensão legislativa de conferir ao juiz poderes para a produção de ofício de prova necessária à solução da lide, conforme se verifica nos artigos 258, caput e 261, caput do referido anteprojeto, onde respectivamente se lê “Caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.” e “O ônus da prova, *ressalvados os poderes do juiz*, incumbe: (...)”.

regra constitucional que, aplicável mediante mera subsunção, não permite ao juiz admitir provas obtidas por meios ilícitos ao processo; ou seja, a norma constitucional em comento não possui natureza de princípio, mas sim de regra definitiva que impede a consideração de provas ilícitas no processo, mesmo que essa ilicitude seja meramente derivada, conforme sustenta a “teoria dos frutos da árvore envenenada” acatada pela jurisprudência do STF³⁸⁸.

Parece-nos, portanto, que se tratando de uma regra constitucional aplicada mediante subsunção, não poderá o magistrado realizar um sopesamento em oposição à referida norma constitucional, porque verdadeira e efetivamente não haverá efetivamente uma contradição entre direitos fundamentais na hipótese, não sendo correto falar-se em admissibilidade de provas ilícitas ao processo sob o fundamento da incidência da proporcionalidade nas condições do caso concreto, vez que esta somente se apresenta como necessária quando há, efetivamente, a necessidade de solucionar uma real colisão entre direitos fundamentais inscritos na Constituição como normas abertas e principiológicas.

³⁸⁸ “(...) A *QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA* (“*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*”): A *QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO*. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.(...)” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 93.050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 10/06/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 26/01/2011.

Metodologicamente, o obstáculo à pretensão da Comissão de Juristas de autorizar o magistrado a adotar postura contrária à regra constitucional insculpida no art. 5º, LVI da CF/88, decorre do simples fato de que não é preciso recorrer-se ao complexo processo decisório decorrente da proporcionalidade para permitir a admissibilidade de prova em benefício da defesa ou *pro reo*, vez que o sistema jurídico já dispõe de instrumentos aptos a solucionar este conflito meramente potencial de direitos fundamentais. Vejamos.

No atual estágio do direito constitucional brasileiro, não há maiores dúvidas, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, de que seria vedada a admissão ao processo de uma gravação clandestina produzida de forma sub-reptícia, com violação à intimidade e à privacidade dos interlocutores que não autorizaram a gravação; disto decorreria, conseqüentemente, a exclusão da referida prova dos autos judiciais, sob pena de nulidade da decisão judicial que a mantém nos autos e a considera para firmar um juízo de valor quanto à procedência do pedido autoral.

A se considerar uma possível positivação da regra proposta pela Comissão de Juristas no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de novo CPC por ela apresentado, seria possível argumentar-se genericamente que a admissão das gravações produzidas sem autorização dos interlocutores em benefício do réu (*pro reo*) poderia decorrer de juízos de proporcionalidade feitos com base na “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos” em contradição à incidência excepcional da proporcionalidade para a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais antagônicos^{389 390 391}.

³⁸⁹ AIETA, Vânia Siciliano. A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 191.

³⁹⁰ Em contraponto a esta fragilização da regra constitucional que inadmite provas ilícitas no processo, boa parte da doutrina brasileira sustenta o enorme perigo deste posicionamento de admitir-se a “relativização” da norma constitucional inscrita no art. 5º, LVI da CF/88, pois a flexibilização da referida norma constitucional não só contraria a sua natureza de regra constitucional, como é inconveniente se considerarmos o nosso ainda recente histórico de violação estatal de direitos fundamentais, pois:

“Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.”

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. In BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2.ed. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Sob tal argumentação de aplicação da proporcionalidade para admitir esse tipo de prova ilícita no processo, como pretendia a Comissão de Juristas no anteprojeto de CPC, caberia ao juiz realizar uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos” para dar primazia ao direito fundamental da parte de produzir a prova do seu direito, com base no art. 5º, LV da CF/88, em detrimento dos direitos fundamentais de privacidade da pessoa humana e da inadmissibilidade de provas ilícitas, respectivamente inscritos nos incisos X e LVI no mesmo art. 5º.

Argumenta-se que diante desse suposto conflito normativo entre o inciso LV, de um lado, e dos incisos X e LVI, todos do art. 5º da CF/88, deveria o juiz realizar uma “ponderação” destes “princípios e direitos fundamentais envolvidos” e, aplicando a proporcionalidade, dar primazia à admissão da prova em benefício do réu ainda que a mesma tenha sido produzida por meios ilícitos ³⁹².

³⁹¹ Em sentido semelhante:

“Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. *Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.*” (grifei)

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988, p. 249/266. In MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 Anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

³⁹² Inúmeros podem ser os casos que, supostamente, comportariam uma colisão entre os direitos fundamentais de ampla defesa, privacidade da pessoa humana e inadmissibilidade de prova produzida por meios ilícitos no processo civil.

Nessa linha, imagine-se, por exemplo, os casos em que se pretendesse (i) a utilização pelo réu de uma gravação clandestina, produzida sem o conhecimento dos interlocutores, na qual o mesmo prova ter sido vítima de uma extorsão pelos autores da ação e, conseqüentemente, se pretendesse afastar a sua responsabilização cível por danos morais decorrentes da violação à privacidade dos referidos autores da ação; (ii) em uma ação de destituição de poder familiar ajuizada pela mãe, a admissão de uma gravação clandestina de vídeo que, produzida pela autora, demonstrasse que ela e a criança foram submetidas a maus-tratos pelo pai, réu da ação; (iii) a admissão da gravação clandestina de ligação telefônica em que os sequestradores exigissem dinheiro em troca da vida e da integridade física do sequestrado para fundamentar a responsabilização cível dos criminosos.

Em contradição a essa pretensão de generalizar-se – e até mesmo banalizar-se – a aplicação de juízos de proporcionalidade como pretendia a orientação contida no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de CPC, é preciso ressaltar que a hipótese não se trata de uma efetiva colisão entre direitos fundamentais, mas sim de um caso meramente potencial de conflitos entre direitos fundamentais que pode ser resolvido pelo próprio sistema jurídico positivado vigente, sem o recurso a um complexo processo decisório baseado em juízos de proporcionalidade.

É que o sistema jurídico infraconstitucional já solucionou previamente esse “caso potencial” de direitos fundamentais quando o art. 23 do Código Penal fixou excludente de antijuridicidade que afasta a ilicitude de gravação clandestina realizada sob o ânimo de legítima defesa, de exercício regular de direito, de estado de necessidade ou de estrito cumprimento do dever legal.

Se a parte beneficiária da gravação clandestina a produziu por ser vítima da conduta ilícita perpetrada pelo agente da conduta criminosa ali documentada, aqui incidiriam as excludentes de antijudicidade da legítima defesa e do exercício regular de direito, tal como inscritas no art. 23 do Código Penal, pois a ninguém é vedado - pelo contrário, assegura-se - o direito de repelir a agressão atual a direito próprio ou de outrem, mediante reação imediata e equivalente à conduta agressiva a quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, tais como vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranquilidade de domicílio, poder familiar, segredo epistolar, dentre outros³⁹³.

Em todos esses exemplos, poderia haver uma alegação de inadmissibilidade da prova pretendida pela vítima, sob o argumento de que a mesma teria sido produzida por meio ilícito, devendo-se perquirir, se para refutar tal alegação, tornar-se-ia necessário recorrer aos juízos de proporcionalidade, tal como pretendia a orientação contida no anteprojeto de CPC.

³⁹³ “RHC –PENAL – PROCESSUAL PENAL – JÚRI – LEGÍTIMA DEFESA DO PATRIMÔNIO – QUESTIONÁRIO.

A legítima defesa real, excludente de ilicitude, deve ser indagada ao conselho de Sentença, isto é, se houve atual (ou iminente) agressão a direito do réu, ou de terceiro, com resposta moderada, através dos meios necessários. Dispensável, porém, consignar a espécie de direito defendido. Este pormenor é elemento circunstancial, não se coloca entre os essenciais. Fundamental é o direito, pouco importando ser pessoa, honra, patrimônio. Desnecessário, pois, quesito explícito, interrogando se patrimonial o direito defendido.” (grifei)

Portanto, se considerada a exclusão de antijuridicidade existente no ordenamento positivado para permitir a adoção da conduta de repelir uma agressão ao seu direito próprio ou de outrem, não haveria ilicitude nos meios sob os quais fosse realizada uma gravação clandestina da conduta de agressão ao direito da vítima, não reconhecendo o sistema jurídico vigente como antijurídica tal conduta de documentar-se o referido fato típico.

Se não há ilicitude em tal conduta da vítima, parte da relação processual, quando o juiz admite a gravação clandestina como prova do direito material por ela suscitado, não há qualquer violação à regra da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos prevista no art. 5º, LVI da CF/88, não havendo, portanto, necessidade de que a análise da referida admissão da prova produzida nessas circunstâncias deva dar-se com base em uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos”, porque como dito anteriormente deve-se respeitar o caráter subsidiário da proporcionalidade, sob a qual o instituto só deve ser utilizado para a solução de casos efetivamente reais de colisões entre direitos fundamentais, já que, como qualquer outra teoria jurídica, não se pode abrir mão das demais teorias já assentadas pela doutrina e pela jurisprudência de nossa tradição jurídica.

Assim tem se posicionado a jurisprudência do STF a respeito do tema, vez que a Corte não tem aplicado a proporcionalidade para solucionar casos em que os meios para a produção da prova, apesar de penalmente típicos, encontram-se sob a incidência de excludentes de antijuridicidade determinadas pela legislação infraconstitucional^{394 395}.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC nº 2367/DF. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª Turma. J. 04/05/1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

³⁹⁴ “HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR.

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatário ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 75.883/RJ. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. J. 11/03/1998. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

³⁹⁵ No mesmo sentido: “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. *Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa*

Reconhece, portanto, o STF que, diante da ausência de ilicitude daquelas provas em decorrência de excludente de antijuridicidade prevista no ordenamento jurídico positivado, não há efetivamente qualquer colisão entre os direitos fundamentais - privacidade da pessoa humana e inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos ao processo - que justifique a utilização do complexo processo decisório baseado na proporcionalidade.

Por todos esses motivos, pareceu-nos equivocada a orientação de permitir-se por norma infraconstitucional que o magistrado, no âmbito de relações processuais cíveis, pudesse relativizar a regra constitucional fixada no art. 5º, LVI da CF/88.

Até porque, além de todos os motivos mencionados para a recusa dessa pretensão legislativa, há que se considerar a absoluta desnecessidade de positivação de autorização à realização de juízos de proporcionalidade à medida que esta decorre logicamente da constitucionalização de direitos fundamentais por normas estruturalmente abertas e principiológicas em nossa Constituição vigente.

Em boa hora tem-se a notícia de que a orientação da Comissão de Juristas inscrita no parágrafo único do anteprojeto de CPC apresentado ao Senado foi suprimida durante o processo legislativo naquela Casa, através do acolhimento de emenda supressiva apresentada pela Senadora Níura Demarchi ao PLS 166/2010, sob o argumento de que a orientação então contida no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de CPC era inconstitucional por admitir provas ilícitas no processo civil.

Felizmente, a referida pretensão legislativa não mais consta do projeto de lei substitutivo de CPC (Emenda nº 221-CTRCP) ³⁹⁶ de autoria do Relator-Geral da

de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15/08/97 e HC 75.261, sessão de 24/06/1997, ambos da Primeira Turma.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 212.081/RO. Rel. Min. Octávio Gallotti. 1ª Turma. J. 05/12/1997. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

³⁹⁶ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

matéria, Senador Valter Pereira, tal como recentemente aprovado pelo Senado em 15/12/2010³⁹⁷.

4.3.1.3. A identificação dos direitos fundamentais em colisão, da situação fática e da conjuntura sociológica sob a qual ocorre a colisão: impossibilidade de utilização da proporcionalidade em abstrato.

A proporcionalidade, como decorrência da normatização constitucional dos direitos fundamentais por princípios, tem por finalidade otimizar a efetivação destes de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas reinantes na conjuntura sob a qual a colisão entre tais direitos ocorre; torna-se essencial, portanto, que o intérprete e aplicador do instituto exponha justificadamente “que princípios, valores e interesses estão sendo cotejados”, vez que “é indispensável a explicitação clara dos bens em jogo, os benefícios e os sacrifícios envolvidos no problema, como requisito para que não se produzam distorções”³⁹⁸.

Isso porque, conforme ressaltado anteriormente, a proporcionalidade somente será utilizável quando efetivamente houver uma questão complexa sobre a medida que restringe um dado direito fundamental, seja para preservar diretamente um outro direito fundamental ou para preservar interesses públicos deste decorrentes, hipótese em que “exatamente para compreender adequadamente as colisões complexas, porém, é necessário identificar claramente os elementos fundamentais dos quais elas são compostas”³⁹⁹.

Portanto, tratando-se de aferir racional e justificadamente as condições sob as quais uma medida apresenta-se como adequada, necessária e estritamente proporcional para restringir um direito fundamental, mostra-se essencial à pretensão de correção da

³⁹⁷ Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249&p_sort=ASC&p_sort2=A&cmd=sort Acesso em 26/01/2010.

³⁹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p.207.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. Colisão entre direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. p. 69. Trad. Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.67/79.

referida decisão jurídica a exposição dos princípios em colisão, vez que “se um dispositivo – relevante para o caso – for ignorado pelo intérprete, os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação”⁴⁰⁰.

Além dos direitos fundamentais propriamente ditos, como as sub-regras da proporcionalidade denominadas “adequação” e “necessidade” têm por finalidade aferir as possibilidades metajurídicas existentes nos casos em que se apresenta a colisão entre tais direitos, será necessário ao intérprete expor justificadamente as condições fáticas e as conjunturas político-sociais, culturais e econômicas sob as quais se apresenta o caso a ser resolvido pelo juiz.

Ressalte-se, entretanto, que essa posição quanto à necessidade de exposição expressa tanto das condições fáticas quanto das conjunturas político-sociais, culturais e econômicas sob as quais se apresenta o caso a ser resolvido pelo juiz não corresponde a uma orientação de que seria possível o emprego da proporcionalidade no exame em abstrato da constitucionalidade ou não de determinada medida de restrição a um direito fundamental - controle abstrato de normas - pela jurisdição estritamente constitucional⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 93.

⁴⁰¹ Assim se posicionou enfaticamente o ex-Ministro Eros Grau quando acompanhou o voto do relator em julgamento do STF sobre a inconstitucionalidade em abstrato de determinado ato normativo, em que fez questão de ressaltar que não o fazia com base nos argumentos do relator, vez que este utilizara indevidamente a proporcionalidade na referida análise em abstrato.

No voto do então Ministro Eros Grau consta que:

“Não existe constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo o princípio da proporcionalidade. Esse é um ponto, no meu modo de ver, fundamental.

Afirmo e reafirmo que julgamos a constitucionalidade, não a proporcionalidade das leis. Tenho insistido nisso. Eu me recuso a tomar a proporcionalidade como critério de apreciação de qualquer causa que não envolva especificamente a aplicação, a um caso concreto, de determinadas consequências jurídicas. Não no controle abstrato.

Faço registrar essa observação – para todo o sempre. No futuro, quando alguém vier a escrever sobre o Tribunal, saberá que jamais concordei em participar do controle da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. Acompanho o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1800/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J.11/06/2007. Inteiro teor. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 09/02/2011.

Primeiro, porque uma orientação como essa desconsideraria que os controles concreto e abstrato de constitucionalidade são espécies muito distintas de controle de constitucionalidade ⁴⁰².

Segundo, porque se, após a inexorável globalização que marca as sociedades atuais, as relações existentes numa dada sociedade são marcadas pela inevitável ligação com os fatores políticos, econômicos e culturais que a cercam ⁴⁰³, isso não quer dizer - ao menos não na técnica processual - que se possa confundir a situação fática sob a qual ocorre um conflito normativo com a conjuntura sociológica sob a qual o mesmo ocorre.

Questões como políticas sociais, desenvolvimento econômico e social, governabilidade, participação política e cidadania, movimentos e lutas sociais, ambiente, emprego e qualificações profissionais, desigualdades sociais, ciência e educação, incerteza e risco sociais, população, urbanização e movimentos migratórios, etnicidade, sexualidade e

⁴⁰² Já havíamos firmado esse posicionamento anteriormente, quando sustentamos que o controle abstrato de constitucionalidade é aquela espécie de controle jurisdicional onde o objeto da impugnação recai sobre o próprio ato em abstrato. Ou seja, o controle de constitucionalidade da norma em si ou da “lei em tese” é o objeto do processo submetido ao órgão judicial encarregado de exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade, como acontece, essencialmente, nas ações diretas de controle inscritas na Constituição.

Já no controle concreto de constitucionalidade o objeto de controle jurisdicional recai sobre a apreciação da questão de constitucionalidade no bojo de um caso concreto submetido à jurisdição constitucional, sendo o objeto de impugnação não o ato normativo propriamente dito, mas o ato concreto que dele decorre. Vejamos um exemplo interessante para que se possa entender adequadamente a diferença entre o controle abstrato e o concreto de constitucionalidade.

Imagine-se a edição de lei que crie ou majore tributo que inobserve o princípio da capacidade contributiva, ou seja ato normativo eivado de inconstitucionalidade material. No caso da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, por um dos legitimados no art. 103 da CF/88, discutir-se-á, como objeto do processo judicial em questão, a própria “lei em tese”. Ou seja, discutirá o STF se a lei em epígrafe viola ou não as determinações constitucionais. Trata-se, portanto, da hipótese de controle abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, se o contribuinte prejudicado pela exação inconstitucional impetra mandado de segurança para garantir seu direito líquido e certo de não pagar o tributo editado pela lei em epígrafe, vez que a mesma detém vício de inconstitucionalidade, o objeto do controle será o ato concreto inconstitucional da Fazenda Pública de impor exação tributária fundamentada em ato normativo contrário à Constituição.

Ou seja, no controle concreto, à jurisdição constitucional, em regra realizada pelos juízes e Tribunais ordinários, caberá a declaração de nulidade do ato concreto - a imposição tributária e não o ato normativo propriamente dito - no dispositivo da sentença, pois, afinal de contas, o controle pressupõe a possibilidade de desfazer-se o que é controlado através da anulação judicial e a única coisa que o juiz pode anular, nessa espécie de controle, é o ato concreto e não o ato normativo que o fundamenta. (MORAIS, Dalton Santos. Controle de Constitucionalidade: Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: *JusPodium*, 2010. p. 82.)

⁴⁰³ NERY, Maria Clara Ramos. Sociologia contemporânea. Curitiba: IESDE Brasil S/A, 2007.

afeitos, consumo nas modernas economias, práticas culturais, modelos familiares, identidades sociais, novas pandemias ou ainda os fenômenos ligados à exclusão social são inerentes aos conflitos normativos contemporâneos, mas não se pode ter a pretensão de que caiba ao Poder Judiciário solucionar tais questões, pois como Poder inerte está o Judiciário adstrito ao conflito normativo que lhe foi submetido.

Tais questões, então, se apresentam como uma conjuntura sociológica de fundo que, relacionada com o caso concreto, deve ser considerada pelo juiz durante o seu processo decisório, mas não podem ser por ele decididas como o deverá ser a situação fática e específica enfrentada pelo julgador.

Por fim e mais importante é que a proporcionalidade não pode ser utilizada, pelo menos aos adeptos da teoria alexeniana⁴⁰⁴, em casos meramente abstratos, pelo simples fato de que a proporcionalidade é uma regra procedimental com a finalidade de estabelecer a precedência de um ou outro direito fundamental no âmbito de uma colisão concreta entre tais direitos, através da chamada “lei da ponderação”⁴⁰⁵.

Como fruto da ponderação e da “lei de colisão” será fixada uma relação concreta de precedência *prima facie* entre princípios; relação esta que não poderia dar-se em abstrato eis que, enquanto direitos normatizados por uma mesma Constituição, os referidos princípios “abstratamente estão no mesmo nível”⁴⁰⁶.

Portanto, trata-se de um equívoco suscitar a teoria de Robert Alexy justamente para fixar uma relação *abstracta* de precedência entre princípios, sem proceder ao exame das situações fáticas sob as quais aquela suposta colisão entre princípios ocorre, pois essa possibilidade é expressamente rejeitada pelo autor germânico, pois para ele uma

⁴⁰⁴ Apesar de adotar a teoria dos princípios de Robert Alexy, Samuel Meira Brasil Jr. entende que não há restrições ao emprego da proporcionalidade em casos de colisão entre normas em abstrato, vez que para ele seria “possível aplicar a proporcionalidade em problemas abstratos”, pois “a consideração de circunstâncias delimita o contexto, permitindo uma ponderação *in abstracto* da situação, mesmo quando não exista a situação concreta”.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Op. Cit.* p. 102.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 94/99 e 163/176.

⁴⁰⁶ *Ibidem.* p. 95.

“relação de tensão” entre princípios não pode ser solucionada da mesma forma como se faz no conflito entre regras - plano da validade da norma -, já que entre princípios não há uma “precedência absoluta” à medida que nenhum deles ‘goza, “*por si só*, de prioridade”⁴⁰⁷. (grifo do autor)

Assim, pelo menos sob a teoria do direito de Alexy, não se pode pretender aplicar a proporcionalidade para solucionar, por exemplo, uma suposta colisão em abstrato entre um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o formalismo processual para definir-se, em abstrato, que aquele deve preponderar sobre este para permitir-se a fungibilidade entre as tutelas sumárias cautelares e antecipatórias no processo civil brasileiro.

Afinal, a proporcionalidade, como será visto mais adiante, tem por uma de suas finalidades justamente aferir as possibilidades fáticas – sub-regras da adequação e da necessidade - sob as quais se admite a fixação de uma relação de precedência concreta de um princípio sobre outro⁴⁰⁸, inclusive com a obrigação teórica de extensão da mesma regra de precedência a outros casos fáticos idênticos ou extremamente similares.

4.3.1.4. A certificação da existência de real colisão entre direitos fundamentais.

Ultrapassada essa fase preliminar, se o intérprete considerar que a proporcionalidade decorre da estruturação dos direitos fundamentais por normas constitucionais abertas e principiológicas e justamente por isso tem a finalidade de permitir a solução de colisões entre direitos fundamentais sob uma realidade jurídica em que tais direitos encontram-se em permanente colisão, devido a sua dialeticidade, a sua natureza constitucional e àquela estruturação sob normas-princípios, torna-se necessário admitir que, em raras situações de extrema excepcionalidade, não será possível a sua aplicação naquelas situações onde já houver sido feita uma escolha pela própria Constituição quanto à

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 95.

⁴⁰⁸ “(...) os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas (...)”

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 88.

preponderância de um dado direito fundamental ou quanto aos critérios sob os quais será admissível a sua restrição.

Mesmo sendo imprescindível admitir a relatividade dos direitos fundamentais para evitar a ruptura de um sistema constitucional que sustenta a sua preponderância axiológica e normativa, há que se admitir que em certos casos a finalidade da proporcionalidade encontra-se previamente frustrada à medida que ou sequer existe uma colisão entre direitos fundamentais ou já existem balizamentos impostos pela própria Constituição à aplicação da proporcionalidade, não sendo possível ao intérprete desconsiderar tais escolhas, vez que as mesmas decorrem de uma ponderação prévia feita pelo próprio legislador constituinte originário que vincula constitucionalmente o aplicador do direito.

Imaginemos, por exemplo, uma situação hipotética em que agente policial captura um dos integrantes de um grupo de sequestradores que mantém várias pessoas, dentre elas mulheres e crianças, como reféns em iminente risco de vida. Seria possível ao intérprete jurídico brasileiro pretender verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da conduta do agente policial em interrogar o sequestrador capturado sob tortura física e psicológica a fim de obter o paradeiro das vítimas e, conseqüentemente, preservar a valiosa integridade física e até mesmo a vida dos reféns em risco?

Parece-nos inadmissível ao intérprete pretender verificar a proporcionalidade desse ato estatal de restrição ao direito fundamental à integridade física e psicológica do preso, mesmo que ele seja suspeito do sequestro antes imaginado, pois o próprio legislador constituinte originário já fez uma escolha prévia acerca da preponderância - ou melhor, da inatingibilidade - desse direito fundamental em qualquer pretensão de sua restrição, à medida que o art. 5º, XLIII da CF/88 já estipulou a extrema antijuridicidade de tal conduta ao considerar a “prática da tortura” crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

É assim que, estipulando-se como outros exemplos de prévia definição de antijuridicidade constitucional a pena de morte e a de prisão perpétua, sustenta-se que há “situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma

pretensão ou faceta particular do direito, *mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constitucional fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia de fazer*”⁴⁰⁹ (grifei).

Mesmo autores que inadmitem a inexistência de um fundamento absoluto aos direitos fundamentais, reconhecem que há certos direitos do homem que não podem ser postos à prova da restrição estatal, vez que:

Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (*é o caso, por exemplo, de não ser escravizado e de não sofrer tortura*). *Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas são bem poucos: em outras palavras são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção.*⁴¹⁰ (grifei)

Parece-nos, portanto, ser necessário reconhecer que nos casos em que a Constituição já fez uma prévia escolha sobre a preponderância de um dado direito fundamental, colocando-o a salvo de escolhas posteriores por qualquer agente estatal ou social, não será possível um juízo de proporcionalidade eis que verdadeiramente não há uma colisão entre direitos fundamentais a ser solucionada pelo intérprete.

Acreditamos serem exemplos de impossibilidade normativa de aplicação da proporcionalidade, vez que inadmissível a restrição de direitos em tais hipóteses, as situações que envolvam (i) o direito fundamental à incolumidade física e psicológica do homem (proibições de tortura e de penas de morte e cruéis, respectivamente inscritas no art. 5º, XLIII e XLVII da CF/88); (ii) o direito de submeter-se à jurisdição brasileira ao

⁴⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 51.

⁴¹⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 39/40.

nacional brasileiro nato (proibição de extradição do brasileiro nato prevista no art. 5º, LI da CF/88) ⁴¹¹; (iii) o direito do brasileiro de não ser escravizado como decorrência da notória abolição de tal instituto do sistema jurídico brasileiro, da ampla proteção ao trabalhador disposta no art. 7º da CF/88 e da ratificação das Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho ⁴¹² no âmbito do art. 5º, § 2º da CF/88.

Além dessas, outras hipóteses de inaplicabilidade parcial da proporcionalidade existem quando a Constituição, ao invés de fixar a impossibilidade de restrição de um direito fundamental, já estipula previamente os critérios sob os quais se admite a restrição a um dado direito fundamental, o que, em decorrência da vinculação constitucional, obriga a que o intérprete jurídico considere tal escolha prévia feita pelo próprio legislador constituinte originário.

Tanto assim o é que, como resultado de uma ponderação prévia já realizada pelo legislador constituinte originário, pode a Constituição fixar uma regra restritiva de um dado direito fundamental que, devido a esta sua natureza, não poderá ser sopesada pelo intérprete, tal como acontece quando a CF/88 dispôs, em seu art. 5º, XVI, que é direito fundamental a reunião em locais abertos e independentemente de autorização, *desde que pacificamente, sem armas e não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.*

⁴¹¹ “(...) IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE EXTRADITAR-SE BRASILEIRO NATO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL BRASILEIRA A FATOS DELITUOSOS SUPOSTAMENTE COMETIDOS, NO EXTERIOR, POR BRASILEIROS - CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA E DE CARÁTER JURISPRUDENCIAL. - O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, *em cláusula que não comporta exceção*, impede, *em caráter absoluto*, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do "jus soli", seja pelo critério do "jus sanguinis", de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, *sem exceção*, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, "a"). (...)” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC-QO nº 81.113. rel. Min. Celso de Mello. J. 26/06/2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

⁴¹² BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Quadro das Convenções da OIT (Ratificadas pelo Brasil). Junho/2009. Atualizado. Disponível em <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp>. Acesso em 27/05/2010.

Fixa, portanto, a própria Constituição, uma regra de restrição a um dado direito fundamental que, devido a sua natureza não principiológica e diretamente constitucional, vincula os aplicadores do direito, não lhes sendo possível perquirir a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito de tal restrição nos casos em que elas se apresentam fáctica e juridicamente.

Nesse sentido posiciona-se Robert Alexy quando, ao fazer o exame de norma similar ⁴¹³ da LFB, entende que a condição de reunir-se “pacificamente e desarmados” importa em uma restrição definitiva ao referido direito fundamental, com natureza de regra:

A cláusula “pacificamente e sem armas” pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos prima facie decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem, nesse sentido, a natureza de regra. ⁴¹⁴ (grifei)

Mais a frente, o autor prossegue o raciocínio, reafirmando que tais regras constitucionais previamente fixadas pelo legislador constituinte para restringir direitos fundamentais apresentam-se em outros dispositivos da LFB e devem ser consideradas como restrições definitivas não suscetíveis de sopesamento posterior:

Os problemas suscitados pelo carácter restritivo da cláusula “pacificamente e sem armas” fundam-se essencialmente no fato de que essa cláusula é uma parte de um enunciado que garante o direito fundamental. Problemas semelhantes suscitam cláusulas como “todos os alemães” (por exemplo: art. 8º, §1º), “armado” (art. 4º, §3º, I) e “fontes acessíveis a todos” (art. 5º, §1º, 1). Com base no que foi dito, essas cláusulas devem ser consideradas como expressão de restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidas diretamente pela Constituição. ⁴¹⁵ (grifei)

⁴¹³ Art. 8º, §1º: “Todos os alemães terão o direito de se reunir, pacificamente e desarmados, sem necessidade de notificação ou permissão prévias.”

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 287.

⁴¹⁵ *Ibidem.* p. 288.

Tratando-se, portanto, de uma restrição definitiva fixada por uma regra constitucional, como resultado de um sopesamento prévio realizado pelo próprio legislador constituinte originário, será esta aplicável mediante subsunção, não sendo, portanto, possível submetê-las a um juízo de verificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita das condições fáticas e jurídicas, eis que não dotadas da natureza de princípios, em que efetivamente a aplicação da proporcionalidade seria cabível.

A doutrina brasileira não desconhece essa situação, reforçando a ideia de impeditivo normativo à aplicação da proporcionalidade quando o próprio legislador constituinte originário já realizou um sopesamento prévio em relação a que critérios um direito fundamental pode ou não ser sopesado impedindo “tanto o legislador como o juiz/aplicador de construir novas limitações a partir de ponderações que a Constituição não cogitou”⁴¹⁶.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco exemplo disso decorreria do art. 5º, LVI da CF/88, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, não se podendo realizar um juízo de proporcionalidade entre um suposto interesse público decorrente da busca da verdade real para a adequada decisão de uma demanda com o direito fundamental da parte em não ver sujeita à análise judicial prova que lhe é contrária e foi obtida, por exemplo, com violação do seu domicílio.

Como a própria Constituição já fez uma ponderação prévia a respeito dessa situação, ela estabeleceu uma regra constitucional que será aplicável mediante mera subsunção, não deixando espaços, portanto, para que o legislador ou o juiz possa realizar um posterior sopesamento a respeito da referida restrição constitucional.

Não há efetivamente, portanto, uma colisão entre direitos fundamentais, eis que “o juízo de proporcionalidade está, aí, vedado ao juiz, porque a garantia da inviolabilidade foi elevada à condição de regra resultante de juízo de proporcionalidade realizado pelo próprio constituinte”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p.264.

⁴¹⁷ *Ibidem.* p.267.

Essa impossibilidade de utilização da proporcionalidade, em decorrência de uma vedação decorrente da própria Constituição, também se apresentaria no art. 5º, XII da CF/88, eis que o referido dispositivo constitucional fixou uma regra que condiciona a possibilidade de restrição ao direito fundamental de sigilo das comunicações telefônicas apenas para os fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante autorização judicial, pois:

Isso (a ruptura desse direito fundamental fora das hipóteses fixadas pela própria Constituição) não será admissível nem mesmo sob o pretexto de se efetuar uma ponderação entre valores constitucionais conflitantes em uma dada situação – *justamente porque o constituinte, ao prever a reserva legal qualificada, já indicou que valor deve ser sopesado contra a liberdade de comunicação telefônica e em que circunstâncias se justifica a interferência. Com isso, afastou a possibilidade de ulteriores ponderações judiciais.*⁴¹⁸ (grifei)

De ver-se, portanto, que somente após verificável a efetiva existência de colisão entre direitos fundamentais torna-se possível ao intérprete perquirir a aplicabilidade de um juízo de proporcionalidade acerca da restrição a tais direitos, pois a proporcionalidade é uma regra procedimental com âmbito de aplicação subsidiária e restrita à solução normativa das “reais colisões” entre tais direitos.

4.3.2. Fase de aplicação propriamente dita da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais ou princípios.

4.3.2.1. As sub-regras procedimentais da proporcionalidade.

Conforme já expusemos anteriormente, a proporcionalidade é composta por três sub-regras denominadas como (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, não sendo esta sub-divisão do instituto um posicionamento exclusivo de Robert Alexy, pois outros autores alemães tais como Eberhard Grabitz⁴¹⁹ e Konrad

⁴¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 265.

⁴¹⁹ GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.* Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 404.

Hesse ⁴²⁰, entendem que a proporcionalidade utilizada pelo TCF compõem-se desses três elementos parciais.

À medida que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência do TCF - de onde o instituto é originário - utilizam as três referidas sub-regras para finalidades distintas, especialmente cabendo à adequação e à necessidade a aferição das possibilidades fáticas e à proporcionalidade em sentido estrito a efetiva ponderação ou sopesamento das possibilidades jurídicas sob as quais um dado direito fundamental irá prevalecer sobre outro de mesma envergadura constitucional ⁴²¹, torna-se imprescindível proceder à análise específica de cada uma das três sub-regras.

a) Adequação.

Ressaltando-se o caráter empírico da presente sub-regra, vez que a mesma tem por finalidade aferir as condições fáticas sob as quais se pretende restringir ou otimizar um dado direito fundamental em relação a outro de mesma estatura, normalmente a doutrina brasileira identifica a “adequação” como o elemento da proporcionalidade que permitirá verificar se uma medida de restrição a um direito fundamental é adequada quando “o meio escolhido está apto para *alcançar* o resultado pretendido” ^{422 423}. (grifei)

⁴²⁰ Para esse autor, a “coordenação *proporcional* de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais” por meio de uma limitação de direitos fundamentais deve ser “*adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada”; “*necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria” e, “finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.”

HESSE, Konrad. *Op. Cit.* Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha. p. 256/257.

⁴²¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 118.

⁴²² ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. p. 25.

⁴²³ Parece-nos que Humberto Ávila parece ter modificado seu pensamento a respeito da finalidade da sub-regra da adequação, pois, em obra posterior, diante da pergunta de se a autoridade responsável por uma medida de restrição a um direito fundamental tem o dever de escolher o meio mais intenso, melhor ou mais seguro para atingir o fim ou se têm o dever de escolher um meio que simplesmente *promova* o fim, responde que certamente deve se optar pela segunda posição, pois:

“Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio apenas porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor, nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que *promova*, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. *Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente,*

Em posições muito similares na doutrina brasileira, sustenta-se que a adequação “exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a *atingir* os objetivos pretendidos”⁴²⁴ ou que “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o *alcance* da finalidade perseguida”⁴²⁵. (grifei)

Portanto, de ver-se que a doutrina brasileira, em grande medida, trata a adequação como o elemento da proporcionalidade através do qual se verificará se a medida estatal ou privada que restringe um dado direito fundamental seria apta a *alcançar* ou a *atingir* a finalidade de proteger-se o direito fundamental que fundamenta a referida restrição.

Entretanto, não se pode pretender a aferição do alcance da finalidade da medida restritiva por meio da adequação, mas sim a viabilidade de que a medida restritiva ao menos possa *fomentar* aquela referida finalidade.

É que não seria uma medida adequada de restrição de um dado direito fundamental apenas aquela apta a *alcançar* ou a *atingir* o resultado pretendido pela restrição, mas também aquela que seria apta a *fomentar* a proteção do direito fundamental que deve prevalecer na colisão deste com outro direito fundamental ou interesse público restringido, vez que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”⁴²⁶.

Sustenta Virgílio Afonso da Silva que aquele equívoco decorre de uma imprecisão na tradução de decisão do TCF que aplicou a sub-regra da adequação, em que o verbo

afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem.” (grifei)

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 166 e 171.

⁴²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 4.

⁴²⁵ STEINMETZ, Wilson. *Op. Cit.* Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. p. 40.

⁴²⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 37.

alemão *fördern* foi traduzido para “*alcançar*”, quando deveria tê-lo sido para “*fomentar*”⁴²⁷, não se podendo considerar como correta a tradução da referida decisão para dizer que a Corte teria entendido que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser *alcançado* (...)”⁴²⁸. (grifo no original)

Já se reconheceu a discrepância desse posicionamento com a abordagem da sub-regra da adequação feita pelo TCF quando se ressalva que a Corte alemã já dispôs por meio da referida sub-regra que, ao invés de perquirir o alcance da finalidade pretendida, seria possível verificar “se o resultado pretendido pode ser *estimulado* (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*)”⁴²⁹. (grifei)

Corroborando o posicionamento de que a análise da adequação de uma medida restritiva de direito fundamental deve limitar-se à verificação de sua capacidade para *fomentar*, *ajudar* ou *estimular* o alcance da finalidade da restrição, e não este alcance propriamente dito, sustenta-se na doutrina estrangeira que “toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para *contribuir* para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo”⁴³⁰. (grifei)

Tal posicionamento é correto na ótica da proporcionalidade fundamentada a partir dos direitos fundamentais⁴³¹, pois nela a adequação não pode ser atrelada a uma ideia de “ponto máximo” no alcance da finalidade da medida restritiva, eis que a referida sub-

⁴²⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 36.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 332.

⁴³⁰ PULIDO, Bernal. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 172.

⁴³¹ Restringindo a sua análise a esta fundamentação, que para ele é a mais adequada a sua teoria de princípios, Alexy admite a existência de outras perspectivas para a fundamentação da proporcionalidade, tais como as “que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça”, ressaltando que as mesmas não são afastadas pela perspectiva da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais, mas são por ela influenciadas.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 120.

regra da proporcionalidade “tem, na verdade, a natureza de um critério negativo”⁴³² em que lhe cabe, no prisma de uma limitação constitucional do juiz constitucional à sua função típica, não indicar qual seria o meio ou medida mais ou menos adequada para o alcance da finalidade da medida restritiva, mas sim considerar desconforme à Constituição as medidas que não se revelam adequadas por não *contribuírem* para o alcance daquela finalidade de proteção ao direito fundamental sobre o qual se calça a restrição.

Essa natureza negativa da adequação é demonstrada por Alexy com base em caso enfrentado pelo TCF, no qual, por violação à sub-regra da adequação, declarou-se a nulidade de multa aplicada contra cabeleireiro que utilizava, sem permissão das autoridades administrativas competentes, uma máquina de venda de cigarros em seu estabelecimento comercial⁴³³.

A lei de comércio varejista examinada pelo TCF, com base na qual a multa foi aplicada ao cabeleireiro, exigia que o administrado demonstrasse expertise por meio de curso profissionalizante como comerciante, de prática de muitos anos em um estabelecimento comercial ou de exame especial no qual seriam testados seus conhecimentos empresariais genéricos⁴³⁴.

Segundo Alexy, nesse caso por ele examinado, o TCF teria declarado a inconstitucionalidade da exigência de prova de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria, por violação à liberdade profissional assegurada pelo art. 12, § 1º da LFB, vez que a medida restritiva contida na “exigência de uma prova de competência comercial no caso de exploração de uma máquina automática para vender cigarros não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos a sua saúde ou contra prejuízos econômicos”⁴³⁵.

⁴³² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 590.

⁴³³ *Ibidem.* p. 588/589.

⁴³⁴ *Ibidem.* p. 589.

⁴³⁵ Finaliza o autor que “Por essa razão, essa exigência seria proibida pela máxima da adequação e violaria o direito fundamental à liberdade profissional.”

Ibidem. p. 589.

De fato, analisando-se o acórdão ⁴³⁶ suscitado por Alexy, podemos verificar que o TCF alemão não só evidencia a natureza negativa da sub-regra da adequação, como também ressalva a análise da adequação sob a perspectiva de fomento ou de estímulo ao alcance da finalidade da restrição e não a este alcance propriamente dito.

No caso examinado por Alexy, o TCF identifica a colisão entre direitos fundamentais, suscitando que “a proteção do consumidor, como cliente, está em posição oposta à do comerciante varejista, em face do perigo de dano à saúde, ou também à economia”, hipótese em que estes poderiam ser vislumbrados como interesses coletivos que justificariam a restrição da liberdade profissional do comerciante ⁴³⁷.

Entendeu, entretanto, a Corte que o meio escolhido – “prova de conhecimentos gerais empresariais” – para fundamentar a restrição seria inadequado, vez que riscos à saúde do consumidor e à economia podem decorrer do comerciante varejista que “adquire mercadorias de má qualidade, armazena inadequadamente as mercadorias ou informa o cliente (sobre o uso e consumo da mercadoria vendida) de maneira inapropriada”, mas a exigência legal de uma prova de conhecimentos gerais empresariais *não seria um meio adequado para contribuir para a eliminação ou ao menos para a diminuição de tal risco*, como aconteceria, por exemplo, com a exigência de uma “prova de conhecimento técnico das mercadorias em seu ramo específico”, exigência esta que a lei não fazia ⁴³⁸.

Paulo Gustavo Gonet Branco referenda esse posicionamento quando reconhece que a análise da adequação de uma medida restringidora de direito fundamental pelo TCF limita-se à verificação de sua capacidade para *fomentar, ajudar* ou *estimular* o alcance da proteção ao direito fundamental prevalente, pois se limita aquela Corte a considerar como adequada a “medida (que) possa *ajudar* o resultado pretendido”, quer porque ela “acelera a ocorrência do objetivo perseguido, quer porque o torna mais provável,

⁴³⁶ BVerfGE 19, 330.

⁴³⁷ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. (Org. e introdução: Leonardo Martins; Trad. Beatriz Henning *et al.*) Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 635/636.

⁴³⁸ *Ibidem*. p.636.

aproximando de modo mais seguro o seu acontecimento”⁴³⁹ ou porque ela permite que “pelo menos alguns aspectos do fim perseguido sejam alcançados”⁴⁴⁰. (grifo no original)

b) Necessidade.

Como segunda sub-regra da proporcionalidade, competirá à necessidade aferir se a finalidade da medida restritiva de um dado direito fundamental não pode ser fomentada, ajudada ou estimulada por uma outra medida com menor grau de intensidade na restrição do direito fundamental⁴⁴¹.

Nesse sentido, ensina Paulo Gustavo Gonet Branco que “se há mais de um meio igualmente adequado para se acudir à finalidade que o princípio busca, deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio que sofrerá a intervenção”⁴⁴².

Busca-se aferir, portanto, dentre as medidas adequadas para *contribuir, fomentar* ou *ajudar* ao alcance da finalidade de uma medida restritiva de um direito fundamental, se a medida escolhida é justificável por restringir com menor intensidade este direito fundamental⁴⁴³, pois a necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”⁴⁴⁴.

⁴³⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 173.

⁴⁴⁰ *Ibidem.*

⁴⁴¹ Segundo os comentários de Xavier Philippe e Maunz/Derig, todos citados por Paulo Bonavides, “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses dos cidadãos”, podendo a necessidade ser chamada de máxima da “escolha mais suave”.

BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 397.

⁴⁴² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 174.

⁴⁴³ Daí porque se diz, em boa medida, “(...) que enquanto a adequação exige um exame *absoluto* do ato, a necessidade demanda um exame *comparativo* dos atos.” (grifo do autor)

FERNANDES, Bernardo Fernandes. *Op. Cit.* p. 82.

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 590.

Sem afastar a possibilidade de maior complexidade nos casos em que exista mais de dois sujeitos e mais de dois direitos fundamentais em colisão ⁴⁴⁵, Alexy ensina que a necessidade pode ser aferida nos casos em que existam dois direitos fundamentais em colisão detidos por sujeitos distintos (Estado/indivíduo) da seguinte forma: se para atingir a finalidade de um direito fundamental normatizado por um princípio P1, existem duas medidas adequadas M1 e M2 que afetam a outro direito fundamental normatizado por um princípio P2, deverá ser escolhida a medida que afeta menos intensamente esse direito fundamental restringido ⁴⁴⁶.

Portanto, se ambas as medidas M1 e M2 são satisfatórias para *fomentar, contribuir* ou *auxiliar* ao alcance da medida que pretende a prevalência de P1 e a medida M2 afeta menos intensamente o direito fundamental normatizado por um princípio P2 em colisão com aquele, em vista da exigência de otimização decorrente da natureza de princípio da norma definidora de direito fundamental ⁴⁴⁷, *dever-se-á preterir a medida M1 que atinge de maneira mais gravosa o direito fundamental restringido* ⁴⁴⁸.

Alexy irá exemplificar seus argumentos, através de decisão proferida pelo TCF, onde esteve sob exame da Corte a colisão entre direitos fundamentais decorrentes da liberdade profissional (P1) e da proteção ao consumidor (P2), este último com pretensão de prevalência em vista de uma Portaria (M1) do então Ministério para a Juventude, Família e Saúde que proibia a circulação e a comercialização de produtos alimentícios não genuínos de chocolate, objetivando a proteção do consumidor contra compras

⁴⁴⁵ O autor germânico afirma que, nesses casos, ocorrem outros problemas que merecem a atenção do intérprete ou aplicador dos direitos, dentre os quais ressalva a “extensão da discricionariedade para fazer prognósticos que deve ser conferida ao legislador e à Administração no âmbito da necessidade e, com isso, também na definição de medidas alternativas”.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 118.

⁴⁴⁶ *Ibidem.* p. 119.

⁴⁴⁷ Alexy ressalta que é exatamente dessa função de otimização das normas de direitos fundamentais instituídas por normas-princípio que decorre a sub-regra da necessidade definida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”.

Ibidem. p. 119.

⁴⁴⁸ *Ibidem.*

equivocadas de produtos que, apesar de julgarem ser de chocolate, seriam fabricados com flocos de arroz ⁴⁴⁹.

Apesar de considerar a medida M1 adequada para o fomento da finalidade da medida estatal encartada em P2, entendeu a Corte que a mesma poderia ser da mesma forma *fomentada* por uma medida menos gravosa a P1, tal como uma medida (M2) de simples identificação nos rótulos dos produtos alimentícios fabricados com flocos de arroz, informando ao consumidor de que os mesmos não eram genuinamente de chocolate, fomentando-se, assim, com menor restrição a liberdade profissional (P1), o alcance da proteção ao consumidor (P2) pretendida por aquela outra medida M1.

Na fundamentação da decisão, após ressaltar que “no exame da questão sobre se as limitações contidas em uma regulamentação do exercício profissional são proporcionais, deve-se levar em consideração a liberdade de conformação, que cabe ao legislador” e após identificar os direitos fundamentais em colisão no caso examinado, expôs o TCF que a medida M1 proibitiva da circulação e da comercialização dos produtos, afetando gravemente o direito de liberdade profissional P1, não seria necessária, pois, normalmente, a medida M2 de caracterização no rótulo dos produtos alimentícios para informar ao consumidor que não eram produtos genuínos de chocolate fomentaria a finalidade de proteção ao consumidor P2 de maneira bem menos gravosa do que aquela medida reclamada na Corte.

É o que se pode depreender de trecho da fundamentação do BVerfGE 53,135:

A tarefa dos dispositivos do direito de gêneros alimentícios é evitar, no interesse dos consumidores, uma confusão de gêneros alimentícios e proteger os consumidores contra perigos à sua saúde.(...) Essa proteção é sem dúvida um motivo racional do bem comum que pode justificar limitações do exercício profissional. Para o alcance desse propósito não só a ordem de caracterização [no rótulo do produto] é adequada, como também o é a proibição de circulação. A proibição de circulação, no entanto, é um dos meios mais incisivos que se podem vislumbrar para proteger os consumidores contra confusões e fraudes. Normalmente, um tal perigo pode ser combatido de modo tão eficaz, mas menos incisivo, por meio de uma ordem de caracterização [no rótulo do produto].(...) Em um caso do presente tipo não há motivo que

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 590.

justifique uma limitação que vá além da eliminação do risco de confusão. Assim, devem bastar aquelas medidas que são necessárias no interesse da proteção do consumidor, perseguida de maneira permitida.

*A fim de se atingir esse propósito basta, normalmente, uma ordem de caracterização [no rótulo do produto]. (...).*⁴⁵⁰ (grifei)

Assim, para Alexy, também no âmbito da sub-regra da necessidade, o dever de otimização dos princípios definidores dos direitos fundamentais em colisão obriga o intérprete e o aplicador da proporcionalidade a verificar, dentre as medidas adequadas a fomentar, a contribuir ou a ajudar ao alcance da finalidade da restrição a um direito fundamental, qual medida será necessária por intervir com menor gravidade sobre o direito fundamental restringido, pois “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição (de direito fundamental)”⁴⁵¹.

De ver-se, portanto, que apesar da adequação e da necessidade serem ambas sub-regras empíricas da proporcionalidade, afigura-se a clara distinção entre uma e outra, à medida que a adequação é uma sub-regra de natureza absoluta, enquanto a necessidade requer, essencialmente, a comparação entre a medida escolhida para a restrição de um dado direito fundamental e as demais medidas que, adequadas por *fomentar, contribuir ou auxiliar* o alcance da finalidade objetivada por aquela medida, possam alcançar esse intuito com a menor restrição possível ao direito fundamental preterido na colisão⁴⁵².

Ressalte-se, entretanto, que, devido à natureza empírica e negativa da sub-regra da necessidade, mesmo havendo uma essencial característica de cotejo entre medidas adequadas, não é possível ao intérprete e ao aplicador da proporcionalidade impor uma medida que julgue mais eficiente para a realização da finalidade pretendida pela

⁴⁵⁰ SCHWABE, Jürgen. *Op. Cit.* p. 648/649.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 591.

⁴⁵² “Suponha-se que, para promover o objetivo *O*, o Estado adote a medida *M1*, que limita o direito fundamental *D*. Se houver uma medida *M2*, que tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada pelo Estado não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.” (grifei)

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 38.

restrição do direito fundamental, mas sim a rejeição de medidas mais gravosas quando seja possível inferir das possibilidades fáticas de otimização dos direitos fundamentais em colisão a existência de uma medida que, menos interventiva ao direito fundamental restringido, ajude de igual maneira a fomentar, a contribuir ou a auxiliar o alcance da finalidade pretendida pela medida restritiva.

Isso porque objetivando “a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”⁴⁵³, a sub-regra da necessidade “não impõe a forma como um princípio será satisfeito, apenas rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos”^{454 455}.

c) Proporcionalidade em sentido estrito.

Após a verificação empírica de que a medida escolhida para a restrição de um dado direito fundamental visando à preponderância de outro direito fundamental é adequada e necessária, a otimização inerente à normatização dos direitos fundamentais por normas-princípios⁴⁵⁶ conduz a que o intérprete e aplicador da proporcionalidade sopesem ou pondere, no âmbito das possibilidades jurídicas, os princípios em colisão, a fim de verificar qual deve prevalecer na hipótese sob seu exame.

A proporcionalidade em sentido estrito decorre, portanto, do inexorável sopesamento de direitos fundamentais restringíveis em colisão, vez que estes, apesar de disporem sobre

⁴⁵³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 591.

⁴⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 175.

⁴⁵⁵ Em posição semelhante a de Robert Alexy, Ulrich Zimmerli, citado por Paulo Bonavides, entende que sob a necessidade deve o intérprete limitar-se a verificar se a medida excede os “limites indispensáveis ao fim legítimo que se almeja”.

ZIMMERLI, Ulrich. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.* Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 397.

⁴⁵⁶ “Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117/118.

valores e interesses dialéticos entre si, são instituídos para, salvo raríssimas exceções, não serem absolutos ou ilimitados, pois, do contrário, sequer seria possível a sua harmonização na realidade sócio-política contemporânea.

Daí porque a proporcionalidade em sentido estrito é também denominada como sopesamento ou ponderação ⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸: sob tal sub-regra da proporcionalidade há que se realizar uma comparação qualitativa entre os princípios (direitos fundamentais) em colisão, a fim de definir qual deverá prevalecer na solução do problema sob exame do intérprete.

Nos casos em que, no exame das sub-regras da adequação e da necessidade, não houve um juízo de reprovação da medida restritiva do direito fundamental sob o plano das condições fáticas, dever-se-á ser realizar “o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito

⁴⁵⁷ “(...) Quando dois princípios válidos colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas do outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Está determinado, então, a ponderação. *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação.*” (grifei)

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 177.

⁴⁵⁸ Considerando-se que a doutrina e a jurisprudência brasileira, tal como o fazem com a própria proporcionalidade, trabalham com conceitos diversos de ponderação como se fossem a mesma coisa, aqui é importante ressaltar que o conceito de sopesamento ou ponderação a ser doravante analisado é o de Robert Alexy.

Ainda que os demais conceitos de sopesamento ou ponderação sequer sejam objeto de exame em nosso trabalho, vale a pena esclarecê-los com a versão deles apresentada por Ana Paula de Barcellos, ressaltando que a autora carioca estipulou ela mesma um novo conceito de ponderação.

Segundo a referida autora, além do conceito alexeniano de ponderação, compreende-se a ponderação sob as seguintes formas:

- (i) sem maiores rigores dogmáticos, como um “modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a natureza de princípios”, em que a ponderação se constituiria numa espécie de “técnica genérica de solução de aparentes tensões normativas” (p. 26);
- (ii) em um sentido mais amplo, como “elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”, confundindo-se a ponderação com “a atividade jurídica de interpretação como um todo” (p.27);
- (iii) como uma forma de aplicação dos princípios colidentes (p. 25);
- (iv) após exaustivamente rejeitar os conceitos anteriores, mas reconhecer que o conceito por ela proposto e o “daquele que visualiza a ponderação como forma de aplicação dos princípios certamente produzirá amplas áreas de superposição”, define a autora a ponderação como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas normas hermenêuticas tradicionais” (p. 35).

BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. p. 23/38.

fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁴⁵⁹.

Na mesma linha do que ocorre com as demais sub-regras da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito decorre da natureza principiológica das normas definidoras de direitos fundamentais, sob as quais, em havendo a colisão entre estes, a otimização de um dos princípios colidentes obriga à relativização do direito fundamental preterido no plano das possibilidades jurídicas para tanto:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.*⁴⁶⁰ (grifei)

Sopesamento esse demonstrado pelo autor germânico mediante a utilização de dois *leading cases* do TCF: os casos relativos à impossibilidade de participação em audiência de acusado portador de cardiopatia grave sujeito a ser acometido de morte súbita pelo estresse do ato processual e a decisão do caso *Lebach*⁴⁶¹.

Segundo Alexy, no primeiro caso, o TCF observou que naquela situação fática haveria “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir a aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado”⁴⁶².

Para o autor, há distinções apenas terminológicas, mas, em essência, a teoria e o procedimento aplicado na hipótese pelo TCF enquadram-se na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, sob a qual a Corte, reconhecendo *status*

⁴⁵⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 40.

⁴⁶⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

⁴⁶¹ *Ibidem.* p. 94.

⁴⁶² *Ibidem.* p. 94/95.

equivalentes a ambos os interesses ⁴⁶³, identifica a necessidade de realizar um sopesamento entre os interesses em tensão a fim de identificar aquele que deverá prevalecer na hipótese fática em virtude de seu maior peso ⁴⁶⁴.

Elucida o autor que assim deve ser, pois, diante de uma colisão entre princípios, a necessidade de restrição das possibilidades jurídicas de um deles em detrimento do outro, em decorrência da sua natureza de mandamento de otimização, e a impossibilidade de resolver-se a tensão entre os princípios por meio da declaração de invalidade jurídica de um deles ou por meio de uma cláusula de exceção ⁴⁶⁵, torna-se necessário o “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” ⁴⁶⁶.

Simbolizando o princípio do direito à vida e à integridade física como P1 e o princípio da persecução penal como P2, entende Alexy que seria possível estabelecer uma relação de precedência **P** entre os referidos princípios, sob determinadas condições fáticas simbolizadas como C, havendo nessa hipótese duas relações condicionadas de precedência (P1 **P** P2) C ou (P2 **P** P1) C ⁴⁶⁷, sob as quais se deve decidir qual deverá prevalecer na hipótese da colisão entre os interesses fundamentais apresentada ao TCF.

⁴⁶³ Diferentemente do que ocorreria hoje, na época, a pretensão estatal era obrigar que o acusado, naquelas condições de risco à sua integridade física e até mesmo a sua vida, participasse de audiência criminal, visando à efetivação da persecução penal.

Esse cuidado identifica-se como essencial, a fim de afastar eventuais críticas de que a medida judicial de impor a participação na audiência sequer seria necessária, pois existentes meios menos gravosos para permitir o exercício da ampla defesa ao acusado, como a representação por seus advogados no referido ato ou, ainda, a participação do acusado na audiência penal por videoconferência a partir de uma clínica ou hospital em que o mesmo estaria sob cuidados médicos durante o ato processual. Esse contexto de evolução jurídica e tecnológica não é o da época do julgamento em epígrafe, qual seja a década de 1970.

BVerfGE 51, 324 (*Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*). Disponível em <<http://servat.unibe.ch/law/dfr/bv051324.html>> Acesso em: 07/06/2010.)

⁴⁶⁴ Caracterizada estaria, então, a natureza principiológica dos institutos denominados pela Corte no acórdão (BVerfGE 51,324) como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse” em decorrência da necessidade de que o conflito entre eles fosse resolvido “por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes”.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 95.

⁴⁶⁵ Porque essa, na teoria do direito de Robert Alexy, já exposta anteriormente, seria a forma de resolução de conflitos entre regras.

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 96.

⁴⁶⁷ No caso sob exame, tanto o autor, como o TCF excluem, de antemão, a possibilidade de

Alexy ressalta que a Corte alemã resolveu a colisão em epígrafe mediante a atribuição de “pesos” aos interesses colidentes, pois, segundo o autor, no entender daquela Corte o importante era verificar se os “interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir”, eis que tais interesses encontravam proteção no art. 2º, §2º, 1 da LFB ⁴⁶⁸.

Da solução encontrada pelo TCF de que a relação condicionada de precedência que deveria prevalecer na hipótese sob seu julgamento deveria ser (P1 **P** P2) C, vez que “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §2º, 1 da Constituição”, Alexy identifica que a Corte, mais do que fixar a precedência de um ou outro princípio, estipulou “*condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental*” ⁴⁶⁹. (grifo do autor)

Para Alexy, a aplicabilidade da proporcionalidade em sentido estrito também poderá ser verificada pelo procedimento sob o qual o TCF proferiu sua decisão no chamado caso *Lebach*, no qual foi submetida ao exame da Corte uma reclamação constitucional em que se requereu medida liminar para impedir a exibição de um programa televisivo, sob a forma de um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”.

estabelecimento de relações de precedência incondicionada, sob o argumento de que “nenhum desses interesses (o princípio do direito à preservação da vida e da integridade física e o princípios da persecução penal) goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”. (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 97.)

Obviamente, a argumentação empreendida pelo autor deve ser empreendida com *granus salis*, devendo compreender-se que o seu objetivo é afastar a pretensão de realizar-se um sopesamento ou ponderação sem a consideração da hipótese fática ou das conjunturas sócio-política e econômicas sob as quais se apresenta a colisão entre direitos fundamentais, vez que, conforme visto anteriormente, o próprio Alexy, fiel a sua vinculação à Constituição, admite que certas cláusulas constitucionais devem ser consideradas como “*expressão de restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidas diretamente pela Constituição*”. ⁴⁶⁷ (*Ibidem.* p. 288.)

⁴⁶⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 97.

⁴⁶⁹ *Ibidem.* p. 98.

No referido documentário, romancear-se-ia a história de um crime em que quatro soldados de um depósito de munições do exército alemão, próximo à cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam para permitir o roubo de armas daquele arsenal militar⁴⁷⁰.

Argumentou-se na reclamação constitucional que a veiculação do programa, com a apresentação do nome verdadeiro e de fotos reais de um co-autor condenado pelos homicídios prestes a deixar a prisão, implicaria na violação dos direitos fundamentais à privacidade e à ressocialização do reclamante dispostos nos artigos 1º, §2º e 2º, §1º da Constituição alemã.

No que tange à solução da colisão entre princípios, informa Alexy que o TCF, primeiramente, identificou a colisão entre direitos fundamentais inscritos na LFB na forma de uma “situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, §1º, combinado com o art. 1º, §1º da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, §1º, 2º”⁴⁷¹.

De fato, após evidenciar a importância de uma imprensa livre para uma sociedade que se pretenda democrática, o TCF identificou uma colisão no caso em questão entre os direitos fundamentais inscritos nos dispositivos constitucionais mencionados por Alexy – *P1* para a proteção à personalidade do indivíduo e a à ressocialização do preso e *P2* para a liberdade de informação -, à medida que nenhum de ambos os direitos ou interesses dos mesmos decorrentes podem pretender-se absolutos na conformação constitucional instituída pela LFB, devendo haver a identificação de qual direito fundamental deverá prevalecer na hipótese sob julgamento da Corte⁴⁷² por meio de uma ponderação⁴⁷³ entre os direitos fundamentais em colisão.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 100.

⁴⁷¹ *Ibidem.* p. 100.

⁴⁷² “A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, dever ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso

Assim é que, segundo Alexy, após fixar uma precedência da liberdade de informar (P2), nos casos em que houvesse a necessidade de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C1)⁴⁷⁴, passa o TCF à efetivação da aplicação da 3ª sub-regra da proporcionalidade argumentando que “no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C2), a proteção da personalidade (PI) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia”⁴⁷⁵.

c.1) Um aperfeiçoamento da proporcionalidade em sentido estrito: a fórmula da ponderação de Robert Alexy.

A fim de afastar as críticas feitas por Habermas e Böckenförde de que sua teoria dos princípios implicaria – respectivamente, de acordo com cada crítico – na perda de imperatividade dos direitos fundamentais, à medida que estes ficariam à mercê de “juízos irracionais” em decorrência da falta de parâmetros objetivos para a realização da ponderação (“Insuficiência”) e em uma super-expansão da incidência dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico decidindo-se assim por um “Estado judiciário” (“Demasia”)⁴⁷⁶, Alexy irá demonstrar que a regra da proporcionalidade em

particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.”

SCHWABE, Jürgen. *Op. Cit.* p. 492/493.

⁴⁷³ Alexy ressalva que é consenso na doutrina alemã de que o TCF poderia ter resolvido o caso em questão na 2ª sub-regra da proporcionalidade, a necessidade, vez que a emissora responsável pelo programa poderia atingir os mesmos objetivos pretendidos – dentre outros, “o esclarecimento da população sobre a eficácia das sanções penais” e um “efeito intimidador sobre outros possíveis criminosos” – com a exibição do programa, sem a identificação nominal e das fotos do reclamante.

Ressalvou, contudo, o autor que a Corte adentrou ao exame da 3ª sub-regra da proporcionalidade porque firmou o posicionamento de que mesmo havendo a supressão do nome verdadeiro e das fotos do reclamante haveria, ainda assim, uma grave violação ao seu direito fundamental à personalidade não justificada pelos objetivos pretendidos pela emissora do programa.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 101.

⁴⁷⁴ Nesse caso, a relação condicionada de precedência seria firmada como (P2 P PI) C1.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 101/102.

⁴⁷⁶ *Ibidem.* p. 575/578.

sentido estrito não só é dotada de parâmetros objetivos aptos a conferir racionalidade intersubjetivamente controlável à ponderação, como também não invade o campo conferido pela própria Constituição ao legislador na tarefa de decidir a respeito da concretização de direitos fundamentais.

Alexy propõe, então, uma procedimentalização da proporcionalidade justamente com a finalidade de afastar as críticas de que o referido instituto, enquanto decorrência lógica do estabelecimento de direitos fundamentais ⁴⁷⁷ como princípios necessária à solução das reais colisões entre tais espécies de direitos, resumir-se-ia a um mero e odioso decisionismo judicial ⁴⁷⁸.

O autor demonstra que, sob uma teoria adequada dos direitos fundamentais, a proporcionalidade em sentido estrito expressa a significação da otimização dos direitos fundamentais enquanto princípios naturalmente colidentes e identifica-se com uma “lei da ponderação”, segundo a qual “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” ⁴⁷⁹.

Segundo essa “lei da ponderação”, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto “campo da ponderação” ⁴⁸⁰, será realizada através de um procedimento que comportará três fases: (i) a avaliação do grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios ou direitos fundamentais em colisão; (ii) a avaliação da importância da

⁴⁷⁷ Ensina-se que o TCF, em decisão datada de 1960, reconhece que a proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.* p. 161.

⁴⁷⁸ Sob esse contexto, segundo Thomas de Rosa Bustamante, a teoria dos direitos fundamentais e dos princípios do autor germânico “evita compreender a ponderação jurídica como um simples *modelo puro de decisão*, buscando, ao contrário, construir um *modelo de fundamentação* de enunciados de preferência entre princípios jurídicos, de acordo com o qual uma ponderação só pode ser considerada *correta* se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 258.) (grifo do autor)

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 593.

⁴⁸⁰ ALEXY, Robert. A fórmula peso. p. 132. *In* ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 151/153.

satisfação do outro princípio ou direito fundamental colidente; e por fim (iii) a verificação da justificabilidade da afetação ou não-satisfação de um dos princípios colidentes ⁴⁸¹.

Como o “grau de não-satisfação ou de afetação” de um princípio ou direito fundamental pode ser também compreendido como a “intensidade da intervenção” concreta decorrente da prevalência do princípio colidente, Alexy adota “*IPiC*” como uma variável que simboliza a intensidade da intervenção “*I*” no princípio “*Pi*”, o qual está sendo restringido sob uma determinada situação concreta “*C*” ⁴⁸².

Ultrapassada essa primeira fase (i), passa-se ao segundo passo (ii) sob o qual se faz a avaliação da importância da satisfação “*W*” do outro princípio ou direito fundamental colidente “*Pj*”, a qual é simbolizada por Alexy como uma grandeza “*WPjC*” no mesmo caso concreto “*C*” ⁴⁸³ como um contraponto ao grau de não-satisfação ou afetação do direito fundamental restringido em “*IPiC*”.

Considerando-se essas fases do procedimento de ponderação, segundo Alexy, é possível estabelecer uma “*fórmula do peso*” que, complementando a “lei da ponderação” e a “lei da colisão”, expresse o peso de um princípio sob as circunstâncias de um determinado caso concreto ou “que expresse o seu peso concreto” ⁴⁸⁴ através do resultado da seguinte fórmula “ $GPijC = IPiC / WPjC$ ” ⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. Cit.* p. 594.

⁴⁸² *Ibidem.* p. 600.

⁴⁸³ *Ibidem.* p. 601.

⁴⁸⁴ Mesmo sem ser esta sua intenção, Alexy evidencia que a sua “fórmula do peso” atende a uma característica irrefutável das teorias contemporâneas de direitos fundamentais, a necessária relativização dos direitos fundamentais, quando afirma que:

“(…) “*G*” simboliza o peso concreto de *Pi*, ou seja, o peso de *Pi* sob as circunstâncias do caso a ser decidido (*C*). A fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente. Essa relatividade é expressa por meio de “*Pij*”. (...) “

Ibidem. p. 604.

⁴⁸⁵ *Ibidem.* p. 603.

Alexy atrela esse procedimento por ele criado a posturas jurídicas empregadas pelo TCF em que se empreendem “juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância” durante a ponderação entre princípios ou direitos fundamentais colidentes, conforme se pode verificar pelo caso ⁴⁸⁶ em que se analisou a proporcionalidade da imposição de informações sobre os riscos de fumar nas embalagens de produtos derivados de tabaco em que a Corte classificou essa intervenção como uma intervenção “leve” na liberdade profissional e uma total proibição de produtos derivados de tabaco como uma proibição “séria” ⁴⁸⁷.

Considerando tais posições do TCF e que também seja possível aferir uma escala tripartite tanto no nível das razões justificadoras quanto no nível das razões contrapostas à preponderância de um dos princípios ou direitos fundamentais colidentes ⁴⁸⁸, Alexy fixa a possibilidade de intervenções passíveis de serem classificadas entre uma e outra posição extrema; posição intermediária esta que poderia ser classificada como “moderada”, permitindo o estabelecimento de uma “escala com as categorias “leve”, “moderado” e “sério”” ⁴⁸⁹ identificadas com as letras “*l*”, “*m*” e “*s*” ⁴⁹⁰.

Alexy sustenta que, “por meio da valoração da intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, mediano e alto”, devido ao caráter instrutivo de tal medida, poderão ser atribuídos, respectivamente, os “valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4” ⁴⁹¹ àquelas escalas “*l*”, “*m*” e “*s*” quanto às razões justificadoras para a preponderância de um dos princípios ou direitos fundamentais colidentes ⁴⁹².

⁴⁸⁶ BVerfGE 95, 173.

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. Cit.* p. 595.

⁴⁸⁸ *Ibidem.* p. 595 e 599.

⁴⁸⁹ *Ibidem.* p. 595.

⁴⁹⁰ *Ibidem.* p. 599.

⁴⁹¹ *Ibidem.* p. 605.

⁴⁹² Para o autor, é preciso considerar que a desvantagem da adoção de uma escala mais aritmética do que geométrica, como a por ele utilizada, implicaria na falta de simplicidade e da impossibilidade de se visualizar que “os princípios sempre ganham força com o aumento da intensidade da intervenção” (*Ibidem.* p. 605.).

A “fórmula do peso” poderia ser aplicada em um caso concreto com natureza endoprocessual em que o juiz, ao ser instado a conceder uma pretensão liminar urgente apesar de absolutamente incompetente, depara-se com uma colisão entre os princípios do juiz natural (P_i) e da efetividade da jurisdição (P_j), em que cumpre a ele “decidir entre adotar uma determinada conduta (C) ou a sua omissão ($\sim C$) e cada uma das opções realiza um princípio e interfere em outro (C realiza P_i e interfere em P_j , enquanto $\sim C$ realiza P_j e interfere em P_i)”⁴⁹³.

Cabendo ao juiz determinar qual princípio deverá prevalecer no exame dessa situação concreta que lhe é apresentada, se identificada como acima se pressupôs uma real colisão entre princípios, deverá ele perquirir qual dos princípios colidentes terá maior “peso concreto” segundo um processo decisório no qual deverá ele estabelecer quais os graus respectivos de interferência (I e W) que as medidas adotadas trarão a cada um dos princípios colidentes⁴⁹⁴ para aplicá-los sob a “fórmula do peso”.

Se considerarmos que nessa situação ambos os princípios colidentes teriam pesos abstratos idênticos, “como frequentemente ocorre”⁴⁹⁵, e podem ser “cancelados mutuamente”⁴⁹⁶, poder-se-ia atribuir ao “grau de não-satisfação ou de afetação” do princípio do juiz natural a grandeza “moderada” ($IP_i=2$), “uma vez que, concedida a medida, poderá o juiz incompetente remeter os autos ao júízo competente, restaurando (ao menos em parte) o princípio do juiz natural”⁴⁹⁷, enquanto à intervenção realizada no princípio da efetividade de jurisdição poderá ser atribuída a grandeza “séria” ($WP_j=4$), “uma vez que, nesta hipótese, a da não concessão, o princípio da efetividade restaria inteira e irreversivelmente esvaziado ou prejudicado”⁴⁹⁸.

⁴⁹³ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. p. 66. In Revista de Processo n. 141. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53/71.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. Cit.* p. 604.

⁴⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.* p. 66.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

Aplicando-se tais valores às variáveis da “fórmula do peso”⁴⁹⁹ de Alexy, deparar-nos-íamos com o resultado $GPi_jC = 1/2$, segundo o qual se verifica que, nessa hipótese concreta, o princípio da efetividade da jurisdição P_j tem precedência ao princípio do juiz natural P_i ⁵⁰⁰, devendo o juiz dar-lhe precedência para proferir a sua decisão quanto ao requerimento de liminar de cujo exame depende a efetividade da jurisdição a ser prestada no caso concreto C , apesar de sua reconhecida incompetência.

Veja-se, portanto, que a “fórmula da ponderação” de Robert Alexy permite a maior racionalidade possível ao estabelecimento da “lei de ponderação” durante o processo decisório de colisão concreta de princípios ou direitos fundamentais que precisa ser resolvida pelo julgador ou pelo intérprete.

Apesar de essa não ser a opinião de vários autores brasileiros, parece-nos óbvio que se considerarmos a característica da norma de direito fundamental construída por Alexy, não poderia a ponderação – tal como acontece em qualquer mecanismo juridicamente hábil para solucionar colisões normativas – ser realizada sem considerar um aspecto mínimo de subjetivismo por parte do julgador ou do intérprete responsável pela solução da colisão.

Esse aspecto tão criticado da teoria de Robert Alexy⁵⁰¹ – que, por mais que neguem seus adversários, é inerente a qualquer processo decisório⁵⁰² – de forma alguma afasta a

⁴⁹⁹ “ $GPi_jC = IPiC / WPjC$ ”.

⁵⁰⁰ “Nos casos em que P_i tenha precedência a atribuição dos números mencionados faz com que o peso concreto de P_i – (GPi_jC) – tenha os seguintes valores: $s/l=4$, $s/m=2$, $m/l=2$. Isso corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção profunda (s) por um motivo relativamente pouco importante (l). (...)”

Em todos os casos nos quais P_i tem precedência em relação a P_j o valor de P_i é maior que 1. Se ele ficar abaixo de 1, isso significa que é P_j que tem precedência. Os três valores para o caso de uma superação de P_i por P_j são os seguintes: $l/s=1/4$, $m/s=1/2$, $l/m=1/2$. Aqui vale o oposto daquilo que foi dito acerca dos valores nos casos em que P_i tem precedência.”

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. Cit.* p. 605/606.

⁵⁰¹ “Numa frase: a fórmula do peso não passa de um artifício simbólico para a racionalização da primeira lei da ponderação e das fases acima tratadas, porque o resultado final já é conhecido da simples atribuição de pesos à intensidade de intervenção de um princípio sobre o outro. Ao mesmo tempo, a atribuição de pesos contém um componente arbitrário, já que o valor numérico de cada princípio será dado pela mesma pessoa ou ente que irá realizar a ponderação, o que reforça o caráter mais sensitivo do que racional da ponderação em si, tomada concretamente.”

importância da “fórmula da ponderação” por ele construída à medida que a mesma apresenta um procedimento sob o qual será possível realizar uma argumentação jurídica racionalmente controlável, na forma como exige o direito contemporâneo, pois:

A lei da ponderação não encobre o momento de avaliação axiológica por parte do aplicador, marcado por inevitável quinhão de subjetivismo. Nem por isso, contudo, a fórmula proposta por Alexy deixa de ser relevante para condução racional de decisões. Ela mostra o que deve ser objeto de argumentação jurídica, tornando-se, assim, o elo com a teoria da argumentação jurídica racional.

A fórmula da ponderação expõe uma pauta de itens a serem apreciados para que se possa cogitar de uma deliberação racionalmente orientada. Em virtude dela, a teoria dos princípios se mostra consideravelmente mais substancial do que uma mera catalogação de *topoi* argumentativos, mas não dispensa – antes reclama – “um complemento por meio de uma teoria da argumentação jurídica de maior alcance”.⁵⁰³

Parece-nos que o pensamento acima seja dotado de razão, pois se a teoria de Alexy reconhece o caráter subjetivo das fases a serem empreendidas pelo julgador, por outro lado ela evidencia a vinculação do julgador a parâmetros jurídicos decorrentes do próprio caráter normativo dos direitos fundamentais e obriga a que o processo de tomada de decisão ocorra num ambiente de argumentação jurídica intersubjetivamente controlável, à medida que o julgador precisa não só estruturar a decisão sob um procedimento compreensível aos demais intérpretes, como também fundamentar juridicamente sua tomada de posição a respeito da preponderância de um dos princípios ou direitos fundamentais colidentes, a fim de permitir a controlabilidade da decisão pelos demais interessados.

JEVEAUX, Geovane. *Op. Cit.* p. 20.

⁵⁰² Aliás, essa é uma objeção feita pelos críticos de Alexy, sem que eles apresentem uma real solução para essa consideração subjetivista do juiz quanto aos direitos fundamentais em colisão, especialmente se considerarmos a influência que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento jurídico vigente, eis que inegavelmente se tratam de normas constitucionais dotadas de preponderância axiológica em relação às demais normas infraconstitucionais e constitucionais.

⁵⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p. 187/188.

Isso demonstra que o valor da *fórmula da ponderação* de Alexy encontra-se no fato desta ser um valoroso “critério de fundamentação racional de decisões sobre a preponderância de um princípio sobre o outro”⁵⁰⁴, pois afinal:

A argumentação jurídica ganhou muito com a fórmula de ponderação (de Alexy). Justamente naqueles casos nos quais a lei nos deixa mais desamparados, nos quais a ciência do direito menos evoluiu e nos quais a subjetividade (inerente a toda valoração) é mais marcante, foi estabelecido um modelo para classificar e relacionar cada uma das variáveis relevantes para a ponderação jurídica (cumprimento de cada princípio, certeza das premissas empíricas e peso abstrato dos princípios colidentes).

Se é verdade que nunca conseguiremos estabelecer parâmetros absolutamente seguros para dizer como cada caso deve ser valorado, podemos, contudo (e o modelo de Alexy é um bom exemplo disso), estabelecer estruturas para justificar as nossas valorações e para saber como trabalhar com elas. Se levarmos esses dois fatores em conta, poderemos responder afirmativamente à indagação colocada no título deste ensaio: a fórmula é, sim, adequada e funcional para a argumentação jusfundamental.⁵⁰⁵

Parece-nos equivocado, portanto, que determinados autores sustentem que se esta formulação de Alexy tinha por finalidade afastar as críticas realizadas por Harbermas a sua teoria dos princípios, o que houve foi um aprofundamento na visão alexiniana de racionalidade em que esta é fechada ao diálogo e eminentemente procedimentalista, chegando o autor germânico ao “cúmulo de resumir a lógica do funcionamento da ‘proporcionalidade’ em uma equação matemática”⁵⁰⁶.

Esse argumento de que seria um pleno absurdo justificar um raciocínio jurídico através de uma fórmula silogística⁵⁰⁷ perde qualquer sentido se se considera que a utilização de termos “matemáticos” como “fórmula”, “valores numéricos” e “variáveis” por Alexy tem como única finalidade facilitar a compreensão da argumentação jurídica altamente

⁵⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.* p. 67.

⁵⁰⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 300/301.

⁵⁰⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 95.

⁵⁰⁷ Já mencionamos e demonstramos, com apoio em nomes de peso no direito brasileiro e no próprio Robert Alexy, que, mesmo nessa era de pós-positivismo, o raciocínio jurídico-silogístico continua tendo importância vital para a solução de inúmeras controvérsias mediante a simples subsunção de uma norma-regra.

sofisticada por ele empreendida no Posfácio de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, pois, afinal de contas:

(...) a “Fórmula” de Alexy *não tem nada de matemática*. A adoção por ele de uma forma de expressão matemática (“Fórmula” constituída de variáveis), inclusive com a atribuição de valores numéricos, quando de sua aplicação a um caso concreto, às variáveis que a integram é, simplesmente, *metafórica*, servindo como estratégia para tornar mais clara e objetiva possível a referida discussão, evidenciando-lhes os tópicos que devem ser levados em consideração.⁵⁰⁸ (grifos do autor)

Ora, Alexy admite e evidencia que a obtenção de um resultado favorável ou desfavorável sobre a restrição de um princípio ou direito fundamental a partir da “fórmula do peso” deve ser remetido a um suposto “raciocínio matemático” apenas com o fim de instruir o operador do direito a como proceder sob a inerente complexidade do processo decisório da proporcionalidade, pois “o peso concreto só pode ser definido verdadeiramente como um quociente em um modelo numérico que ilustre a estrutura do sopesamento”⁵⁰⁹ em uma argumentação jurídica através de uma analogia meramente ilustrativa⁵¹⁰.

Sob essa linha de raciocínio, parece-nos que a crítica à matematização da “fórmula da ponderação” de Robert Alexy é equivocada à medida que o autor germânico não pretendeu atribuir uma outra formalidade ao processo decisório, mas sim demonstrar que a pretensão de correção de uma decisão judicial que emprega a proporcionalidade exige a correta fundamentação da decisão mediante um procedimento racional e intersubjetivamente controlável.

Veja-se que apenas aparentemente discordando do autor germânico, Samuel Meira Brasil Jr. ressalta que se por um lado não será exigível do juiz que o mesmo utilize uma fórmula matemática na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), por outro lado “a reconstrução formal de Alexy tem por finalidade indicar um método,

⁵⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.* p. 58.

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *Op. Cit.* p. 604.

⁵¹⁰ *Ibidem.*

especificando as variáveis que devem ser ponderadas”⁵¹¹, segundo o qual se explicitará como a ponderação foi feita pelo julgador, mediante a plena indicação dos elementos que deverão ser ponderados, “a qual elemento foi atribuído maior peso, etc”⁵¹².

4.3.2.2. A ordem de aplicação das sub-regras da proporcionalidade.

Demonstrada a necessidade da distinção antes exposta e a caracterização finalística de cada uma das três sub-regras da proporcionalidade, não poderá o intérprete descurar da ordem pré-ordenada⁵¹³ de aplicação das referidas regras, à medida que elas devem ser aplicadas subsidiária e sucessivamente da adequação para a proporcionalidade em sentido estrito.

A construção da teoria da proporcionalidade deixa evidente que o seu aplicador deverá primeiro aferir as possibilidades fáticas e depois as condições jurídicas de otimização de um dado direito fundamental numa colisão entre direitos de tal espécie, hipótese em que não poderá a proporcionalidade em sentido estrito, como sub-regra de aferição destas possibilidades jurídicas, ser utilizada previamente às demais sub-regras da proporcionalidade relacionadas à aferição da adequação e da necessidade de restrição de um dado direito fundamental.

É que a precedência da aferição das possibilidades fáticas, em relação às condições jurídicas de otimização de um direito fundamental, decorre da fundamentação da teoria de Robert Alexy sobre um conceito semântico de norma de direito fundamental e sobre a adoção de uma teoria externa de limitação de direitos fundamentais.

Partindo da consideração dos direitos fundamentais como posições *prima facie*, Alexy irá refutar as teorias internas de limitações de direitos fundamentais sob o argumento de que a própria natureza dos direitos fundamentais impõe que tudo que apresente uma

⁵¹¹ BRASIL JR., Samuel Meira. *Op. Cit.* p. 111.

⁵¹² *Ibidem.*

⁵¹³ “(...) observando-se a relação de pré-ordenação entre as mesmas, o que afasta a possibilidade de alteração da ordem de emprego, vez que guardam entre si uma relação de precedência que se traduz em critério para o adequado manejo da proporcionalidade.”

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Op. Cit.*

característica que seja suficiente para a subsunção ao suporte fático da disposição de direito fundamental deva ser considerado como típico a tal espécie de direitos, devendo, no campo semântico dos conceitos de suporte fático, serem adotadas interpretações amplas em que, quando existam razões para o afastamento da proteção constitucional devida a um dado direito fundamental, “a racionalidade da argumentação jurídica exige que essas razões sejam declaradas”⁵¹⁴ vez que qualquer intérprete jurídico, especialmente o aplicador do direito, está sujeito ao postulado “segundo o qual todos os pontos de vista relevantes para um determinado caso devem ser levados em consideração”^{515 516}.

Esse posicionamento também encontra suporte na doutrina brasileira, à medida que Virgílio Afonso da Silva sustenta que “ (...) são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.”⁵¹⁷

Sustenta o autor não ser permitido ao intérprete apenas enumerar as sub-regras da proporcionalidade, como se as mesmas fossem aplicadas independentemente de uma ordem pré-estabelecida, pois isto conduziria a uma falsa impressão de que seria possível a aplicação do instituto sem a observância do procedimento estabelecido para sua aplicação sucessiva e subsidiária, sob a qual “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”⁵¹⁸.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 316.

⁵¹⁵ *Ibidem.* p. 330.

⁵¹⁶ Segundo Alexy, esse postulado conduz à contrapartida racional de outro postulado, segundo o qual “aquilo que não é duvidoso, ou aquilo sobre o qual há consenso, não necessita de fundamentação”, o que impõe que aquilo que estiver relacionado com casos potenciais de direitos fundamentais não precisará da utilização de sopesamentos complexos.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 330.

⁵¹⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 34.

⁵¹⁸ *Ibidem.*

Alexy assim se posiciona quando, ao realizar uma análise do direito fundamental de liberdade de expressão artística, disposto no art. 5º, § 3º, I ⁵¹⁹ da LFB, verifica que a construção de uma norma a partir do referido dispositivo sob a qual se entenda que “são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico” não é suficiente, pois o direito à liberdade artística não é irrestringível em caso de conflito com outros princípios colidentes, hipótese em que se torna necessário incluir na disposição uma “cláusula de restrição que dê vazão a essa realidade” ⁵²⁰.

Para tanto, o autor germânico irá valer-se de uma fórmula utilizada pelo TCF ⁵²¹ para estabelecer que, à exceção da hierarquia constitucional dos princípios colidentes, a referida cláusula representa “*as três partes da máxima da proporcionalidade*”, pois a intervenção destinada a “fomentar a realização dos princípios colidentes (P_2, \dots, P_n) deve ser *necessária*, o que inclui também a exigibilidade (prévia) de sua *adequação* e, em terceiro lugar, que P_2, \dots, P_n , *sob as condições do caso (C)*, tenham primazia diante do princípio da liberdade artística” (P_1), o que, ao final, resulta a fórmula ($P_2, \dots, P_n \mathbf{P} P_1$) C ”, mediante a qual se pode estabelecer a uma fórmula mais geral da “norma de direito fundamental provida de uma cláusula restritiva”, segundo a qual “ T e não $S \rightarrow R$ ⁵²²”.

⁵²³ (grifei)

⁵¹⁹ “Serão livres as expressões artística e científica, a pesquisa e o ensino. A liberdade de ensino não isentará ninguém da fidelidade à Constituição.”

⁵²⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 142.

⁵²¹ “São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.”

Ibidem. p. 142.

⁵²² “ T ” – intervenção estatal em uma atividade que faça parte do campo artístico;

“ S ” – preenchimento completo da fórmula anterior, onde se utilizou a máxima da proporcionalidade entre os princípios colidentes com a liberdade artística no caso C ;

“ R ” – consequência pela proibição constitucional da intervenção.

Ibidem. p. 142.

⁵²³ *Ibidem.* p. 142/143.

Assim, antes da análise da proporcionalidade em sentido estrito em relação às condições jurídicas para a otimização de um dado direito fundamental, será necessário um juízo prévio quanto à adequação e à necessidade das condições fáticas sobre as quais se impõe uma restrição a um direito fundamental para a prevalência de um outro direito fundamental ou de um interesse público ancorado neste, vez que verificada a inadequação ou a desnecessidade da medida estará suspensa a obrigação de análise da proporcionalidade em sentido estrito, pois já verificada a desproporcionalidade da medida estatal de intervenção, tal como se infere a *contrario sensu* do pensamento de Alexy ⁵²⁴: não aplicável “T”, por inadequada ou desnecessária a medida estatal no âmbito das possibilidades fáticas, sequer passa-se à análise de “S”, eis que este vetor da fórmula retromencionada diz respeito à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento) - “proporcionalidade entre os princípios colidentes”.

Presente, portanto, uma ordem de precedência pré-ordenada das sub-regras da proporcionalidade que não pode ser desconsiderada pelo seu aplicador, sob pena de subversão da teoria que lhe fundamenta, tal como bem sustentado por irrefutável lição de nossa doutrina:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra *nem sempre indica a análise de suas três sub-regras*. Pode dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o

⁵²⁴ “A relevância desta relação de pré-ordenação evidencia-se a partir da máxima de que o uso da proporcionalidade não faz supor a análise obrigatória do conjunto das regras parciais, eis que a inadequação de uma medida será suficiente para caracterizá-la como desproporcional.

Portanto, pode-se concluir que a proporcionalidade em sentido estrito apenas será analisada a partir da confirmação sucessiva de regras parciais que a antecedem, implicando em uma relação de subsidiariedade.”

problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.⁵²⁵

Apesar de paradoxalmente denominar a proporcionalidade como “princípio” mesmo acatando as ideias de Robert Alexy quanto a princípios e sopesamento (ponderação), Gilmar Ferreira Mendes reconhece a necessidade da observância sucessiva das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme se pode ver por muitos de seus votos como Ministro do STF.

Interessante exemplo dessa necessária precedência pré-ordenada das sub-regras da proporcionalidade na jurisprudência do STF, originada a partir de votos do Min. Gilmar Mendes, pode ser encontrado em julgamento no qual se fez uma aplicação procedimental da proporcionalidade ao examinar pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo sob as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade⁵²⁶.

Tratava-se de requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, devido ao não cumprimento de precatórios de natureza alimentícia pelo referido ente federativo, em que, em suas razões de defesa, o Estado justificou que, deduzidas as despesas legais e constitucionais com pessoal (58% das receitas correntes líquidas), com o serviço da dívida junto à União (12%), com o custeio do aparato administrativo, que incluem saúde e educação (19%), com investimentos mínimos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais (9%), sobrariam apenas 2% das receitas correntes líquidas

⁵²⁵ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 34/35.

⁵²⁶ “INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. *A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade.* 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IF 3292/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Min. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Pleno. J. 08/05/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 10/02/2011.

para o pagamento dos precatórios, receita esta que estava sendo efetivamente gasta com o pagamento de obrigações decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, o exame de dados concretos como os expostos pelo ente federativo não pode deixar de ser realizado, sob pena de interpretar-se inadequadamente o ordenamento vigente, haja vista que “No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca do seu impacto”⁵²⁷.

Nessa seara entendeu o Ministro estar diante de uma real colisão entre os princípios constitucionais do direito de preferência no recebimento de precatórios decorrente de créditos de natureza alimentícia e da proteção das decisões judiciais de um lado e, do outro, o direito fundamental decorrente da democracia representativa, encartado na manutenção do governador democraticamente eleito pelo povo no poder, e o interesse público na continuidade dos serviços públicos essenciais como educação, saúde, etc.

Apesar de deixar clara a sua posição de que sob a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito naquela situação, dever-se-ia dar prevalência às determinações constitucionais que estipulavam a observância de rubricas orçamentárias essenciais ao custeio de interesses públicos como saúde, segurança e educação públicas em detrimento do direito fundamental de receber verba alimentícia encartada em precatório judicial, sustentou o Min. que, sob a aplicação das três fases da proporcionalidade, primeiramente deveria se observar que não haveria adequação em decretar-se a medida drástica de intervenção federal no referido caso.

É que, diante do quadro de impossibilidade financeira de pagamento integral e imediato dos precatórios de natureza alimentícia, tal como demonstrado pelo Estado-membro, estaria um interventor nomeado também sujeito às mesmas disponibilidades financeiras que o governador eleito pelo povo para administrar o ente federativo, não sendo a intervenção federal no Estado de São Paulo um meio adequado para fomentar, ajudar ou

⁵²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. Cit.* IF 3292/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Min. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor.

auxiliar ao alcance do pagamento dos precatórios judiciais não quitados pelo Poder Público paulista.

Por isso, o Min. Gilmar Mendes chegou à conclusão de que não haveria proporcionalidade na medida excepcional de intervenção requerida, pois era evidente que a mesma sequer conseguia “ultrapassar o exame da adequação, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade”⁵²⁸.

Em outro julgado do STF, também decorrente de voto vencedor do Min. Gilmar Mendes, deixou-se de aplicar a proporcionalidade em sentido estrito após ter-se verificado a ausência de proporcionalidade em decorrência da falta de necessidade da medida restritiva, pois ao examinar a constitucionalidade de medida de restrição de liberdade imposta em decorrência de prisão cível por descumprimento de contrato de alienação fiduciária, sustentou-se que, mesmo antes da adoção de qualquer tese quanto à inconstitucionalidade do DL 911/1969 em decorrência da supralegalidade do Pacto de São José de Costa Rica, seria a restrição de liberdade proferida nesses moldes adequada, mas desnecessária ante a “existência de outros meios processuais executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia eficaz do crédito”⁵²⁹, o que tornava “patente a desnecessidade da prisão cível do devedor-fiduciante”⁵³⁰.

4.3.3. Fase posterior: a necessária universalização da decisão tomada por meio da proporcionalidade.

A segurança jurídica, como valor normatizado pelas Constituições contemporâneas, exige que a solução dada por um juiz a um determinado caso concreto seja, ao menos, passível de extensão a todos os outros casos idênticos àquele anteriormente apreciado pelo juiz, pois “se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado da justiça

⁵²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Op. Cit.* IF 3292/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Min. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor.

⁵²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 349.703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Pleno. J. 03/12/2008. Inteiro teor. p. 742. Disponível em 09/02/2011.

⁵³⁰ *Ibidem.*

de que os casos iguais devem ser tratados de igual modo, assim como a segurança jurídica a que a lei aspira (...)”⁵³¹.

Essa preocupação com a segurança jurídica, ainda recorrente em nossos tempos⁵³², mostra-se presente na teoria da proporcionalidade de Robert Alexy quando o autor sustenta que o resultado da ponderação das relações condicionadas de preferência dos princípios em colisão deve representar uma regra jurídica que, diante das mesmas condições fáticas, obriga o intérprete a aplicar a consequência jurídica do princípio tal como fixada anteriormente naquela ponderação sob as condições ‘C’ que agora se apresentam idênticas⁵³³.

A vinculação do resultado da aplicação da proporcionalidade com a segurança jurídica, especialmente no que tange à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, mostra-se evidenciada com a estipulação da *lei de colisão*, segundo a qual “Se o princípio *PI* tem precedência em face do princípio *P2* sob as condições *C* [(*PI* **P** *P2*) *C*], e se do princípio *PI*, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem como *C* o suporte fático e *R* como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ”⁵³⁴.
(grifei)

⁵³¹ LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 378.

⁵³² São inúmeras as normas do direito processual civil brasileiro que atendem a esse postulado da segurança jurídica, sendo suficiente para exemplificar essa afirmação os poderes atribuídos ao relator pelo art. 557 do CPC e os poderes conferidos ao juiz pelo art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277 de 07/02/2006, segundo os quais, respectivamente, podem um e outro: (i) negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior; (ii) julgar o pedido do autor improcedente, dispensada a citação do réu, quando a matéria deduzida na inicial for unicamente de direito e o mesmo juízo já houver proferido sentença de total improcedência em casos idênticos.

⁵³³ “(...) a precedência de *PI*, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, §2º, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições *C* significa que a consequência jurídica que resulta de *PI* é aplicável se estiverem presentes as condições *C*. Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 98/99.

⁵³⁴ Segundo o autor, seria uma formulação menos técnica da lei de colisão, o enunciado de que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”

Ibidem. p. 99.

Não por outro motivo suscita Alexy que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no caso *Lebach* resultaria na estipulação de uma regra de universalização da ponderação, que baseada nos elementos de suporte fático ‘C’ que compuseram a situação examinada pela Corte, a saber a repetição da notícia de um grave crime, a ausência de interesse geral pela informação e o risco à ressocialização do condenado, poderia ser condensada na afirmação de uma regra ‘R’ segundo a qual “uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”⁵³⁵.

Isso significa dizer que, segundo Robert Alexy, toda vez que os princípios em colisão (*P1 e P2*) e as condições fáticas ‘C’ em que esta ocorra sejam idênticos àqueles princípios e àquela situação fática em que o TCF encontrou a solução jurídica para o caso *Lebach* por meio da aplicação da proporcionalidade, estará o intérprete obrigado a aplicar a mesma solução ao novo caso sob seu exame, tal como determina aquela regra ‘R’ de que “uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”.

Portanto, salvo naquelas hipóteses em que as condições fáticas do novo caso examinado pelo intérprete se apresentam distintas daquelas condições fixadas em ‘C’⁵³⁶, caso haja uma nova colisão entre os princípios P1 e P2, deve-se observar a regra ‘R’ decorrente da

⁵³⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 102.

⁵³⁶ A relação condicionada de princípios decorrente da “fórmula da ponderação” deve obviamente ser interpretada com prudência, eis que “(...) não existe, no entanto, uma interpretação ‘absolutamente correta’, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre em referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhes são subjacentes. (...) Toda interpretação está, até certo ponto, condicionada pela época. Com isso não se quer dizer que o intérprete deve seguir a par e passo cada tendência da época ou da moda. A continuidade da jurisprudência, a confiança do cidadão, que nela se estriba, de que a sua questão será resolvida de acordo com as pautas até aí vigentes, é um valor muito específico. Só a mutação fundamental da consciência valorativa geral é o que o intérprete se não deve subtrair, mormente quando ela tenha encontrado expressão em leis mais recentes ou assente num amplo consenso.”

LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 378/379.

aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, pois essa universalização da proporcionalidade é exigida pela *lei de colisão*.

CAPÍTULO V

A RELAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COM A RAZOABILIDADE E A DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS.

5.1. A consideração da proporcionalidade em sinonímia com a razoabilidade⁵³⁷.

Predomina na doutrina brasileira o posicionamento de que a proporcionalidade seria um princípio constitucional que, fundamentado na cláusula do “devido processo legal”, seria idêntico à razoabilidade, devendo ambos, proporcionalidade e razoabilidade, serem tratados como um único instituto jurídico, ou seja, como um princípio-norma.

Nesse sentido, Marcelo José Magalhães Bonício atrela a proporcionalidade ao *substantive due process of law* e ao *judicial process* para afirmar que “*não há mesmo muita diferença entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, especialmente para os fins propostos no presente trabalho, direcionados ao dimensionamento da aplicação destas regras (?) no direito processual civil brasileiro*”⁵³⁸ (grifei)

Com evidente similaridade ao posicionamento anterior, Fredie Didier Jr. identifica a proporcionalidade com o “devido processo legal substantivo” para afirmar que “*É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um único fenômeno.*”^{539 540 541} (grifei)

⁵³⁷ Considerando que as perspectivas normativa e procedimental da proporcionalidade já foram investigadas no capítulo anterior, tendo sido demonstrado que o instituto, sob a teoria adotada no presente trabalho, é uma regra procedimental constitucionalmente imposta pela estruturação de direitos fundamentais como princípios para a solução das reais colisões entre estes, não nos parece ser necessário reexaminar a impropriedade de caracterizar-se a proporcionalidade como norma-princípio para diferenciá-la da razoabilidade.

Ainda que este possa ser um forte traço distintivo entre a proporcionalidade e a razoabilidade, em uma tradição que profundamente considera esta última como um princípio constitucional implícito à CF/88, nossa pretensão não é resumir a distinção entre os institutos ao campo de sua conceituação normativa, pelo que tentaremos neste capítulo identificar outros traços distintivos entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade.

⁵³⁸ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Op. Cit.* p. 33.

⁵³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* Curso de direito processual civil. v.1. p. 31.

⁵⁴⁰ Nessa mesma linha de ideias, Maria Christina de Almeida aliena a proporcionalidade, como um princípio implícito de natureza constitucional, ao chamado “devido processo legal substantivo” e consequentemente à proporcionalidade, pois, segundo a referida autora:

Nessa linha de raciocínio de sinonímia entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos sustentam que, se não há nenhum impedimento em se ter significados diferentes para mesma palavra, também não há qualquer impedimento a se conferir o mesmo significado para vocábulos distintos, hipótese em que é plenamente aceitável tratar ambos, proporcionalidade e razoabilidade, como um único princípio de direito, pois tanto um, como o outro possuem os mesmos valores de racionalidade, justiça, senso comum e rejeição aos atos arbitrários e medida adequada ⁵⁴², hipótese em que seria plenamente viável considerá-los como princípios, que apesar de não expressos na CF/88, são valiosos instrumentos de proteção aos direitos fundamentais e ao interesse público por permitirem o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ⁵⁴³.

Apesar de já termos externado anteriormente a posição do autor a respeito do tema, vale a pena mencionar que Luís Roberto Barroso é a maior autoridade brasileira no

“Entre estas idéias principais, o *princípio da proporcionalidade* complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria – como a dos direitos fundamentais – exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no *princípio da reserva legal proporcional* ou, ainda, no *devido processo legal substancial*.” (grifos da autora)

CHRISTINA DE ALMEIDA. *Op. Cit.* p. 390.

⁵⁴¹ Há outros inúmeros exemplos que demonstram a normalidade com que a doutrina brasileira identifica a proporcionalidade como um princípio constitucional com íntima ligação com o “devido processo legal substantivo” e, conseqüentemente, com a razoabilidade, tal como se pode verificar pelo entendimento de que:

“(…) o *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (grifei)

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 120/121.

⁵⁴² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O Começo da História. p.302.

⁵⁴³ *Ibidem.* p. 302/303.

tratamento indistinto à proporcionalidade e à razoabilidade na doutrina brasileira, vez que em sua opinião:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995.(...) ⁵⁴⁴

Como a doutrina influencia a jurisprudência em nossa tradição jurídica, não é difícil compreender que essa caracterização indistinta de razoabilidade e proporcionalidade feita pela doutrina tenha migrado para a jurisprudência, já tendo sido constatado por brilhante pesquisa sobre o tema junto ao STF que “os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade foram aproximados” ⁵⁴⁵ em inúmeros acórdãos daquela Corte.

5.2. A distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

A par da respeitabilidade das opiniões contrárias anteriormente expostas, parece-nos essencial perquirir se há distinções teóricas e técnicas que obrigam o intérprete jurídico, e especialmente o judicial, a pautar-se sob uma consideração crítica distintiva entre a proporcionalidade e a razoabilidade como forma de assegurar o cumprimento da norma constitucional que determina a adequada fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, permitindo-se às partes, aos terceiros interessados e à própria sociedade aferir se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento vigente e na cultura jurídica estabelecida em nosso país.

É que, ao contrário do que se afirma, tratar como sinônimos conceitos díspares contraria a clareza analítico-conceitual que é “condição elementar da racionalidade de qualquer ciência” ⁵⁴⁶, tornando-se isso muito mais grave no direito onde o postulado da clareza

⁵⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. p. 304.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 19.

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 43.

analítico-conceitual tem “um significado ainda maior”⁵⁴⁷ por ser ele um ramo do conhecimento humano que faz parte das ciências práticas em que “(...) apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiência empíricas”⁵⁴⁸.

É nessa linha de posicionamento que alguns juristas brasileiros acreditam ser essencial evidenciar a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, especialmente para legitimar a aplicação dos institutos mediante a observância dos critérios jurídico-metodológicos a eles pertinentes, sob pena de violação à especificidade do discurso jurídico e à própria exigência de racionalidade necessária a conferir-lhe controlabilidade, pois:

Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-ia dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados em sentido laico. *Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversas, caso seja aplicado um ou outro critério.*⁵⁴⁹ (grifei)

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 43.

⁵⁴⁸ “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida do possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura de normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.” (grifei)

Ibidem. p. 43.

⁵⁴⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 27/28.

Parece-nos que a referida posição doutrinária esteja correta, pois ainda que os termos que denominem os institutos - razoabilidade e proporcionalidade - possam ter inúmeros significados em decorrência da ambiguidade passível de designar ou indicar diversas realidades, esta “liberdade de estipulação” não afasta a vinculação metodológica sob a qual “quando indicamos uma palavra de maneira distinta à do uso comum, devemos informar aos nossos ouvintes sobre o significado que lhe damos”⁵⁵⁰.

Afinal, considerando-se a especificidade do discurso jurídico, é um equívoco científico utilizar indistintamente palavras diferentes para denominar institutos jurídicos que sejam idênticos, pois afinal se há distinção terminológica “(...) não é desimportante, muito pelo contrário, utilizar o termo corretamente, com o significado técnico exato, porque é lesiva à ciência a utilização corriqueira de expressões técnicas diversas como sinônimas”⁵⁵¹.

É exatamente por isso que a pretensão de denominar institutos de origens e aperfeiçoamento tão diferentes - tanto histórica quanto culturalmente⁵⁵² - como idênticos peca por absoluta falta de responsabilidade científica, pois se a permeabilidade de institutos entre os grandes sistemas jurídicos é fruto da notável expansão cultural sofrida pelas sociedades contemporâneas, isto não torna dispensável considerar, por exemplo, que o surgimento dos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade ocorreram em sistemas jurídicos que, até então, eram estanques e possuíam características ímpares a lhes distinguir.

⁵⁵⁰ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 67.

⁵⁵¹ *Ibidem*. p. 67.

⁵⁵² Muito embora trate a proporcionalidade como um princípio, Carlos Roberto Siqueira Castro, com a autoridade de maior estudioso brasileiro sobre a razoabilidade - especialmente se considerado o amplo estudo feito pelo autor quanto à gênese e o desenvolvimento do instituto no direito norte-americano - reconhece a existência de traços distintivos entre a razoabilidade e a proporcionalidade:

“Embora reconheçamos que o debate não deixa de apresentar arroubos retóricos, não raro destituídos de fundamentação convincente, mas que não chegam a comprometer a compreensão eidética do princípio, somos inclinados a pensar que, no rigor histórico e também teórico, existam singularidades específicas que diferenciam o esquema de aplicação da cláusula da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como suas respectivas conexões ou assentos constitucionais.”

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

A simples atribuição de sinonímia para afirmar-se que a proporcionalidade é idêntica à razoabilidade, sendo distintos os institutos apenas pelo fato desta ter-se originado a partir da cláusula do “devido processo legal” nos Estados Unidos da América e aquela ter surgido na Alemanha, representa uma transposição insensata dos institutos, pois não se pode desconsiderar o conjunto de significados semânticos, jurídicos e metodológicos da proporcionalidade e da razoabilidade em cada um dos sistemas jurídicos onde os institutos foram originados e aperfeiçoados; muitos menos as diversas relações destes institutos com outros tantos, muitas vezes típicos apenas de um ou de outro sistema jurídico onde desenvolvidos.

Afinal, enquanto o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, onde originada a razoabilidade, insere-se em um sistema jurídico de *common law* baseado na jurisprudência como fonte primária em que o precedente judicial tem força vinculante - em decorrência da regra do *stares decisis* -, a ordem jurídica germânica que deu origem à proporcionalidade insere-se em um típico sistema jurídico de *civil law*, no qual a principal fonte primária do direito foi e ainda continua sendo a ordem jurídica positivada ⁵⁵³.

⁵⁵³ A par disso, sob o fundamento da necessidade de a sistematização do direito adequar-se à complexidade e pluralidade das relações sociais contemporâneas, há autores defendendo a inexistência atual de sistemas jurídicos puros, eis que houve uma sincretização dos sistemas clássicos, importando no caráter de fonte primária de direito à jurisprudência, desde que a mesma se dê sob parâmetros jurídicos adequados de produção.

Nesse contexto, após apresentar as distinções básicas entre os sistemas clássicos, Hermes Zaneti Jr. afirma, por mais de uma vez, não existirem modelos puros, conforme se pode verificar pelas necessárias adaptações contemporâneas dos sistemas jurídicos para permitir a estabilidade do direito a ser aplicado nos mais diversos e complexos casos típicos desta era. Assim ensina o autor:

“O sistema da criação judicial do direito não deu conta das necessidades modernas, viu-se e vê-se obrigado, nos países que o adotam, a uma radical mudança de premissas, adotando um sem número de leis escritas para diversas matérias, notadamente para regular o direito processual civil. Essas regras, denominadas *statutes*, representam a necessidade de ordem e de limites no processo, em uma palavra de legalidade. Por outro lado, a *constitucionalização dos direitos e dos princípios* ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra ruiu em definitivo o Estado de Direito Legalista do século XIX.

O positivismo, de matriz racionalista apodítica, do chamado paradigma legalista, em que a lei era a fonte primária única e se apresentava confiável para solucionar em abstrato todas as questões surgidas no sistema, foi substituído por técnicas legislativas mais abertas, a exemplo das chamadas “cláusulas gerais, obrigando o juiz à criação no caso concreto e a doutrina à busca de modelos normativos jurisprudenciais para conferir certa estabilidade ao direito aplicado.” (grifos do autor)

ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 54.

Além disso, parece-nos que transportar os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade sem a consideração de suas especificidades históricas e culturais torna-se ainda mais passível de crítica quando verificamos que, na verdade, os primórdios da razoabilidade não ocorreram propriamente nos Estados Unidos da América, mas sim na Inglaterra, cujo ordenamento jurídico, apesar de inserido no mesmo sistema de *common law* que caracteriza o ordenamento estadunidense, dele se distancia à medida que a ordem jurídica inglesa não dispõe de uma Constituição escrita como ocorre na América, baseando-se o sistema jurídico inglês precipuamente em normas processuais e procedimentais eficazes para salvaguardar os direitos tidos como mais importantes para a sociedade inglesa^{554 555}.

Considerando tais aspectos, já existem correntes minoritárias no direito brasileiro sustentando que os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade possuem conceituação própria e importância constitucional distinta, especialmente no que diz respeito a maior amplitude de um ou de outro instituto, sendo aceito para essas correntes que por ora seja mais ampla a razoabilidade, por ora seja mais ampla a proporcionalidade.

É assim que Alexandre de Moraes sustenta que o “*princípio da razoabilidade não deve ser confundido com um dos critérios utilizados para a sua aplicação, qual seja a*

⁵⁵⁴ “Não dispondo de uma Constituição escrita para assegurar direitos fundamentais, o sistema jurídico da Inglaterra procede à proteção de tais importantes direitos através da fixação de regras processuais e procedimentais – que, em uma ordem constitucionalizada, seriam consideradas como garantias fundamentais –, daí derivando a precedência da ideia de processo e, conseqüentemente, de processo justo e devido aos direitos materiais, pois como se afirma “(...) o Direito inglês apresenta-se como possuidor de caráter eminentemente contencioso e como dominado, em sua própria concepção pelo processo”, não contendo “verdadeiramente regras materiais, mas apenas uma série de técnicas processuais graças às quais resolviam-se os litígios”.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 7/8.

⁵⁵⁵ “Não há, na Inglaterra, Constituição que proclame os direitos e liberdades dos indivíduos, existem apenas regras, ritos processuais que assegurem esses direitos e essas liberdades, e são essas regras, esses ritos, que formam a Constituição da Inglaterra. O Direito Inglês (*constitucional law*) (...) consiste, em grande parte, na descrição dos procedimentos que servem, desta sorte, para garantir as liberdades do cidadão inglês. *Remedies precede rights* (...)”

DAVID, René. *O Direito Inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 76.

proporcionalidade”⁵⁵⁶ e Raphael Queiroz argumenta que o tratamento específico de cada um dos institutos é essencial, pois “a (sua) *diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade. Sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades (...)*”⁵⁵⁷. (grifei)

Também nessa linha, mas sem explicitar se a racionalidade normalmente exigida pelo direito norte-americano aos atos normativos seria uma componente da razoabilidade e se daí decorreria uma perspectiva procedimental ao instituto, há quem defenda que a proporcionalidade tem maior amplitude que a razoabilidade⁵⁵⁸.

Diante de tais incongruências teóricas a respeito de uma indistinção entre os institutos⁵⁵⁹, parece-nos cientificamente responsável procurar evidenciar as distinções existentes entre a proporcionalidade e a razoabilidade, para após isto verificar como a proporcionalidade pode ser aplicada, pois, afinal, se evidenciados critérios que os diferenciem, não pode o intérprete aplicá-los desconsiderando essa distinção teórica.

⁵⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 375.

⁵⁵⁷ QUEIROZ, Raphael. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro Apud TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.688.

⁵⁵⁸ “Todavia, a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Em outras palavras, a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela. Com efeito, o ato estatal que atende às exigências do princípio da proporcionalidade apresenta-se razoável e racional, todavia nem sempre um ato razoável (racionalmente aceitável) atende aos deveres impostos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.”

PONTES, Helenilson Cunha. *Op. Cit.* p. 89/90.

⁵⁵⁹ Incongruência teórica esta demonstrada, por exemplo, pela impossibilidade de adotar-se outro critério normalmente sustentado pela doutrina brasileira para diferenciar os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade: o da função, sob o qual aquela teria função negativa à medida que não permite ultrapassar os limites do aceitável, enquanto este seria dotado de uma função positiva. (v. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 69)

É que, conforme já visto no capítulo anterior, segundo as orientações de Robert Alexy e da própria doutrina que adota a proporcionalidade, as sub-regras da proporcionalidade denominadas como adequação e necessidade também possuem função negativa, à medida que impõem a proibição de sacrifícios *inadequados e desnecessários* aos direitos fundamentais.

Antes disso, porém, é importante ressaltar que como o objeto do presente trabalho recai sobre a caracterização da proporcionalidade na teoria do direito de Robert Alexy, pareceu-nos contraproducente analisarmos detidamente cada concepção material do *due process of law* ou do chamado princípio da razoabilidade apenas para caracterizar sua distinção em relação ao instituto objeto de estudo no presente trabalho.

Primeiro, porque caracterizar cada umas das diversas concepções ⁵⁶⁰ de razoabilidade representaria um distanciamento considerável da necessidade de demonstrar a ausência de sinonímia entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, único vetor de importância deste último instituto para o principal objeto do presente estudo que é caracterizar a proporcionalidade no âmbito da teoria do direito de Robert Alexy e demonstrar os parâmetros procedimentais sob os quais a sua aplicação encontra legitimidade no processo civil brasileiro.

Segundo, porque a teoria de fundo do presente trabalho já distingue os institutos, à medida que estabelece para a razoabilidade características bem distintas da que estabeleceu para a proporcionalidade, pois, conforme leciona Thomas da Rosa Bustamante, na teoria de Alexy a razoabilidade funciona como um critério para a obtenção de “um mínimo de correção moral como condição para a razoabilidade de qualquer decisão” ⁵⁶¹.

No campo da razoabilidade, Alexy irá alocar à tríade “lógica, verdade empírica e racionalidade meio/fim” outras três exigências: “1) correta compreensão dos interesses de terceiros – eventualmente afetados pela medida; 2) tratamento fundamentalmente adequado dos interesses de todos; e 3) discussão crítica dos vários interesses, tradições e

⁵⁶⁰ Conforme menciona Thomas de Rosa Bustamante, pode-se traçar um “mapa semântico” da razoabilidade sob as diversas concepções e relações a ela conferidas, como (i) “razoabilidade e aceitação social em Chaïm Perelman”; (ii) “razoabilidade em sentido amplo: um conceito compreensivo”; (iii) “razoabilidade como proporcionalidade”; (iv) “razoabilidade como equidade”, “razoabilidade como dever de congruência”; (v) “razoabilidade e a relação entre critérios de diferenciação e as medidas adotadas pelo legislador” e, por fim, (vi) “razoabilidade como um mínimo de justiça material”.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. p. 310/325. Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 305/338.

⁵⁶¹ *Ibidem*. p. 329.

convenções em conflito”⁵⁶² a fim de adaptar o instituto a uma concepção contemporânea de pós-positivismo jurídico sob a qual o direito não pode mais limitar-se às variáveis da “validade formal (*due enactment*)” e da “eficácia social (*social efficacy*)”⁵⁶³, devendo compreender também a variável da “correção substancial (*substancial correctness*)”⁵⁶⁴ que obriga a pretensão de correção na aplicação do enunciado normativo e da necessária conexão entre direito e moral.

Segundo Thomas da Rosa Bustamante, sob essa concepção de razoabilidade, pode-se adotar “um conceito de direito mais rico, segundo o qual nenhuma norma de direito positivo pode permanecer válida quando contaminada, em nível intolerável, por *extrema injustiça*”⁵⁶⁵, estando tal concepção alinhada com o “*substancial correctness*” exigível de um “mínimo de justiça material do qual nenhum ordenamento jurídico pode abrir mão”⁵⁶⁶, porque “o direito extremamente injusto não é direito”⁵⁶⁷.

Considerando-se essa expressão distinção entre os institutos feita por Alexy e o fato de que o próprio Thomas da Rosa Bustamante reconhece não parecer conveniente a equiparação dos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade, porque aquela, como um conceito ligado às ideias de justiça e equidade, tem alcance muito mais amplo do que a proporcionalidade⁵⁶⁸, pareceu-nos suficiente à distinção dos institutos na realidade jurídica brasileira analisar um fator coincidente em todas as concepções de razoabilidade normalmente consideradas pela doutrina estrangeira e brasileira, o de que o instituto de origem norte-americana aponta para a busca de resultado jurídico socialmente aceitável como “razoável”⁵⁶⁹.

⁵⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. p. 312.

⁵⁶³ *Ibidem.* p. 329.

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

⁵⁶⁵ *Ibidem.* p. 330/331.

⁵⁶⁶ *Ibidem.* p. 330.

⁵⁶⁷ ALEXY, Robert. *A defence of Radbruch's formula.* p. 17. *Apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. p. 330.

⁵⁶⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. p. 314.

⁵⁶⁹ *Ibidem.* p. 310.

5.2.1. Origens históricas distintas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tal como se assume na doutrina brasileira, as ideias de proporcionalidade e razoabilidade enquanto institutos jurídicos de plena aceitabilidade no direito contemporâneo tiveram origem e desenvolvimento distintos, o que, por si só, já influencia os contornos e aplicabilidade de ambos os institutos.

A origem distinta da proporcionalidade e da razoabilidade é evidenciada por Gisele Santos Fernandes Goés quando a autora argumenta que “*a raiz histórica da razoabilidade é o princípio do devido processo legal, enquanto a da proporcionalidade foram os anseios do Estado de Direito pós Segunda Guerra Mundial*”⁵⁷⁰.

Em posição muito semelhante, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro Gouvêa argumenta que “enquanto a noção de razoabilidade deita sua origem na prática judicial americana, o emprego da proporcionalidade consolidou-se a partir das experiências do Tribunal Constitucional Federal alemão e, em especial, do meticuloso trabalho dos doutrinadores alemães”⁵⁷¹.

É assim que podemos perceber que, enquanto a proporcionalidade surge recentemente no direito alemão após os horrores da II GM, como instituto voltado a uma evidente preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que tange às restrições a tais direitos em virtude de suas constantes colisões, diz-se, por outro lado, que a ideia de razoabilidade tem origem histórica no princípio do “devido processo legal” do sistema jurídico anglo-saxão^{572 573}, tendo amplo destaque no direito norte-americano, mais especialmente na jurisprudência da Suprema Corte daquele país⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. Cit.* p. 59.

⁵⁷¹ GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Volume V. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 97.

⁵⁷² “O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”, com matriz remota na cláusula *Law of the land* da *Magna Charta* inglesa de 1215, tendo se desenvolvido, modernamente, após a sua positivação no texto

Portanto, apesar de vivenciarmos atualmente uma enorme aproximação entre as grandes estruturas de sistemas jurídicos – a anglo-saxã, baseada na força dos precedentes judiciais, e a romano-germânica, calcada na prioridade da norma – de ver-se que os institutos surgem em culturas jurídicas e contextos históricos diversos.

5.2.2. Desenvolvimento e finalidades distintas da razoabilidade e da proporcionalidade.

A origem histórica da proporcionalidade não pode ser confundida com o postulado do direito administrativo alemão, que, denominado como “vedação de excesso” e relacionado à limitação do poder de polícia, determinava a impossibilidade do uso de medidas arbitrárias e bizarras, tais como o abate de pardais “disparando canhões”⁵⁷⁵,

da Constituição norte-americana através das 5ª e 14ª Emenda, “a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte”.

BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 256.

⁵⁷³ Ensina-se que a cláusula do devido processo legal – *due process of law* – de onde se origina a razoabilidade – tem origem na expressão “*by the law of the land*” (*per legem terrae*) utilizada pela Magna Carta inglesa de 1215, que como germe da regra da supremacia do Direito (*rule of law*), importava já àquela época em uma pretensão dos cidadãos contra “punições arbitrárias, através da garantia de processo e julgamento segundo um sistema legal preexistente” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 235/236.).

Após a transcrição da Magna Carta do latim para o inglês, em 1354, a expressão “*per legem terrae*”, a qual significava “*by the law of the land*”, foi, aparentemente sem motivos, transcrita para *due process of law*, passando então a evoluir junto com o direito inglês para caracterizar-se não só como uma exigência de processo formalizado, mas também como um processo justo no qual fosse observada outros tantos direitos fundamentais de ordem processual, mais especificamente a ampla defesa e o contraditório (*Ibidem*. p. 235/236.).

⁵⁷⁴ “A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos dessa natureza, o requisito do *due process of law* (...) o conceito se ampliou para alcançar, pelo chamado *substantive due process*, o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa. Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (*rationality test*) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (*reasonableness standart*) como aferição da legalidade da legislação.”

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de direito administrativo* n° 204. Abr/jun 1996. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.2.

⁵⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 402.

vez que o Estado somente poderia “limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”⁵⁷⁶.

Sim, porque após o novo Estado Constitucional alemão implantado pela LFB entende-se que a proporcionalidade desvincula-se da “proibição de excesso”⁵⁷⁷ e passa a exercer a função de possibilitar a convivência harmônica entre os direitos fundamentais dialéticos instituídos pela nova Constituição alemã, pois a proporcionalidade, tal como a conhecemos atualmente - regra constitucional procedimental necessária à solução de verdadeiras colisões entre direitos fundamentais -, é um instituto de história recentíssima no direito germânico, criado e desenvolvido no esforço jurisprudencial do TCF para manter o sistema de direitos fundamentais descrito na LFB como instrumento essencial de reconstrução da democracia alemã após as tragédias humanas perpetradas pelo regime nazista naquele país⁵⁷⁸.

Isso é demonstrado não só pela profícua colaboração dada à construção e ao desenvolvimento do instituto pelo TCF criado em 1949, como também pela específica importância que o instituto passou a ter na doutrina germânica a partir da década de 1950, vez que as mais diversas obras doutrinárias sobre a natureza constitucional da proporcionalidade inauguram-se em 1955 com a “primeira monografia dedicada exclusivamente ao seu estudo, devida a RUPRERECHT V. KRAUSS, ‘*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im*

⁵⁷⁶ JELLINECK, Walter. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. In BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 407.

⁵⁷⁷ Paulo Bonavides, entretanto, defende que houve e persiste até hoje o uso indiscriminado de ambos os termos na Alemanha – “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*) e “proibição de excesso” (*Übermassverbot*) – para designar o mesmo instituto sob o qual se inserem as máximas parciais da adequação (*Geeignetheit*), da necessidade (*Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*). (*Op. Cit.* p. 403/404.)

⁵⁷⁸ “Na Alemanha, como se verá em seguida, a vinculação dos órgãos dos três poderes, e, principalmente, do legislador aos direitos fundamentais obrigou o Poder Judiciário a encontrar um critério para avaliar as intervenções estatais, que dificultem ou impeçam o exercício destes direitos, decidindo que tais intervenções somente podem ser admitidas na medida em que respeitem o mandamento da proporcionalidade.

O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia de proporcionalidade no direito constitucional. Com uma abrangência material que, em termos históricos, conheceu um grande crescimento nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, verdadeiros óbices à ação do Estado que se dá em razão de interesses coletivos.” (grifei)

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.* p. 160.

Verwaltungsrecht)’, onde já se fez notar a preocupação terminológica, visando distinguir aspectos diversos da proporcionalidade”⁵⁷⁹.

Essa história recente da proporcionalidade como instrumento criado no direito constitucional germânico para a solução de reais colisões entre direitos fundamentais que, necessariamente, precisam ser restringidos para sua própria sobrevivência jurídica pode ser também visualizada pela forte influência que as orientações germânicas sobre a proporcionalidade exerceram sobre o legislador constituinte originário português de 1976, o qual após a Revolução dos Cravos, previu no item 1 do art. 18 da Constituição portuguesa a impositividade da sub-regra da necessidade para solucionar restrições a direitos fundamentais (“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”)⁵⁸⁰.

Por essa relação recente entre a proporcionalidade e a conformação das restrições a direitos fundamentais no regime constitucional alemão posterior à II GM, Eberhard Grabitz, citado por Paulo Bonavides, argumenta que a proporcionalidade, devido a sua marcante utilização pela jurisprudência do TCF, exercita a sua principal função na “esfera dos direitos fundamentais”, pois aqui serve ela “antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade dos direitos fundamentais”⁵⁸¹.

Reforça essa posição de que o desenvolvimento da proporcionalidade tem por finalidade a solução de restrições a direitos fundamentais o fato de que o instituto, como hoje é conhecido, surge na Alemanha em um dado momento histórico e sócio-político em que a própria LFB (art. 93) expressamente atribuiu ao TCF a competência para o exercício

⁵⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 72.

⁵⁸⁰ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 22/11/2010.

⁵⁸¹ GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 395.

da jurisdição constitucional como forma de garantir a vinculação de todos os atos do Poder Público à integridade ⁵⁸² e à aplicabilidade ⁵⁸³ dos direitos e garantias fundamentais inscritos naquela Constituição.

Assim é que, na Alemanha, o instituto da proporcionalidade não representa uma cláusula que fundamenta o controle jurisdicional de constitucionalidade pelo TCF – o qual, já lhe foi expressamente atribuído pela própria LFB -, mas tem por finalidade permitir a solução de colisões entre direitos fundamentais sob uma realidade jurídica em que tais direitos se encontram em permanente colisão, devido a sua dialeticidade, a sua natureza constitucional e a sua estruturação em normas-princípios, entendendo o próprio TCF que “quanto mais a intervenção (em um direito fundamental) afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosa devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão” ⁵⁸⁴.

Diferentemente dessa perspectiva da proporcionalidade, parece-nos que o instituto da razoabilidade surge e desenvolve-se aliado à cláusula do *substantive due process of law* ⁵⁸⁵ para suprir uma deficiência do sistema anglo-saxão em fundamentar constitucionalmente o controle jurisdicional sobre os atos legislativos.

Após a independência e o processo de formação da federação norte-americana, a positivação do *due process of law* na Constituição norte-americana de 1787 pelas V ⁵⁸⁶

⁵⁸² Art. 19, § 2º: “Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.”

⁵⁸³ Art. 1º, § 3: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados.”

⁵⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 410.

⁵⁸⁵ Nesse sentido, dentre vários outros, veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 256; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito constitucional. p. 65/78.; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. Cit.* p. 157/168; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. Cit.* p. 59; MORAIS, Alexandre de. Lições de direito processual civil. 14 ed. v.1. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006. p. 32/33; PEDRA, Anderson Sant’Ana. O controle da proporcionalidade dos atos normativos: A hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 226 e ss; TOLEDO, Suzana de Barros. *Op. Cit.* p. 73/74.

⁵⁸⁶ V Emenda (1791) – “(...) nor (shall any person) be deprive of life, liberty or property without due process of law, (...)”

e XIV ⁵⁸⁷ Emendas e o esforço da jurisprudência para atribuir ao próprio Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, especialmente os atos arbitrários do Poder Legislativo, permitiu a evolução do devido processo legal de sua matriz eminentemente processual para o que a doutrina chama de *substantive due process of law*, o qual passou a ser utilizado pela Suprema Corte norte-americana para “(...) exercer um controle sobre a legislação e a jurisprudência federais e estaduais” ⁵⁸⁸, de modo que “as restrições feitas à liberdade ou à propriedade dos cidadãos apenas seriam reconhecidas como legítimas por ele se fossem, segundo a sua apreciação, razoáveis” ⁵⁸⁹.

De ver-se, portanto, que inicialmente considerada no direito norte-americano sob viés eminentemente processual (*procedural due process*) para obrigar ao cumprimento de garantias processuais básicas, em um sistema jurídico que não continha sustentação jurídica processual sistematizada, rígida e codificada para conferir tais garantias às partes da relação processual ⁵⁹⁰, passou a cláusula do devido processo legal, então, a

UNITED STATES OF AMERICA. *House of Representatives. Fifth Amendment of Constitution de United States of America*. Disponível em < <http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html> > Acesso em 04/11/2010.

⁵⁸⁷ XIV Emenda (1868) – “*Section 1: (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; (...).*”

UNITED STATES OF AMERICA. *House of Representatives. Fourteenth Amendment of Constitution de United States of America*. Disponível em < <http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html> > Acesso em 04/11/2010.

⁵⁸⁸ DAVID, René. *Op. Cit. Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 399.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ Não nos parece difícil concordar com o argumento de que a cláusula do “devido processo legal”, sob o viés processual, vai perdendo o sentido à medida que um sistema jurídico processual desenvolve-se no sentido de fixar regras procedimentais e de conduta das partes e do juiz para a validade e regularidade da prestação jurisdicional conferida em uma dada relação processual, cabendo a invocação da referida cláusula genérica naquelas hipóteses em que não haja regulação específica a respeito da questão procedimental ou processual, tal como se ensina a seguir:

“Isso quer dizer que, na medida em que um sistema jurídico de um determinado país vai evoluindo, e estabelecendo regras específicas para salvaguardar direitos específicos, a regra do *due process of law* acaba, paulatinamente, perdendo sentido, justamente porque é uma garantia de fundo, genérica, que só faz sentido quando não existe uma regra específica para regular uma determinada situação.

No sistema brasileiro, a inserção da garantia do *due process of law* na Constituição (art. 5º, inciso LIV) não tem outra função senão aquela já desempenhada por esta mesma garantia em outros sistemas, qual seja, a de funcionar subsidiariamente, só sendo útil quando não houver uma regra específica para o caso concreto.”

uma fase posterior em que gozava de uma natureza substantiva (*substantive due process*)⁵⁹¹ para permitir que o Poder Judiciário pudesse exercer um controle meritório do poder político desempenhado pelo legislador a fim de evitar, por exemplo, a mudança da ordem econômica liberal estabelecida mediante a análise judicial: (i) da “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados”; (ii) da “legitimidade dos fins”, mediante o “exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano”^{592 593}.

Assim é que durante a evolução do “devido processo legal” no direito norte-americano, a razoabilidade, não mais como uma ideia, mas agora já como um instituto jurídico, passa a ser desenvolvido “como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o *judicial review* (controle de constitucionalidade)”⁵⁹⁴, permitindo-se que o Poder Judiciário controlasse excessos do Poder Público que poderiam ser repelidos pela interpretação e aplicação judicial da *razoabilidade* e da *racionalidade*⁵⁹⁵.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Op. Cit.* p. 30/31.

⁵⁹¹ Segundo Gisele Santos Fernandes Góes, o desenvolvimento do “devido processo legal” nos Estados Unidos deu-se em três fases, pois somente a consideração do caráter substantivo do referido princípio dividiu-se em duas fases distintas, a saber, uma primeira fase de 1890 a 1937, em que o princípio, agora com caráter substantivo e não meramente processual, passa a ter incidência sobre direitos econômicos, por força do caráter protecionista necessário à preservação do próprio do regime liberal econômico norte-americano; uma segunda fase, a partir de 1937, devido à modificação do regime liberal clássico por um Estado Social, dotado de uma feição mais intervencionista, em que se pretende “possibilitar a maximização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, elevando-se a autonomia individual”.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. Cit.* p. 58.

⁵⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 256.

⁵⁹³ No mesmo sentido: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. cit.* p.3.

⁵⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 256.

⁵⁹⁵ “No direito americano, constata-se, portanto, que os excessos cometidos pelo Poder Público são verificados e repelidos por meio de interpretação e aplicação do princípio da razoabilidade. Se o enunciado jurídico decorrente do Poder Legislativo não estiver balizado pela racionalidade e igualdade, como instrumento de defesa dos direitos individuais, o Poder Judiciário desconsidera a norma posta pelo Poder Legislativo e não a aplica, embasando-se, no princípio da razoabilidade, como parâmetro para a aceitação da decisão pela sociedade.”

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. Cit.* p. 58.

A razoabilidade, então, surge e desenvolve-se no direito norte-americano como uma cláusula de sustentabilidade do controle judicial dos atos do Poder Público, mediante a análise judicial da razoável compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados pelo legislador ou pelo administrador, bem como da razoabilidade e da racionalidade dos atos normativos no direito norte-americano.

Essa relação da razoabilidade com a sua finalidade de fundamentar o controle dos atos normativos do legislador pelo Poder Judiciário decorre da função que se atribuiu à cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos da América, vez que por lá o devido processo legal foi aperfeiçoado para permitir a sindicabilidade substancial dos atos normativos como tipicamente se esperava de uma ordem jurídica que historicamente se esforçou por adotar uma Constituição rígida justamente para limitar o poder do legislador e evitar a repetição das constantes arbitrariedades do período de colonização inglesa em que o parlamento da metrópole impunha pesados ônus econômicos aos colonos norte-americanos ⁵⁹⁶.

Nesse sentido, desde o famoso caso *Marbury x Madison*, a Suprema Corte norte-americana firmou o posicionamento de que seria tarefa do Poder Judiciário ⁵⁹⁷ proceder à verificação de conformidade dos atos normativos em relação à Constituição ⁵⁹⁸, sendo

⁵⁹⁶ Como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro, “(...) nos Estados Unidos da América, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo, o que se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres.” (p. 16)

Mais a frente em sua obra, o autor assevera que “esse fenômeno de preconceito parlamentar e da conseqüente necessidade de controle dos atos do Parlamento (...) ensejaram nos Estados Unidos da América a *judicial review* da validade das leis em face da Constituição”.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Op. Cit.* p.24/25.

⁵⁹⁷ “É enfaticamente província e dever do Judiciário dizer que é o direito. Aqueles que aplicam as regras a casos particulares devem, por necessidade, explicar [*expound*] e interpretar as regras (...). Se, portanto, as Cortes devem respeito à Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislador, a Constituição, e não esse ato ordinário, deve ‘*governs the cases*’ para a qual ambas se aplicam.”

VIERA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

⁵⁹⁸ “A doutrina do *judicial review*, contudo, não fez o seu ingresso na História de modo assepticamente cerebrino. Conquanto os “pais fundadores” já considerassem correta a recusa pelos juízes em aplicar leis contrárias à Constituição, o *judicial review* não chegou a ser instituído expressamente na Constituição americana. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos EUA resultou de uma construção *pretoriana*, armada num tempo de extrema tensão política, logo no início da vida republicana (...).” (grifei)

um dos fundamentos de tal avocação de poder pela magistratura estadunidense o desenvolvimento da “cláusula de *due process* numa restrição positiva, sustentando dever o Judiciário dar-lhe, obrigatoriamente, força executiva, sempre que os Departamentos dos Estados procurassem, a seu ver, impor tarifas arbitrárias e irrazoáveis”⁵⁹⁹, sob a *rule of reason* ou *standard of reasonableness*⁶⁰⁰ a qual se constituía em um “critério indefinido”⁶⁰¹ que permitiria examinar se a medida restritiva adotada pelo Poder Público era ou não razoável ou justificada.

Entretanto, esse poder judicial de limitar os atos do legislador e do Poder Público com base na razoabilidade não foi – pelo menos, não historicamente – utilizado com a finalidade de proteger direitos fundamentais violados pelo Estado, vez que o Poder Judiciário estadunidense avocou-se o poder de verificar a razoabilidade dos atos normativos, especialmente as leis, relacionados à ordem econômica, de acordo com os próprios critérios pessoais dos magistrados quanto ao que seria razoável no campo da economia, da política e da ordem social⁶⁰².

Portanto, historicamente, a razoabilidade foi utilizada pela Suprema Corte norte-americana como fundamento do controle jurisdicional dos atos do Poder Público, especialmente do legislador, quando estes estivessem em contradição com a ordem econômica liberal e social racista típica da época em que o instituto desenvolveu-se nos Estados Unidos da América.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. p.47.

⁵⁹⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 96.

⁶⁰⁰ Regra da razão ou razoabilidade.

⁶⁰¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *Op. Cit.* p. 96.

⁶⁰² “Ela (a razoabilidade) passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame do seu acordo com a razão (*reasonableness*). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se (...) na consideração mais importante do direito constitucional americano. E, uma vez que, pela aplicação da ‘regra da razão’ (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo.”

Ibidem. p. 139/140.

Sim, porque se considerarmos que a sociedade norte-americana da época era escravocrata, podemos verificar que o instituto da razoabilidade foi desenvolvido como um mecanismo de manutenção judicial desse regime de exclusão racial e não como um meio judicial de proteção de direitos fundamentais, vez que a *reasonableness* acabou sendo utilizada pela Suprema Corte norte-americana como uma espécie de fundamento para a manutenção da cultura racista e segregacionista que importou, durante muito tempo, em um estado de evidente violação a direitos fundamentais civis da população que não se encaixava nos padrões raciais da maioria branca ⁶⁰³.

Na verdade, posicionamentos da Suprema Corte norte-americana baseados no devido processo legal substantivo ou na razoabilidade para impedir inovações legislativas em benefício de direitos fundamentais marcam a história pretoriana estadunidense, pois diversos exemplos de utilização do *substantive due process of law* como sustentáculo jurídico e, porque não dizer, judicial da manutenção da ordem econômica liberal na jurisprudência daquela Corte podem ser encontrados nos acórdãos produzidos na Era Lochner, em que se declarava a inconstitucionalidade de atos normativos de restrição à liberdade econômica não para garantir “a liberdade e o bem estar efetivos das pessoas” ⁶⁰⁴, mas para a manutenção do “mito liberal de que uma sociedade de homens absolutamente livres seria naturalmente conduzida ao máximo de bem-estar possível” ⁶⁰⁵.

Nesse sentido, veja-se que o primeiro registro de anulação jurisdicional de uma lei com base no devido processo legal substantivo, do qual decorre para muitíssimos autores a razoabilidade, é de triste memória, pois foi com fundamento no referido instituto que a Suprema Corte norte-americana, no conhecido caso *Dread Scott v. Sandford* de 1856,

⁶⁰³ É possível, então, compreender a indignação do questionamento de João Gualberto Garcez quanto à utilização abusiva e ametódica da razoabilidade por nossos juízes, pois “*Afinal de contas, não foi com base na razoabilidade da lei que a Suprema Corte dos EUA afirmou que um negro não é gente e que qualquer lei que tenha que atribuir-lhe essa qualidade é inconstitucional?*” (grifei)

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 46. 2007. p. 106. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em 05/11/2010.

⁶⁰⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 79.

⁶⁰⁵ *Ibidem.*

declarou a inconstitucionalidade da então “Lei do Compromisso do Missouri” de 1820, sob a qual se proibia a escravidão em territórios federais acima de uma linha por ela estabelecida ⁶⁰⁶.

Pasmem, mas segundo o então Presidente da Suprema Corte norte-americana, Roger B. Taney, citado por João Gualberto Garcez Ramos, a referida lei seria inconstitucional, dentre outros motivos, porque “(...) a) os fundadores dos EUA não tencionaram tratar o negro como ser humano; b) conforme a tradição do direito estadunidense, portanto, negro não é ser humano, é coisa; c) *viola o princípio do devido processo legal uma lei que considerasse o negro um ser humano e, com isso, privasse alguém de sua propriedade*; (...); a Lei do Compromisso do Missouri (*Missouri Act, 1820*) é inconstitucional, por violação à 5ª. Emenda; (...)” ⁶⁰⁷. (grifei)

Nesse mesmo sentido apresentam-se as lições de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual a Suprema Corte norte-americana referendou até, pelo menos o início da segunda metade do século XX, as práticas sociais e as políticas públicas raciais e segregacionistas, típicas de certas regiões dos Estados Unidos da América ⁶⁰⁸, com base em uma versão da razoabilidade decorrente da política discriminatória denominada “*equal but separate*”.

De fato, isso pode ser confirmado pela decisão adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Plessy v. Ferguson*, onde se afirmou a constitucionalidade de um ato normativo da Louisiana, de 1890, em que se conferiam iguais condições escolares a crianças brancas e negras, mas em ambientes separados, sob o argumento de que:

(...) todo exercício do poder de polícia deve ser *razoável*, e exercido sempre por meio de leis editadas, de boa fé, com vistas à promoção do interesse público, e não apenas à criação de incômodo ou opressão para uma classe particular. Ao determinar a *questão da razoabilidade*, a assembleia tem liberdade de tomar como referência os usos comuns e as tradições do povo e de ter sempre como finalidade a promoção de

⁶⁰⁶ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 79.

⁶⁰⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*

⁶⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo* 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 120.

seu conforto e a preservação da paz e da ordem pública. *Medido por esse padrão, não podemos dizer que essa lei é irrazoável ou que é mais odiosa frente à 14ª. Emenda que as leis que exigem escolas separadas para crianças de cor, cuja constitucionalidade nunca parece ter sido questionada.*

*(...) Se uma raça é socialmente inferior à outra, a Constituição não pode colocá-las no mesmo plano.*⁶⁰⁹ (grifei)

Essa postura da Suprema Corte norte-americana de referendar a discriminação sócio-racial nos Estados Unidos da América, com base na “irrazoabilidade” das normas que a pretendiam extinguir, somente foi modificar-se em 1954, quando a Corte “(...) enfrentou o problema da separação entre alunos brancos e não-brancos nas escolas públicas”⁶¹⁰ no caso *Brown v. Board of Education*, onde adotou uma guinada radical em seu entendimento para afastar a segregação racial imposta pelo Estado norte-americano, o que importou na sucessiva e forte reação social e política dos estados sulistas contra tal decisão⁶¹¹.

No plano econômico liberal, é sabido que a Suprema Corte norte-americana durante a chamada “era Lochner” utilizou-se da razoabilidade ou da cláusula do devido processo legal substantivo como fundamento para a posição conservadora de seus juízes de manterem a ordem econômica liberal, em resistência às pretensões legislativas e administrativas do Presidente Franklin Roosevelt (*New Deal*) de combate à grande depressão econômica da década de 1930 nos Estados Unidos, tendo a Corte declarado a inconstitucionalidade de diversas medidas de intervenção estatal na ordem econômica produzidas nesse período por considerar que era “a intervenção do Estado na economia uma forma desarrazoada de retirada da propriedade ‘sem o devido processo legal’ “⁶¹².

Exemplo disso foi a utilização do *substantive due process of law* como fundamento para que a Suprema Corte norte-americana declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo com evidente intuito de regular as relações privadas entre patrões e

⁶⁰⁹ GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen M.. *Constitutional law*. p. 671/672. *Apud* COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 116.

⁶¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Op. Cit.* O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. p. 120.

⁶¹¹ *Ibidem.*

⁶¹² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. Cit.*

empregados; ato normativo este que pretendia favorecer a proteção ao direito fundamental ao trabalho saudável. Vejamos.

Agarrando-se a uma ideologia econômica conservadora típica do *laissez faire*, a Corte estadunidense entendeu que não havia razoabilidade que justificasse a determinação legislativa do Estado de Nova Iorque para a redução da jornada de trabalho de 60 (sessenta!) horas semanais dos padeiros, pois haveria outros meios para atingir-se o fim proposto (saúde dos trabalhadores) sem prejudicar de maneira tão sensível a liberdade de contratar dos patrões e empregados, hipótese em que se afiguraria no caso uma violação à 14ª emenda da Constituição norte-americana ^{613 614}.

Diante desse quadro, parece-nos ser possível afirmar que a ideia de razoabilidade, enquanto decorrente da cláusula constitucional do “devido processo legal”, sob viés substantivo, passou a ter destaque no direito norte-americano como fundamento material a “legitimar” o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Poder Público, inclusive os do legislador, vez que “a ideia de *reasonableness*, derivada do *substantive due process of law*, desenvolveu-se, mais acentuadamente, nos Estados Unidos, onde o Judiciário concentrou grande poder, dada a enorme desconfiança que

⁶¹³ “*The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty protected by the Fourteenth Amendment, and this includes the right to purchase and sell labor, except as controlled by the State in the legitimate exercise of its police power.*”

Liberty of contract relating to labor includes both parties to it; the one has as much right to purchase as the other to sell labor.

There is no reasonable ground, on the score of health, for interfering with the liberty of the person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. Not can a law limiting such hours be justified a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals following that occupation.” (grifei)

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Lochner v. New York* (nº 292). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html>. Acesso em: 24/05/2010.

⁶¹⁴ Diversos outros exemplos de julgamentos como esse adotados pela Suprema Corte estadunidense gerou enorme crise institucional entre os Poderes Executivo e Judiciário nos Estados Unidos da América culminando com a solicitação feita pelo Presidente Franklin Roosevelt ao Congresso norte-americano para nomear mais um novo membro para cada membro com mais de 70 anos que houvesse na Suprema Corte, tendo sido essa medida, em conjunto com a mudança de postura de vários dos *Justices* já presentes à Corte, responsável pela ulterior declaração de constitucionalidade de medidas que a Corte já tinha tornado pública sua posição pela inconstitucionalidade.

pairava sobre o Legislativo”⁶¹⁵, em decorrência do processo traumático da independência estadunidense.

Não por outra razão acaba reconhecendo a doutrina brasileira que a razoabilidade surge e desenvolve-se como mecanismo de preenchimento de uma deficiência inerente ao sistema anglo-saxão⁶¹⁶ para legitimar o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos irrazoáveis do Poder Público, pois, como informa Luís Roberto Barroso, “através deste fundamento – o do devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade”⁶¹⁷.

A finalidade do desenvolvimento da razoabilidade nos Estados Unidos da América, enquanto corolário do *substantive due process of law*, foi então permitir ao Poder Judiciário a controlabilidade de atos do Poder Público que fossem “irrazoáveis” em um sistema jurídico que não atribui expressamente tal função ao juiz, pois se trata o instituto de “uma criação pretoriana justificada por uma tradição de *common law*, a qual assegura um certo ativismo judicial”⁶¹⁸ (grifo no original).

É por isso que Juan Francisco Linares entende que, apesar do princípio da razoabilidade na jurisprudência americana ser analisado sob a adequação entre meio empregado e o fim perseguido, o que difere o instituto, enquanto derivado do *substantive due process of law*, é a possibilidade de controle judicial dos atos “irrazoáveis” do Poder Público por não estarem conforme a uma série de princípios filosóficos, políticos, sociais, religiosos,

⁶¹⁵ BRAGA, Valeschka Silva e. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

⁶¹⁶ Reconhece-se que a razoabilidade foi desenvolvida como própria ao sistema de *common law* anglo-saxão, em que não se tinha uma regulamentação sistemática, rígida e codificada, mas apenas ideias esparsas que serviram como critério para aferir a constitucionalidade de determinadas leis.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p.302.

⁶¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito constitucional.

⁶¹⁸ BRAGA, Valeschka Silva e. *Op. Cit.* p. 83.

aos quais se considera ligada a existência da sociedade e da civilização norte-americana⁶¹⁹.

De ver-se, portanto, que enquanto a proporcionalidade foi desenvolvida na Alemanha como um instituto necessário à manutenção de um sistema de direitos fundamentais instituídos por uma Constituição positiva, a razoabilidade foi desenvolvida no direito norte-americano como um princípio material que pode ser confrontado com outro valor ou interesse de natureza jurídica, filosófica, política, social ou religiosa, pois, bem na linha do que sustentam autores importantes, o instituto tem a finalidade de permitir os exames de “razoabilidade (*reasonableness*)” e de “racionalidade (*rationality*)” das leis e dos atos normativos no direito norte-americano⁶²⁰.

5.2.3. A aplicação distinta dos institutos.

A razoabilidade é um instituto jurídico de complexa definição nos Estados Unidos da América, tanto que, como informa Luís Roberto Barroso, o *Chief Justice* Harlan no seu voto proferido no famoso caso “*Griswold v. Connecticut*” ressaltou que a cláusula do devido processo legal substantivo “não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a nenhum código”⁶²¹.

O celebrado autor brasileiro resalta bem isso, quando menciona que “o princípio da razoabilidade (...) sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado (...) se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”⁶²², sendo razoável aquilo “que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário e caprichoso; o que corresponda ao senso comum; aos valores vigentes em dado momento ou lugar”⁶²³.

⁶¹⁹ LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantia innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970. p. 29.

⁶²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 256.

⁶²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito constitucional.

⁶²² *Ibidem.*

⁶²³ *Ibidem.*

Carlos Roberto Siqueira Castro também ressalta a dificuldade de definição da razoabilidade no direito norte-americano quando sustenta que a cláusula do “devido processo legal substantivo” da qual a mesma deriva “não pode ser aprisionada dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula (...) *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na formação da fé democrática”⁶²⁴.

Por isso sustenta o referido autor que a captação do que seja ou não razoável dependeria exclusivamente do “sentimento” de justiça do juiz, pois afinal o devido processo legal de onde decorre a razoabilidade é um “postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de *direito justo, isto é, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social*”⁶²⁵ (grifei)

Inexistindo parâmetros objetivos para a fixação do que seja ou não juridicamente razoável nessa corrente de pensamento, sustenta Carlos Roberto Siqueira Castro que se caracteriza como razoável a medida restritiva que não se afigure como “arbitrária, implausível e caprichosa”⁶²⁶ em relação aos regulares parâmetros sócio-políticos e econômicos reinantes no momento da apreciação judicial da medida restritiva, segundo o sentimento de justiça do magistrado, vez que “por não ser o requisito da ‘razoabilidade’ das leis um princípio aritmético ou suscetível de precisão teórica ou jurisprudencial, é forçoso que a cláusula melhor vocacionada à sua implementação (a do devido processo legal) padeça, por igual, de inexatidão e de variações de conteúdo ao sabor da evolução nem sempre retilínea do sentimento jurídico vigorante em cada tempo e lugar”⁶²⁷.

⁶²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* p. 56.

⁶²⁵ *Ibidem.* p. 152.

⁶²⁶ *Ibidem.* p. 157.

⁶²⁷ *Ibidem.* p. 176/177.

Essa ausência de qualquer caráter objetivo procedimental ou metodológico na concepção norte-americana de razoabilidade, sob a qual cabe ao juiz aferir a razoabilidade de uma medida restritiva de direito com base no “sentimento” de justiça reinante e extraído das conjunturas sociais, políticas e econômicas sob as quais se profere o julgamento, é evidenciada pela autoridade de um dos mais importantes defensores da razoabilidade na Suprema Corte norte-americana, o *Justice Felix Frankfurter*, o qual afirma que:

O devido processo, ao contrário de algumas regras, não é uma concepção técnica com um conteúdo fixado e desligado do tempo, espaço e circunstâncias. Expressando, em última análise, uma imposição de que a lei respeite aquele sentimento de justiça ou de justo tratamento que tem sido desenvolvida durante séculos de história constitucional e civilização anglo-americana, *o devido processo não pode ser aprisionado nos limites traiçoeiros de qualquer fórmula*. Representando uma profunda atitude de justiça entre homem e homem, e mais particularmente entre indivíduo e governo, o devido processo é composto por história, razão, o conjunto das decisões passadas e uma grande confiança na força da fé democrática que professamos. O devido processo não é um instrumento mecânico. Não é um critério. É um processo.⁶²⁸

Na doutrina nacional também é clássica a lição de Suzana de Toledo Barros de que a razoabilidade conduz às genéricas ideias de “adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade” traduzindo-se em “tudo aquilo que não é absurdo, tão somente, o que é admissível”, tendo ainda “outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação”⁶²⁹.

⁶²⁸ *Apud* COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 54.

⁶²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *Op. Cit.* p. 70.

Como nesse prisma de plurissignificação ⁶³⁰ do chamado “princípio da razoabilidade” não é possível definir-se previamente o que seja razoável ⁶³¹, vez que esta qualidade dependerá da percepção do intérprete sobre o senso comum existente a respeito da aceitabilidade ou não de uma dada conduta, pois se considerando o fim ao qual ela se presta o teste de razoabilidade parte da verificação de *irrazoabilidade* ou *arbitrariedade* da conduta examinada, determinando “a exclusão de condutas imprudentes, bizarras, contrárias ao bom senso” ⁶³².

Essa conclusão é referendada pela constatação de Celso Antônio Bandeira de Mello de que, sob a incidência da razoabilidade, “não serão inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, *as condutas desarrazoadas*,

⁶³⁰ A natural vagueza teórica do instituto nos Estados Unidos da América e a ausência de um esforço para caracterizar juridicamente o instituto da razoabilidade no direito brasileiro conduz inúmeros intérpretes brasileiros a não realizarem uma limitação dos múltiplos significados a respeito do termo que designa o instituto.

Múltiplos significados esses que conduzirão o intérprete a uma inevitável dispersão do contexto técnico-jurídico que envolve o instituto, pois, não realizada a limitação do instituto a este contexto, estará o intérprete perdido nas mais diversas linhas do conhecimento humano em que se pretende fundamentar comportamentos razoáveis, tal como sustenta Juan Francisco Linares ao indicar os seguintes significados para a razoabilidade:

“(…) a) *En la técnica se habla de médio razonables para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta racional adecuación de medios a fines. Se trata, pois, de una razonabilidad técnica.* b) *En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se no habla en el valor de totalidad llamado justicia. La justicia es así racionalizadora de los otros valores. Éstos son razonables en cuanto se fundan en la justicia.* c) *En ciência del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencial, cuando la conducta funda en una norma jurídica: de existência cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da: y de verdad cuando tiene fundamento de justicia.* “

LINARES. Juan Francisco. *Op. Cit.* p. 108.

⁶³¹ Sob essa configuração, a razoabilidade é componente típica daquilo que se pode chamar de conceito jurídico indeterminado, tal como destaca Manuel Atienza ao ressaltar a mutabilidade da definição de razoabilidade no âmbito da expressão “X é razoável”; esta pode conduzir o intérprete à análise de pelo menos três possíveis abordagens sobre a razoabilidade em diversos campos do conhecimento humano, conforme a seguir enumeradas:

“(…) 1) *un enunciado jurídico, como una norma, un principio, una definición ... o alguna combinación de enunciados de estos tipos;* 2) *un agente jurídico (un individuo o un grupo), como un legislador, un juez, un funcionario, un abogado, un jurista teórico, etc.,* 3) *un acto consistente en establecer, interpretar o aplicar enunciados jurídicos.*”

ATIENZA, Manuel. *Para una razonable definición de “razonable”.* p. 192. *Doxa 4.* Alicante (Espanha). 1987. p. 189 e 192.

⁶³² MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.* p. 71.

bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada” ⁶³³.
(grifei)

Em linha de similaridade com a constatação mencionada, verificamos que, em pesquisa sobre a aplicação jurisprudencial da razoabilidade nas Cortes norte-americanas, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro Gouvêa ressalta que a grande maioria dos acórdãos de Tribunais norte-americanos pesquisados, seja em que área do direito o objeto recaia, parte de uma análise quanto à *irrazoabilidade* da conduta estatal perquirida pelo *judicial review* ⁶³⁴, através (i) “da “ausência de caprichos” do legislador ou do administrador, ou seja da análise substancial dos fins colimados” ou (ii) do teste do “*reasonable and not arbitrary*” ⁶³⁵ sobre a conduta do legislador ou do administrador público ⁶³⁶.

Citando John Bell, Germana de Oliveira Moraes referenda essa posição ao afirmar que o teste da razoabilidade, no direito norte-americano pode ser considerado sob duas concepções de *irrazoabilidade*, quais sejam a de (1) impertinência ou desconsideração dos elementos utilizados para a tomada de decisão e a de que (2) nenhuma outra autoridade teria racionalmente decidido daquela maneira irrazoável nas circunstâncias em que se apresentou a necessidade da medida adotada ⁶³⁷.

Da mesma maneira dá-se a aplicabilidade da razoabilidade no direito inglês, no qual não se fala, propriamente, em razoabilidade, mas sim em *irrazoabilidade*, pois foi a partir de decisão judicial prolatada no famoso caso *Wednesbury* de 1948 que o Judiciário inglês posicionou-se pela necessidade de rejeição judicial da aplicabilidade de atos irrazoáveis,

⁶³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. Cit.* Curso de direito administrativo. p. 66.

⁶³⁴ GOVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. *Op. Cit.* p. 99.

⁶³⁵ Razoável e não arbitrário.

⁶³⁶ GOVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. *Op. Cit.* p. 105/120.

⁶³⁷ MORAES, Germana de Oliveira. O controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada. p. 81. In MORAES, Germana de Oliveira. (Org.) Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999. p. 75/152.

pois “se uma decisão (...) é de tal forma *irrazoável*, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então a Corte pode intervir”⁶³⁸. (grifei)

Nessa clássica decisão do Poder Judiciário inglês, prolatada no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation*, em que se impugnou judicialmente a proibição de filmes a menores de quinze anos aos domingos à tarde, houve um grande esforço da Corte de Apelação inglesa em definir o que viria a ser a razoabilidade, tendo restado assentado que:

It is true that discretion must be exercised reasonably. (...) For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting ‘unreasonably’. Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington L. J. in Short v. Poole Corporation gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith;(...).^{639 640}

Além disso, parece-nos haver campo para afirmar que essa forma de considerar a razoabilidade não é característica somente do direito norte-americano e do direito inglês, mas da própria concepção do instituto nos países com sistemas jurídicos de

⁶³⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 29.

⁶³⁹ WILSON, Geoffrey Philip. *Cases and materials on constitutional and administrative law. (Cambridge legal case book series)*. 2.ed. Cambridge University Press, 1976. p. 409/410. Disponível em <<http://books.google.com.br>>. Acesso em 04/08/2010.

⁶⁴⁰ “É verdade que o poder deve ser exercido razoável. (...) Por exemplo, uma pessoa encarregada de um critério deve, por assim dizer, dirigir-se corretamente em lei. Ele deve chamar a sua atenção para a própria matéria que ele é obrigado a considerar. Ele deve excluir de sua conta questões que são irrelevantes para o que ele tem que considerar. Se ele não obedecer a essas regras, ele pode realmente ser acusado e, muitas vezes é acusado de agir irrazoavelmente. Da mesma forma, pode haver algo tão absurdo, que nenhuma pessoa sensata poderia sonhar que estava dentro dos poderes da autoridade. Warrington L. J., no caso *Short v. Poole Corporation* deu o exemplo da professora ruiva, que foi dispensada porque tinha o cabelo ruivo. Isso não é razoável em um sentido. Em outro sentido é, caso se leve em consideração as matérias estranhas aos fatos. É tão absurdo que quase poderia ser descrito como sendo feito de má-fé (...).” (tradução livre)

natureza anglo-saxã⁶⁴¹, pois em acórdão da Corte Federal australiana restou assentado que o teste de razoabilidade tem por finalidade aferir se a decisão tomada pelo Poder Público é *irrazoável* por ultrapassar os limites impostos por um senso comum de equilíbrio e harmonia entre a postura do agente público e os valores reinantes em uma determinada sociedade:

The general rule restricting interference, in administrative law proceedings, on the ground of unreasonableness is still that laid down in Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948) 1 K.B. 223 ap p. 230:

'It is true to say that, if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere.(...)'

The Wednesbury test, on the other hand, which is in effect given statutory expression in sec. 6 (2) (g) of the Judicial Review Act, directs attention to the possible range of decisions which a reasonable authority could have made, not to the Court's opinion as to what was the appropriate decision. Of course, in considering that point, a suggestion that the decision taken exceed the reasonable necessities of the occasion must receive attention.^{642 643}(grifei)

Ou seja: a única certeza objetiva quanto à razoabilidade no direito de origem anglo-saxã é que o seu campo de emprego ocorre naqueles casos em que não existam maiores dúvidas quanto à irrazoabilidade ou arbitrariedade do ato do Poder Público impugnado,

⁶⁴¹ “Ninguém, até hoje, conseguiu definir, minimamente, qual seria o conteúdo dessa dimensão material do *due process of law*. A própria fundamentação de uma tal dimensão substantiva do princípio processual parece seriamente questionada em um sistema de civil law, como o Brasil.”

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. p. 308.

⁶⁴² AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Allen, Allen and Hemsley v. Deputy Federal Commissioner of Taxation & Ors* 88 ATC 4734. *Federal Cort.* Disponível em <<http://law.atolaw.gov.au/atolaw/view.htm?locid='JUD/88ATC4734'&PiT=99991231235958>>. Acesso em 04/08/2010.

⁶⁴³ “A regra geral que limita a interferência, no processo administrativo, em razão da irrazoabilidade ainda é o previsto no caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948) 1 K.B. 223 ap p.230*:

'É verdade que, se uma decisão sobre um assunto é tão irrazoável que nenhuma autoridade razoável poderia ter chegado a ela, então pode a Corte interferir. (...).'

O teste *Wednesbury*, por outro lado, que está em vigor na expressão legal do sec. 6 (2) (g) da Lei de Revisão Judicial, o qual se dirige ao possível alcance das decisões que a autoridade razoável poderia ter tomado, para não se submeter à opinião da Corte de qual seria a decisão adequada. É claro que, considerando esse ponto, a sugestão de que a decisão tomada excede as necessidades razoáveis da ocasião devem receber atenção (do tribunal).” (tradução livre)

eis que esta pode ser facilmente “sentida”⁶⁴⁴ pelo intérprete, não só sob o prisma do “devido processo legal substantivo” como também do princípio da igualdade, sendo aqui tratados de maneira idêntica tais institutos, vez que do “(...) princípio da igualdade construiu-se a apreciação da razoabilidade da norma. De fato, se a igualdade consiste no tratamento igual para os iguais, desigual para os desiguais, a lei desarrazoada desigual, *arbitrariamente*, os indivíduos.”^{645 646}

Helenilson Cunha Pontes também bem captou essa correlação entre razoabilidade e igualdade das lições de Gustavo Zagrebelsky para chegar à conclusão de que a razoabilidade funcionará como instrumento para aferir a “aceitabilidade social da medida eleita para diferenciar”, à medida que ela é utilizada no “discurso jurídico como complemento do princípio da igualdade, exigência de racionalidade sistêmica e imperativo de justiça”⁶⁴⁷.

Entretanto, diferentemente da razoabilidade, a proporcionalidade tem campo de atuação justamente onde se apresenta necessária a finalidade que lhe traduz vital importância contemporânea, qual seja servir de instrumento essencial à solução dos chamados

⁶⁴⁴ Talvez daí se origine o posicionamento doutrinário de que o princípio da razoabilidade é inserto naquela classe de princípios que são mais fáceis de serem “sentidos” do que definidos.

Neste sentido, PEDRA, Anderson Sant’Ana. O controle da proporcionalidade dos atos normativos: A hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 203.; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* p. 37.

⁶⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995. p.

⁶⁴⁶ Alexandre Araújo Costa reconhece que nos Estados Unidos da América não há significativa distinção entre o *substantive due process of law* e a *equal protection*, segundo a qual se promove a proteção de direitos fundamentais contra medidas governamentais discriminatórias, vez que o contexto sócio-político e econômico sobre o qual se produz a decisão tem muito maior relevância no direito norte-americano do que critérios objetivos distintivos para conferir racionalidade à decisão:

“Não há alguma coisa como o verdadeiro significado da *equal protection* ou do devido processo legal. O conteúdo que é reconhecido às garantias fundamentais precisa obedecer alguns limites, mas o contexto social e político tem grande influência sobre as escolhas da Corte quanto aos argumentos jurídicos mais adequados a fornecer soluções aceitáveis. A linha que divide os campos de aplicação desses dois institutos é historicamente mutável e, mesmo em momento definido, bastante fluida. Em momentos de indefinição, podemos identificar que ambos os argumentos são levantados pelos cidadãos que apelam à Corte: isso aconteceu tanto nos *Slaughterhouse Cases* como em *Brown v. Board of Education*, por exemplo.”

COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 123.

⁶⁴⁷ PONTES, Helenilson Cunha. *Op. Cit.* p. 76.

“casos reais” de colisões entre direitos fundamentais, os quais, no âmbito de uma sociedade pluralista, democrática e complexa, apresentam-se como aqueles casos difíceis ou duvidosos em que será necessário um efetivo recurso ao sopesamento ou à ponderação das razões e contrarrazões para decidir-se pela prevalência de um dado direito fundamental em colisão com outro de mesma envergadura ⁶⁴⁸.

Nesse espectro de aplicação da proporcionalidade não há um senso comum decorrente da irrazoabilidade ou arbitrariedade de uma medida que possa subsidiar uma tomada de posição pelo intérprete; ao contrário: diante do caso difícil em que se apresenta uma real colisão entre direitos fundamentais de igual hierarquia constitucional ou princípios, será necessário o recurso do intérprete à proporcionalidade, especialmente à proporcionalidade em sentido estrito, para realizar a ponderação entre razões e contrarrazões sob a qual ocorrerá a aferição de qual direito fundamental que deve prevalecer no caso concreto.

Ou seja, para mantermo-nos fiéis à origem, ao desenvolvimento e à finalidade do instituto da razoabilidade a partir do *substantive due process of law* nos Estados Unidos da América, precisamos identificar como campo de aplicação da razoabilidade não aquelas situações em que haja uma colisão de princípios ou de direitos fundamentais no caso concreto, mas sim a proeminência vertical de princípios ou direitos fundamentais que impedem a realização de atos que, segundo o senso comum reinante captado pelo juiz, sejam categoricamente arbitrários, aleatórios ou incongruentes com a relação fática com a qual ele deveria relacionar-se ^{649 650}.

⁶⁴⁸ “(...) sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade. (...)” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 328.

⁶⁴⁹ “A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Na primeira hipótese, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim.

Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre um meio e um fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de

5.2.4. A ausência de perspectiva procedimental na razoabilidade.

Conforme já expusemos no capítulo anterior, parece-nos que a proporcionalidade, enquanto dotada da função específica de permitir a solução de colisões entre direitos fundamentais, é aplicável sob uma perspectiva procedimental que não pode ser desconsiderada pelo intérprete e aplicador do instituto; especificidade esta que não acontece na razoabilidade.

Na proporcionalidade será necessário verificar se a restrição a um direito fundamental foi realizada de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas presentes na situação em que a colisão entre direitos fundamentais ocorre, cabendo a aferição das possibilidades fáticas aos sub-elementos da proporcionalidade denominados adequação e necessidade e a aferição das possibilidades jurídicas à proporcionalidade em sentido estrito.

Sob essa linha de raciocínio, Helenilson da Cunha Pontes reconhece que a aplicação da proporcionalidade exige uma motivação racional e procedimental da decisão determinante de prevalência de um dado direito fundamental, segundo a aplicação dos seus três sub-elementos, justamente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito ⁶⁵¹.

De ver-se, portanto, que a legitimidade da proporcionalidade decorre justamente da aplicação progressiva dos três sub-elementos antes mencionados, segundo o

diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco dela.”

ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 159.

⁶⁵⁰ Eros Grau filia-se ao entendimento de Humberto Ávila sobre a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Veja-se GRAU, Eros Robert. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 169/170.

⁶⁵¹ PONTES, Helenilson Cunha. *Op. Cit.* p. 85/90.

procedimento estabelecido para a sua aplicação, tal como reconhecem até mesmo aqueles que lhe conferem uma conceituação de princípio-norma⁶⁵².

Diferentemente dessa obrigatória perspectiva procedimental, à aplicação da razoabilidade, típica do *common law*, será necessária apenas uma perspectiva eminentemente subjetiva do juiz que seja suficiente para captar o “senso comum” que define a irrazoabilidade ou arbitrariedade de uma conduta.

Sim, porque essa aplicação eminentemente subjetivista da razoabilidade é reconhecida como adequada na doutrina e na jurisprudência norte-americana, à medida que a forma de julgar típica do sistema jurídico anglo-saxão satisfaz-se com a aplicação meramente intuitiva da razoabilidade, como decorrência da consideração de que a cláusula do devido processo legal substantivo “não é um instrumento mecânico”^{653 654}.

Não por outro motivo sustenta-se que “A razoabilidade é encarada, pelos próprios norte-americanos, como uma virtude do homem prudente, incorporada ao *common law*. O juiz a aplica intuitivamente, sem elaborar complexas demonstrações lógicas de seu mecanismo, em cada caso concreto.”⁶⁵⁵ (grifei)

⁶⁵² “Supondo agora que o princípio aqui abordado venha a merecer o reconhecimento de sua valia em nosso País, cabe desde já tomar em consideração o problema de sua tendência ao que se chama na doutrina alemã de “Oberdehnung”, “*super-expansão*”, para designar um exagero ao empregá-lo, que levaria a um “relaxamento” na aplicação da lei (cf. HIRSCHBERG, ob. cit., p. 239 s.). Para prevenir que isso aconteça, nada melhor do que atribuir “*reflexividade*” ao princípio, de modo que só se possa aplicá-lo mediante um exame da “*adequação*”, “*exigibilidade*” e “*proporcionalidade*” de fazê-lo. Com isso, pode-se reservar a utilização dele para o momento oportuno e necessário, quando for essa a providência mais de acordo com a finalidade última do ordenamento jurídico: o maior benefício possível da comunidade com o mínimo sacrifício necessário de seus membros individualmente.” (grifei)

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit. Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 85.

⁶⁵³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* p. 56.

⁶⁵⁴ Mesmo nos Estados Unidos da América a inexistência de parâmetros objetivos para a controlabilidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário através da razoabilidade não está indene de críticas, pois, no âmbito da decisão proferida em *Lochner v. New York* (198 U.S. 45(1905)), criticou-se a posição da Suprema Corte norte-americana de afirmar a invalidade da lei substituindo “o julgamento do legislador pelo seu próprio” ao decidir “por si mesma que a lei não era razoavelmente relacionada a nenhuma das finalidades sociais para as quais o poder de polícia podia ser validamente exercido”. (SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional law: a textbook*. Apud COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 72.)

⁶⁵⁵ GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. *Op. Cit.* p. 99.

Demonstrando a constatação de inexistência de rigores formais na aplicação da razoabilidade no direito norte-americano, eis que reinante uma concepção evidentemente intuitiva do instituto em que é suficiente para a sua aplicação a verificação das circunstâncias específicas do caso concreto sob o senso comum sobre elas reinantes, veja-se trecho do voto do Juiz Holmes, no caso *Rideout v. Knox*, citado por Juan Francisco Linares, onde se argumenta que “*El criterio de razonabilidad no puede se definido com precisión, pero un estudio cuidadoso de los casos específicos tienden a desenvolver una comprensión intuitiva de la razonabilidad. Esta comprensión excede al análisis y totaliza en ella muchas impresiones inconscientes y oscuras.*”⁶⁵⁶

Essa percepção da razoabilidade nos Estados Unidos da América recebeu a oposição de poucos juízes, dentre os quais se pode citar o *Justice* Hugo Lafayette Black, o qual foi um ferrenho opositor do uso indiscriminado da razoabilidade pela Suprema Corte norte-americana como fundamento da posição conservadora de seus juízes⁶⁵⁷ de contraditar os atos normativos que pretendessem alterar a ordem sócia-econômica liberal e escravocrata outrora reinante nos Estados Unidos, sem submeter a sua argumentação jurisdicional a qualquer critério jurídico-procedimental que pudesse ser aferido e controlado pelos demais intérpretes⁶⁵⁸.

Mesmo que se admita que na jurisprudência estadunidense a aplicação da razoabilidade faz-se sob uma consideração da correlação entre meios e fins visados pelo legislador⁶⁵⁹,

⁶⁵⁶ LINARES, Juan Francisco. *Op. Cit.* p. 123.

⁶⁵⁷ BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Trad. Luiz Carlos F. de Paula Xavier e Paulino Jacques. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 44.

⁶⁵⁸ “Desde que (...) a pedra angular da minha crença na Constituição é a convicção básica de que ela se destinou a evitar que pusesse poder demasiado nas mãos de um ou mais agentes públicos, não posso subscrever interpretação tão frágil do *processo legal*, que permita aos juízes (...) considerar inconstitucionais leis de que não gostam. (...) *essas expressões nenhuma limitação ou restrição impõem aos juízes, mas os deixam completamente livres para decidir questões constitucionais, baseados nos seus próprios juízos de política.*” (grifei)

Ibidem. p. 43/44.

⁶⁵⁹ Entende-se que, segundo a razoabilidade, seria possível aferir-se judicialmente se os atos normativos não são irrazoáveis, vez que as leis “não devem ser arbitrárias, implausíveis ou caprichosas, mas meios idôneos, hábeis e necessários ao atingimento da finalidade constitucionalmente válida” (AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 206).

não se pode desconsiderar que em tal análise o julgador considera o consenso público⁶⁶⁰ de razoabilidade da mesma forma como consideraria qualquer cidadão despido da toga, pois atualmente o teste da razoabilidade nos Estados Unidos da América envolve a resposta à questão: “poderiam legisladores racionais terem entendido a lei como um método razoável de garantir a saúde, segurança, moral e bem estar da população?”⁶⁶¹

Essa análise da correlação de razoabilidade entre meios adotados e fins pretendidos também não pode ser entendido como um fator de correlação entre a razoabilidade e a proporcionalidade, porque (i) este exame identificar-se-ia apenas com um dos três sub-elementos da proporcionalidade, a adequação⁶⁶²; (ii) nesta sub-regra da proporcionalidade não se analisa se o meio adotado é adequado para alcançar um fim, mas se é adequado para fomentar, ajudar ou auxiliar ao alcance do fim; e, por fim, (iii) o exame da adequação na proporcionalidade não goza de um “*elevado teor de racionalidade lato sensu que a aplicação da razoabilidade exige*”⁶⁶³ no direito norte-americano.

Sob esse último aspecto é importante ressaltar que essa racionalidade *lato sensu* exigida no teste da razoabilidade no direito norte-americano não se atém à aferição das possibilidades fáticas adequadas à prevalência de um dado direito fundamental no caso concreto, sendo um geral e “delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o

⁶⁶⁰ “(...) decorre a obrigatoriedade de que as leis reflitam o consenso público, significando, essa satisfação, a obediência ao princípio da razoabilidade. Observe-se que, nesse sentido, se o próprio processo de elaboração da norma legal não for razoável, ou seja, se as opções feitas pelo elaborador não estiverem pautadas pela *sensatez*, estará a norma fadada à invalidação – daí porque alguns autores correlacionam a *reasonableness* com o princípio da finalidade e com a legitimidade.” (grifei)

BRAGA, Valeschka e Silva. *Op. Cit.* p. 55.

⁶⁶¹ SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional law: a textbook*. Apud COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 74.

⁶⁶² “Outro ponto que afasta a sinonímia entre a razoabilidade e a proporcionalidade relaciona-se a sua estrutura e aplicação. Enquanto a primeira constitui-se em pauta que exige que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins, a segunda foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenadamente aplicados, na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, necessidade e a ponderação.”

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. Cit.* p. 196.

⁶⁶³ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001. p. 74.

desdobramento de seu processo”⁶⁶⁴; ou seja, a racionalidade exigida na aplicação do devido processo legal substantivo no direito estadunidense abrange o amplo processo mental de auto-convencimento do próprio magistrado, através da captação que o mesmo faça quanto ao senso comum reinante no momento sócio-político e histórico em que irá proferir sua decisão.

Assim reconheceu o *Justice* Thomas J. da Suprema Corte norte-americana em julgamento no qual, ressaltando a sua análise superficial sobre o tema, ressaltou em seu voto dissidente que a jurisprudência daquela Corte, independentemente de qual termo se utilize, se racionalidade ou razoabilidade, normalmente não realiza um exame estrito da conduta pública sob juízo, mas sim uma análise de diferenciação da conduta em relação ao senso comum reinante no momento em que a mesma foi adotada, não sendo procedente a impugnação de *irrazoabilidade* de uma conduta quando o senso comum do magistrado permite verificar, ao menos, a razoabilidade do ato normativo sob análise judicial:

Some of our cases (e.g. O'Connor v. Donaldson, 422 U.S. 563 (1975)) have used the language of rationality review; others (e.g. Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715 (1972)) have used the language of reasonableness”, which may imply a somewhat heightened standard; still others (e.g. Jones) have used the language of both rationality and reasonableness. What is clear from our cases is that the appropriate scrutiny is highly deferential, not strict. We need not decide in this case which precise standard is applicable, since the laws under attack here are at the very least reasonable.^{665 666} (grifei)

Dessa lição parece ser possível perceber que os *standarts* utilizados para o estabelecimento de critérios na aplicação da razoabilidade nos Estados Unidos da América não podem fundamentar a identificação desse instituto com a

⁶⁶⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* p. 56.

⁶⁶⁵ SUPREME COURT. *Foucha v. Louisiana. Certiorari to the Supreme Court of Louisiana. nº 90-5844. Boud volume 504.* p. 121. Disponível em <www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolume.aspx>. Acesso em 05/08/2010.

⁶⁶⁶ “Alguns de nossos casos (por exemplo O'Connor v. Donaldson, 422 E.U. 563 (1975)) usaram a linguagem da revisão da racionalidade; outros (por exemplo Jackson v. Indiana, 406 E.U. 715 (1972)) usaram a linguagem da razoabilidade, que pode implicar um padrão um tanto elevado; outros (por exemplo, Jones) têm usado ainda ambas as linguagens da racionalidade e da razoabilidade. O que fica claro de nossos casos é que o exame apropriado é altamente diferencial, não estrito. Nós não precisamos decidir neste caso que critério é precisamente aplicável, desde que as leis sob impugnação judicial sejam pelo menos razoáveis.” (tradução livre)

proporcionalidade, pelo menos não na forma como ela é aqui concebida – regra procedimental -, pois, diferentemente das sub-regras e do procedimento inerente à aplicação da proporcionalidade, os *standarts* de aplicação da razoabilidade no direito norte-americano “não são regras de conteúdo definido, mas uma espécie de referências ao senso comum, de padrões de normalidade que servem como parâmetro para a avaliação da razoabilidade (entendida como aceitabilidade social) de alguns comportamentos”⁶⁶⁷.

De ver-se, portanto, que no teste de razoabilidade do direito norte-americano, ao magistrado, como agente estatal eleito que deve ser dotado de prudência, ponderação, tolerância e outras qualidades afins, será suficiente verificar se a conduta do Poder Público ultrapassa os limites do aceitável naquele contexto sócio-político, cultural e histórico em que profere a sua decisão.

Como temos realçado no presente capítulo, essa análise de razoabilidade ocorrerá sob a indisfarçável subjetividade do julgador, pois, na opinião de Juan Francisco Linares, essa valoração judicial “*no significa otra cosa que una objetividad estimativa de la valoración jurídica en función del ambiente histórico del que ella misma es una parte*”⁶⁶⁸.

Entretanto, como essa ausência de limites objetivos típica do direito anglo-saxão não é aceita em nossa cultura jurídica, alguns autores brasileiros que tratam indistintamente a proporcionalidade e a razoabilidade impõem a este instituto de origem norte-americana uma perspectiva procedimental⁶⁶⁹ da qual o mesmo não dispõe em sua origem e desenvolvimento nos Estados Unidos da América⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 54.

⁶⁶⁸ LINARES, Juan Francisco. *Op. Cit.* p. 120.

⁶⁶⁹ Aplicação subsidiária, racional e procedimentalizada inerentes ao sistema de *civil law* onde originada e desenvolvida a proporcionalidade.

⁶⁷⁰ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ressaltam a inadequação do que ocorreu em Portugal, quando se pretendeu “unificar tradições divergentes” ao transportar-se, sem maiores rigores teóricos e metodológicos, para um ordenamento jurídico de *civil law* um instituto que teve origem e desenvolvimento na *common law*, tratando-os de maneira praticamente idêntica. Entendem os referidos autores que o mesmo equívoco ocorreu por aqui, pois:

Diante das abissais distinções entre as origens, desenvolvimento e finalidades dos referidos institutos ⁶⁷¹, não resta outra alternativa a tais autores senão justificar a inserção desse aspecto procedimental à razoabilidade através de sua consideração – conjuntamente com a proporcionalidade - como um “princípio instrumental de interpretação constitucional” que, integrante de um rol de métodos de interpretação constitucional, seria justificável devido à insuficiência dos tradicionais métodos de interpretação jurídica para a solução das complexas relações jurídicas contemporâneas.

Parece-nos que essa tratativa da razoabilidade e da proporcionalidade evidenciam dois problemas. O primeiro é que os autores que assim se posicionam deixam expresso que o termo “princípio” aqui empregado por eles para designar indistintamente a razoabilidade e a proporcionalidade não se relaciona com o mesmo termo que designa a espécie de norma dotada de conteúdo, estrutura e aplicação próprios, mas sim com meras “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” ⁶⁷².

Essa compreensão indistinta expõe-se, por exemplo, na obra de Luís Roberto Barroso, o qual compreende as ideias de proporcionalidade/razoabilidade como (i) princípio instrumental de interpretação constitucional ⁶⁷³, (ii) integrante do marco filosófico que importou na transformação do direito constitucional contemporâneo ⁶⁷⁴ e (iii)

“A imprecisão e o sincretismo caracterizam também a recepção da teoria da proporcionalidade no Brasil. Entre outros problemas, ocorre a tentativa de redução da ideia da proporcionalidade a um mero exame de razoabilidade que seria intrínseco a tradição de *common law* e também aceito em vários países europeus afirmando que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são praticamente sinônimos.”

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.* p. 166/167.

⁶⁷¹ “Fato é que a metodologia (ou critério) de “proporcionalidade” tem seu desenvolvimento nos trabalhos do Tribunal Constitucional alemão e, nessa perspectiva, é muito mais complexa que a noção *tópica* de “razoabilidade”, pois envolve mais que uma simples pauta que sugere que os atos estatais devem ser razoáveis a partir de uma relação simples de *meio-fim*. Isto porque ela se desenvolve a partir de três sub-regras (postulados ou máximas, para alguns autores) independentes, mas obrigatoriamente observadas em sequência: (1) *adequação*, (2) *necessidade* e (3) *proporcionalidade em sentido estrito*.” (grifo do autor).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 80.

⁶⁷² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p.359.

⁶⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Curso de direito constitucional contemporâneo. p. 304.

⁶⁷⁴ *Ibidem.* p. 255/261.

sustentáculo da ponderação na colisão de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e outros valores constitucionais ⁶⁷⁵.

Em linha de evidente similaridade, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco conferem indistinção sistêmica às ideias de proporcionalidade e razoabilidade como princípio de interpretação constitucional e como norma-princípio ⁶⁷⁶, ao sustentarem que:

(...) o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade legislativa, inclusive a de nível constitucional; e ainda, enquanto, princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. ⁶⁷⁷
⁶⁷⁸ (grifei)

Data maxima venia aos consagrados autores ⁶⁷⁹, parece-nos ser um paradoxo inadmissível atribuir-se, simultaneamente, aos institutos a natureza de norma (princípio) e de meras “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas” despedidas de qualquer normatividade ou imperatividade durante o processo de interpretação das normas envolvidas no conflito normativo.

⁶⁷⁵ *Ibidem.* p. 328/338.

⁶⁷⁶ Veja-se que os autores vão referendar a distinção aqui evidenciada, ao tratarem, em outro tópico da obra, de maneira abrangente, o “princípio da proporcionalidade” enquanto norma constitucional que permite o *judicial review* sobre a discricionariedade do legislador, viabilizando a censura judicial sobre o excesso de poder legislativo (“proibição de excesso”). (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 321/338.)

⁶⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 121.

⁶⁷⁸ No mesmo sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

⁶⁷⁹ Essa mesma postura paradoxal de denominar-se a razoabilidade e a proporcionalidade simultaneamente como instrumentos de caráter normativo e de mera orientação do intérprete jurídico encontra-se na obra de José Sérgio da Silva Cristóvam, para quem os referidos institutos são, ao mesmo tempo, “verdadeiros limites à atuação do Poder Público” e “verdadeiras máximas, cânones de interpretação”.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Op. Cit.* p. 192.

É que não se pode dizer que um instituto jurídico seja uma norma ao mesmo tempo que seja um mero método de interpretação não dotado de qualquer imperatividade, pois a sistematização e a coerência do direito assim o exigem. Ou os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade são normas dotadas de imperatividade e coercibilidade ou não o são!

Com todo respeito devido aos que pensam de forma diferente, parece-nos um grave equívoco considerar que a plurissignificação dos termos que designam os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade possa conduzir a tal extremo de considerá-los como normas ao mesmo tempo em que se lhes atribui mera condição de método de interpretação jurídica.

O segundo problema dessa consideração da razoabilidade é, conforme já mencionamos anteriormente, a própria inserção de uma perspectiva tridimensional procedimentalizada que não é característica ao instituto no ambiente normativo de seu desenvolvimento, o direito norte-americano, vez que a inserção de um procedimento decorre somente da forma como a proporcionalidade foi desenvolvida no direito germânico enquanto asseguradora de direitos fundamentais que continuamente se restringem e, ainda assim, permanecem no ordenamento jurídico com sua relevante carga axiológica e normativa.

Até porque os norte-americanos não utilizam a razoabilidade (*reasonableness*) como instituto comparativamente relacionado com a ideia de proporcionalidade desenvolvida neste trabalho, visto que por lá os conflitos entre direitos ou interesses estruturados sob a forma de normas contextualmente genéricas são resolvidas através de um chamado “*test of balancing*”⁶⁸⁰.

Aliás, nem mesmo esse instituto se relaciona com a ideia de proporcionalidade tratada nesse trabalho, pois, como uma decorrência natural de um sistema jurídico que se baseia

⁶⁸⁰ “Principle basic to the justice system of weighing both sides of an issue. Examining the pros and cons. The ultimate goal is to seek equality or evenhandedness a perfect balance). Constitutionally, it involves individual rights guaranteed by the Constitution weighed against state rights in such areas as equal protection and freedom of speech and press.”

GIFIS, Steven H.. *Law Dictionary*. Apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 89.

na força dos precedentes judiciais e não em normas positivadas ⁶⁸¹, o direito estadunidense “desconhece” a natureza de “norma-princípio” como mandamento de otimização, ideia-base da proporcionalidade.

Não se trata, portanto, o “*test of balancing*” de um congênere norte-americano da proporcionalidade, vez que, conforme ensina Bernardo Gonçalves Fernandes, “os termos “*peso*” e “*ponderar*” não recebem a mesma significação e aplicação na tradição norte-americana” ⁶⁸² da que recebem na tradição germânica, pois “segundo a tradição norte-americana, *ponderar* é nada mais do que refletir sobre uma coisa, de modo que Dworkin se propõe a “*ponderar sobre princípios*” e não “*ponderar os princípios*” ⁶⁸³ como se faz na tradição germânica, sob a égide da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

O autor mineiro, inclusive, menciona que Aleinikoff, em sua obra *Constitutional Law in the Age of Balancing*, procurou traçar “um panorama da utilização da chamada ponderação ou balanceamento, que os Tribunais norte-americanos alegam adotar, a partir do início do século XX” ⁶⁸⁴, sendo possível, a partir daí, afirmar que em vários casos:

(...) não é preciso vislumbrar a questão a partir da ótica do conflito entre interesses a serem ponderados, desse modo, ele assinala uma importante diferença que parece ser olvidada pelos seus defensores: *nem sempre ponderar significaria algo como colocar interesses concorrentes (ou princípios) numa balança e sopesá-los*. Dentro da tradição norte-americana, ponderar acaba por significar, ainda, *refletir*, de modo que *a solução dos conflitos entre princípios envolve muito mais um exercício de reflexão que vai culminar com uma construção teórica acerca do princípio adequado do que um tratamento axiológico*. ⁶⁸⁵ (grifos do autor)

⁶⁸¹ “(...) no *common law*, a atividade judicial mais importante não é a de aplicar leis gerais e abstratas a casos concretos, mas construir uma (sic) normas gerais a partir de um conjunto definido de precedentes – segundo a regra do *stares decisis* -, para aplica-las aos casos concretos.”

COSTA, Alexandre Araújo. *Op. Cit.* p. 57.

⁶⁸² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 89. (grifos do autor)

⁶⁸³ *Ibidem*.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ *Ibidem*.

Diante disso tudo é possível concordar com Gisele Santos Fernandes Góes quando a autora afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade tratam-se de institutos distintos, pois aquela, diferentemente da razoabilidade norte-americana, “postula uma fundamentação procedimentalizada e devidamente encadeada concomitantemente com os três elementos mencionados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”⁶⁸⁶.

Em uma síntese de tudo que foi exposto anteriormente, poderíamos dizer então que os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade distinguem-se porque enquanto esta se desenvolve como regra procedimental inerente à solução de reais colisões entre direitos fundamentais após a LFB como decorrência lógica da estipulação de tais direitos como mandamentos de otimização (princípios) e como expressa determinação de que competiria ao TCF fazê-lo, a criação e o desenvolvimento da razoabilidade teve por finalidade imediata não a solução de restrições de direitos fundamentais como na Alemanha, mas sim a fundamentação do controle jurisdicional sobre os demais atos do Poder Público, bastando para a sua aplicação, no direito estadunidense, a consideração meramente subjetiva do juiz quanto à adequação do ato questionado em relação ao senso comum de aceitabilidade social da medida eleita para alcançar o fim pretendido.

Ou seja, enquanto a razoabilidade deve ser considerada como um princípio material implícito que poderá ser confrontado com outros princípios para afastar medidas arbitrárias ou irrazoáveis segundo um senso comum do que é social, jurídica, política e economicamente aceitável, a proporcionalidade deve ser considerada como uma regra procedimental com aplicação subsidiária restrita às hipóteses de reais colisões entre princípios ou direitos fundamentais que não possam ser solucionadas sem a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas que fundamentem a prevalência de um direito fundamental ou princípio sobre outro de igual envergadura.

Essa forma de diferenciar a proporcionalidade e a razoabilidade não é uma posição original entre nós, vez que, na doutrina brasileira, já se detectou com muita acuidade que “enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente

⁶⁸⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. Cit.* p. 61.

aceitáveis e não arbitrárias”, a proporcionalidade “determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos”⁶⁸⁷.

Essa distinção entre os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente no que tange à específica finalidade e à forma procedimental de aplicação da proporcionalidade, é de categórica importância para o direito brasileiro quando se verifica que, da mesma forma como acontece com a doutrina, a jurisprudência brasileira não tem se furtado a desconsiderar a determinação constitucional sob a qual todos os julgamentos e decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas, pois ao tratarem de maneira idêntica os referidos institutos as Cortes brasileiras têm desconsiderado o procedimento de aplicação da proporcionalidade, segundo o qual se permitiria aos demais intérpretes e aplicadores do direito o controle da aplicabilidade da proporcionalidade realizada pelo juiz, em especial a racionalidade da decisão e a justificativa para a prevalência de um dado direito fundamental em relação ao que foi preterido em determinado caso concreto.

Isso porque, durante a utilização dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, caberá ao intérprete, especialmente ao juiz, considerar esses aspectos distintivos dos institutos, atribuindo a cada um o seu real campo de aplicação, pois, do contrário, corre-se o risco de passarmos pela mesma perplexidade vivenciada no México, onde se tem chamado a atenção para a incompatibilidade do emprego judicial amplamente subjetivista da razoabilidade para resolver situações que, ao invés de apresentarem-se como atos categoricamente arbitrários, aleatórios ou incongruentes, precisam evidenciar melhor a aplicação do direito vigente ao caso concreto pelo julgador:

No se trataba sólo de que resulta imposible determinar que és razonable o qué entendia el tribunal por razonable en cada caso, sirviendo de cobertura a prácticamente cualquier decisión de cualquier tipo y actuando como un concepto vacío que, de hecho, equivalia a “constitucional”, constituyendo, por tanto, una petición de principio (“es constitucional porque es constitucional” (es decir, “razonable”) o “no es constitucional porque no es constitucional” (es

⁶⁸⁷ PONTES, Helenilson Cunha. *Op. Cit.* p. 89/90.

*decir, no es razonable), sino que resultaba difícil argumentar en términos de decisión razonable.*⁶⁸⁸

5.3. A distinção entre os institutos no ordenamento jurídico positivado e a pretensão de positivação da razoabilidade no projeto do novo CPC.

O ordenamento jurídico positivo e recente proposição legislativa, esta no campo do direito processual civil, corroboram a tese de que é necessário considerar os aspectos distintivos entre os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade, atribuindo respectivamente a cada deles o seu real campo de aplicação.

Apesar de sustentar-se inexistir expressa positivação constitucional dos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, parece-nos que a primeira⁶⁸⁹ distinção entre os institutos foi feita na CF/88, quando o legislador

⁶⁸⁸ CISNEROS, Arminda Balbuena. *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción Constitucional en México*. Tese. Universidade de Madrid, 2001. Disponível em <www.ucm.es>. Acesso em 05/08/2010. p. 220.

⁶⁸⁹ Cronologicamente, a primeira menção expressa do ordenamento positivado aos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade deu-se na Lei nº 9.784/1999, que, editada para regular o processo administrativo federal, ultrapassou os seus limites para determinar no *caput* do art. 2º que a Administração Pública federal deverá obedecer, dentre outros, aos “princípios” da razoabilidade e proporcionalidade.

A referida lei ultrapassou os limites para a qual editada porque, apesar de sua pretensão de instituir “normas básicas sobre o processo administrativo federal no âmbito da Administração Federal” (art.1º), não se limitou a dispor sobre institutos de natureza processual ou procedimental, vez que a mesma instituiu também determinações de natureza material a serem aplicadas pela Administração Pública federal.

Foi o que ocorreu nessa positivação da proporcionalidade e da razoabilidade, já que a disposição normativa em epígrafe, ao determinar que a Administração Pública federal deverá obedecer aos “princípios” da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, deixa clara a imposição de que os agentes públicos no exercício de qualquer função administrativa, e não apenas naquela realizada no âmbito de relação jurídica processual administrativa, observe os referidos “princípios”.

Exatamente porque a positivação dos institutos aqui mencionada relaciona-se materialmente com o direito administrativo brasileiro e porque a designação de princípio conferida pela referida disposição normativa corresponde ao conceito de princípio típico de nossa cultura jurídica - norma de alto grau de generalidade e axiologicamente fundamental ao sistema jurídico - e não ao conceito de princípio como mandamento de otimização adotado pelo presente trabalho, não realizaremos um exame da proporcionalidade no âmbito da Lei 9.784/1999 porque isso importaria em transbordar os limites da presente pesquisa.

Entretantes, se é prudente pautar-se assim, ainda que sob um exame meramente superficial podemos afirmar que a simples menção expressa da lei a respeito de dois “princípios” do direito administrativo serve para inviabilizar a interpretação de os referidos institutos - razoabilidade e proporcionalidade - sejam idênticos e sinônimos mesmo neste ramo do direito brasileiro, pois afinal, como orienta consagrado método de interpretação jurídica segundo o qual “a lei não contém palavras inúteis”, não se pode desconsiderar que a lei fez questão de diferenciar os institutos dando-lhes nomes distintos

constituente derivado, através da EC 45/2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição de 1988 para determinar como direito fundamental que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a *razoável* duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Perguntamo-nos se essa *razoável* duração do processo não seria exatamente o expreso reconhecimento constitucional da invalidade de posturas processuais arbitrárias do Poder Público – tanto judiciais, quanto administrativas – que impeçam irrazoavelmente o término de uma relação jurídica processual?

Parece-nos que esse seja exatamente o caso se considerarmos que a inserção da razoável duração do processo como um direito fundamental na CF/88 decorre de um consenso social, jurídico e político a respeito da necessidade de que as relações processuais sob as quais são solucionados os conflitos sociais sejam céleres, a fim de evitar que o mecanismo estabelecido para conferir validade às decisões administrativas e judiciais seja completamente desconexo de uma realidade marcada pela inexorável e constante influência da evolução das telecomunicações sobre todos os níveis das relações humanas.

Afinal, se desde o último quartel do século XX até este início de século XXI, é possível movimentar-se capitais equivalentes a todo o PIB⁶⁹⁰ de um país emergente em questões de segundos pela *internet* de um a outro “mercado” do planeta por um único investidor, com todas as inevitáveis consequências que isto importa em um mundo globalizado sob os auspícios de um único modelo econômico capitalista, é socialmente inadmissível que não se tenha qualquer preocupação com o tempo de duração de uma demanda judicial ou administrativa.

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 262.).

⁶⁹⁰ “PIB significa o valor total da produção de bens e serviços verificada dentro das fronteiras do país, em determinado período de tempo, sem considerar a nacionalidade dos que se apropriaram dessas rendas, sem descontar rendas eventualmente remetidas ao exterior e sem considerar as rendas provenientes do exterior.”

HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.

Isso porque diante de uma sociedade complexa ⁶⁹¹ e caracterizada pela maximização de toda e qualquer espécie de relação entre os diversos agentes que a compõe, decorrente do impressionante estágio de evolução da tecnologia das telecomunicações a nível planetário, entendeu-se, com atraso ⁶⁹², por normatizar a enorme preocupação contemporânea com a duração do processo, sob pena de o mecanismo designado para a solução dos conflitos sociais, o processo, situar-se em evidente contradição às necessidades da própria sociedade de ver seus conflitos, cada vez mais complexos e urgentes, solucionados em tempo hábil a permitir o restabelecimento da paz necessária à convivência social, devendo a duração razoável do processo “(...) tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República” ⁶⁹³.

Por isso se diz que, ao contrário do que se pensava há algum tempo atrás, o direito processual não deve ser interpretado como sustentáculo a formalidades tradicionais que não tenham por finalidade assegurar a celeridade do processo e a eficácia da prestação jurisdicional, pois, tal como ressalta renomado processualista argentino, qual o sentido contemporâneo que teria a previsão do código de processo civil argentino onde se

⁶⁹¹ “Trata-se de um tipo de sociedade que requer um grau recorrentemente mais alto de complexidade para a sua reprodução, uma sociedade, portanto, insatisfeita consigo mesma. Desde o seu nascimento, uma sociedade que se diferencia, que se especializa para poder se reproduzir num grau de complexidade tão grande que exigiu a invenção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais; requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a ideia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e exercermos as diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. E, ainda assim, ou melhor, precisamente por isso, nos respeitarmos como iguais.”

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 143.

⁶⁹² “Frente à sempre maior complexidade das relações sociais e econômicas e, portanto, das situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional, o legislador processual está freqüentemente atrasado em decênios em relação ao surgimento dos problemas que deve enfrentar.”

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesual*. Valladolid: 1999, n. 22. p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 02/12/2008.

⁶⁹³ MARINONI, Luís Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19

estipula a necessidade de impressão dos documentos judiciais em tinta preta ou azul, senão um formalismo inútil? ⁶⁹⁴ Ou ainda que as notificações judiciais, na Argentina, baseiem-se em exigências formais do século XVIII, época em sequer se conhecia tecnologias como o *fac-simile*, o qual, atualmente, já está até ultrapassado como instrumento de tecnologia de comunicação? ⁶⁹⁵

Sustenta-se, portanto, que é necessário suplantar o entendimento tecnicista de que o critério temporal de duração do processo não tem fundamento jurídico ⁶⁹⁶, pois se considerarmos a influência axiológica que os valores sociais, políticos e econômicos normatizados pela Constituição ⁶⁹⁷ exercem sobre todos os demais ramos do direito contemporâneo brasileiro, inclusive o processo civil, não há como se olvidar a necessária consideração da celeridade processual.

Disso se depreende que a consideração jurídica da definição da demanda em tempo hábil deve ser empreendida pelo direito processual civil contemporâneo, vez que a rápida solução judicial das relações jurídicas materiais defeituosas ou não observadas espontaneamente certamente é um dos valores sociais que caracteriza a sociedade brasileira contemporânea, tanto que a EC 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º

⁶⁹⁴ *Ibidem*.

⁶⁹⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Op. Cit.* p. 59/71.

⁶⁹⁶ Vincenzo Vigoriti posiciona-se neste sentido: “Uma análise profunda do custo e da duração dos processos impõe o estudo e o emprego de metodologia de pesquisa de natureza econômica e estatística bastante complexas e, portanto, estranha à cultura jurídica.”

In Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália. p. 142. *Apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁹⁷ “*La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los juristas, para los ciudadanos. La Constitución nos es solo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural e fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones ‘vivas’, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las ‘informaciones’ culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevenidas.*”

HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo. Cuestiones Constitucionales*. México, enero, junio, n. 2, 2000. p. 89.

da Constituição de 1988, normatizando assim a celeridade processual como um direito fundamental.

Sob esse consenso de que uma demanda judicial não pode perdurar irrazoavelmente, parece-nos óbvio que essa expressa razoabilidade da duração do processo possa ser compreendida como um princípio material que, por si só, impõe o afastamento de alguma evidente, incontroversa e antijurídica continuidade do processo ⁶⁹⁸ ⁶⁹⁹ toda vez que o magistrado possa aferir se a medida judicial ou administrativa impugnada é flagrantemente dissonante daquele consenso sócio-político normatizado pela EC 45/04.

Entretanto, se por um lado essa *razoável* duração do processo pode ser caracterizada como o expresso reconhecimento de um princípio constitucional que veda a adoção pelo Poder Público – tanto judicial quanto administrativamente – de posturas arbitrárias que impeçam indevidamente o término de uma relação jurídica processual, independentemente de um sopesamento entre a razoável duração do processo e outro direito fundamental ou princípio quando a prevalência da contrarrazão for “tão clara que a realização de um sopesamento se torne completamente supérflua” ⁷⁰⁰, por outro lado

⁶⁹⁸ “MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PEDIDO DE CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM REPARAÇÃO MENSAL, PERMANENTE E CONTINUADA. LEI 10.559/2002. FORMULADO HÁ QUASE CINCO ANOS, SEM QUALQUER RESPOSTA DA AUTORIDADE COATORA. OMISSÃO CONFIGURADA. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO DO PLEITO (ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88). PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 49 DA LEI 9784/99. PRECEDENTES.

1. *Situação em que o impetrante protocolou, no Ministério da Justiça, o pedido de conversão do benefício previdenciário de aposentadoria de anistiado em reparação mensal, permanente e continuada em 11 de novembro de 2003, ou seja, há quase cinco anos.*

2. *Vê-se, portanto, que a demora do Poder Público em responder à pretensão do interessado ultrapassa os limites da razoabilidade, em contraposição aos princípios da celeridade e da eficiência, inscritos, respectivamente, no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei 9.784/99.*

(...)

4. Na linha da orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, deve a autoridade coatora julgar definitivamente o pedido formulado pelo impetrante no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, desde que expressamente motivado, conforme estabelecido no art. 49 da Lei 9.784/99, aplicado de forma subsidiária.

5. Segurança concedida.” (grifei)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13545-DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 3ª. Seção. J. 29/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

⁶⁹⁹ No mesmo sentido de que a prolongada indefinição de uma resposta ao administrado importa em evidente e incontroversa violação à razoável duração do processo administrativo, outros acórdãos da 3ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça: MS 13584-DF. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 13/05/2009.; MS 12847-DF. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. J. 28/03/2008.

⁷⁰⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 321.

essa mesma razoável duração do processo não pode ser juridicamente confundida como uma também positivamente da proporcionalidade, pois esta não goza da natureza jurídica de princípio-norma que pode ser confrontado com outros princípios, tais como a ampla defesa e o contraditório, para afastá-los em determinado caso concreto.

Sim, porque gozando da natureza de direito fundamental ou princípio essa razoável duração do processo não pode ser confundida com a regra procedimental da proporcionalidade sob a qual se extrairá um procedimento racionalmente fundamentado para verificar-se a inadequação, a desnecessidade ou a desproporcionalidade em sentido estrito de uma medida que restringe um dado direito fundamental ou princípio no âmbito de uma efetiva colisão entre os direitos fundamentais ou princípios da razoável duração do processo e da ampla defesa/contraditório, por exemplo.

Ou seja: o exposto reconhecimento da razoabilidade da duração do processo pela CF/88 nada mais é do que um dos direitos fundamentais ou dos princípios que terão suas possibilidades fáticas e jurídicas aferidas pela regra procedimental da proporcionalidade durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir, por exemplo, a uma real colisão entre os princípios ou direitos fundamentais da razoável duração do processo de um lado e da ampla defesa/contraditório de outro.

Nessa situação não há campo para a razoabilidade como regra procedimental de solução do caso concreto, pois esse caso difícil ou duvidoso em que será necessário recorrer-se ao sopesamento das razões e contrarrazões para a proteção constitucional de um direito fundamental representa, efetivamente, uma colisão entre direitos fundamentais a ser resolvida através da aplicação da regra da proporcionalidade⁷⁰¹ e não pela incidência do princípio material da razoabilidade da duração do processo.

Disso se depreende que o próprio legislador constituinte derivado, ainda que inconscientemente, reconheceu a diferença entre os institutos ao positivar somente o

⁷⁰¹ “(...) sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade. (...)” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 328.

princípio da razoabilidade da duração do processo no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, mantendo a proporcionalidade adstrita ao seu campo de regra procedimental que permitirá aferir as condições fáticas e jurídicas sob as quais essa razoável duração do processo possa prevalecer sobre outros direitos fundamentais de ordem processual.

E bem assim agiu o legislador constituinte derivado, pois como a proporcionalidade decorre da própria sistematização dos direitos fundamentais como princípios ⁷⁰², uma pretensão legislativa de fundamentar o instituto no direito positivado apresenta-se como despicienda ^{703 704}.

Parece-nos que situação semelhante ocorre em recente pretensão de modificação da legislação processual brasileira, à medida que o art. 6º ⁷⁰⁵ do anteprojeto de novo Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado não sofreu alterações no projeto de lei substitutivo (Emenda nº 221-CTRCPC) ⁷⁰⁶ recentemente aprovado por aquela Casa Legislativa em 15/12/2010 ⁷⁰⁷.

⁷⁰² “Princípios e ponderações (proporcionalidade em sentido estrito) são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.”

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de direito administrativo (RDA) nº 217. Renovar: Rio de Janeiro, 1999. p. 75.

⁷⁰³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 588.

⁷⁰⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

⁷⁰⁵ “Art. 6º - Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre *os princípios* da dignidade da pessoa humana, *da razoabilidade*, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

⁷⁰⁶ Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1> > Acesso em 26/01/2011.

⁷⁰⁷ Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249&p_sort=ASC&p_sort2=A&cmd=sort > Acesso em 26/01/2010.

A exposição de motivos do anteprojeto de CPC ⁷⁰⁸ indica que a inclusão dos referidos “princípios constitucionais de especial importância para todo o processo civil” no novo Código tem por pretensão harmonizá-lo com a CF/88, o que de fato acontece se verificarmos que o referido projeto de lei de novo CPC aprovado pelo Senado, tal como foi feito no art. 5º, LXXVIII da CF/88, pretende-se positivar *apenas* um chamado “princípio da razoabilidade” no capítulo sobre os princípios e garantias do processo civil, sem, no entanto, fazer qualquer menção à proporcionalidade como um princípio reitor do processo civil brasileiro ⁷⁰⁹.

A ausência de menção expressa à proporcionalidade indica que o legislador não tem a pretensão de positivá-la como um princípio do processo civil brasileiro, mas de positivar apenas a razoabilidade em posição muito similar ao que ocorreu com a inclusão do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 pela EC 45/2004.

Essa pretensão do legislador de positivar apenas a razoabilidade como um princípio no processo civil brasileiro poderá ter duas funções nesse ramo de nosso direito: (i) vedar a adoção de posturas judiciais evidentemente arbitrárias no âmbito de uma relação jurídica processual; (ii) estipular a razoabilidade da duração do processo como princípio que terá suas possibilidades fáticas e jurídicas aferidas pela regra procedimental da proporcionalidade durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir a uma real colisão entre este princípio e um outro princípio processual de natureza infraconstitucional.

A ausência de qualquer menção do legislador a respeito da positivação da proporcionalidade no projeto de novo CPC, eis que somente indica a razoabilidade como um princípio reitor do processo civil brasileiro, parece indicar, portanto, que o legislador distingue plenamente os institutos, reservando à proporcionalidade o seu

⁷⁰⁸ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

⁷⁰⁹ Com todo o respeito, parece-nos passível de crítica a postura de aprovar um projeto de CPC “a toque de caixa”, sem que a exposição de motivos do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas e o relatório de aprovação do projeto de lei substitutivo aprovado pelo Senado examinem pontos importantes como essa pretensão de positivar os chamados “princípios do processo civil”, pois certamente esse silêncio a respeito da matéria produzirá a continuidade da discussão a respeito da existência ou não de uma inteira identidade entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico processual civil positivado.

campo de regra procedimental subsidiária que, necessária à solução de colisões entre princípios que devam ser considerados como mandamentos de otimização, dispensa uma pretensão legislativa de sua positivação por decorrer logicamente da estruturação normativa de direitos fundamentais como princípios.

CONCLUSÃO

A IMPORTÂNCIA DA CORRETA CARACTERIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PARA A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Toda a gama contemporânea de mudanças de paradigmas na aplicação do direito pelo juiz a exigir-lhe preparação técnico-jurídica estrita e uma ampla preparação em ramos do conhecimento extremamente relacionados com a complexidade atual da sociedade⁷¹⁰ não representa liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador e ao administrador no exercício de suas funções estatais típicas, pois não se pode olvidar que a atuação jurisdicional deverá pautar-se sob parâmetros jurídicos impostos pela própria Constituição.

Pelo contrário: exatamente devido a esta enorme responsabilidade do juiz contemporâneo e não contra ela⁷¹¹ é que se sustenta que, mesmo nos chamados *hard*

⁷¹⁰ “O domínio da técnica jurídica é predicado de que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe, contudo, de ser bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política. As escolas de magistratura podem e devem tentar suprir lacunas e abrir as novas perspectivas. Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. Em época de crises reiteradas e de transformações profundas, como esta em que vivemos, o juiz vê-se convocado a dar mais que o mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. Por difícil que lhe seja, com a carga de trabalho que o oprime, corresponder a esse chamamento, não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais se poderia atribuir. Pois a verdade é que, sem a sua colaboração, por melhores que sejam as leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo.”

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. p. 16 *In* Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27

⁷¹¹ “(...) “justiça” não pode deixar de se equivar a “justiça de acordo com o direito”; e, no que se segue, a palavra é usada nesse sentido. Um juiz pode ser autorizado ou obrigado a recusar aplicação a uma lei de seu ordenamento em razão da respectiva incompatibilidade com lei “mais alta”, como a constituição nacional ou obrigação supranacional que vincule o Estado, mas não pode agir assim pela mera razão de que, a seu ver, a lei ser “injusta”.”

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. p. 161 Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo nº 135 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

cases, a liberdade de atuação criativa do juiz é relativa, visto que ele não poderá afastar-se do direito buscando neste os fundamentos para suas decisões ⁷¹², pois “(...) a decisão e determinação do juiz, como decisão e determinação do Poder Judiciário do Estado, deve estar de acordo com o direito” ^{713 714}.

Segundo John Anthony Jolowicz, ainda que a norma suscetível de apreciação pelo juiz seja estruturalmente aberta, do que decorrerá a necessidade de uma complexa avaliação dos fatos e discricção judicial na compreensão da finalidade da norma, isto não representa “um convite ao juiz para dar livre curso a sua teoria favorita da justiça abstrata. Ao contrário, (se) em torno da regra já se desenvolveram a prática e a jurisprudência, nenhuma das duas pode ser igualmente ignorada pelo juiz” ⁷¹⁵.

Mesmo em casos de evidente excepcionalidade fática a ilidir as razões e fins da norma - *rule's purpose* ou *overruling* - e em colisões entre direitos fundamentais estruturados sob a forma de princípios em que seja necessário um sopesamento entre razões e contrarrazões para incidência do direito fundamental prevalente no caso concreto é inadmissível ao juiz subverter os critérios fixados pelo ordenamento pelos seus próprios

⁷¹² “Esse constante trabalho do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com generalidade da regra e ainda com os fatores fáticos incertos e constantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. *Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça.*

Claro, contudo, que a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.(...)” (grifo nosso)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. p. 21.

⁷¹³ JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 161

⁷¹⁴ “Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder de caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado de Direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta de seus numerosos agentes (*no caso, os juízes*), seja para ditar condições, limites e formas de exercício do poder.” (grifei)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* A instrumentalidade do processo. p 91.

⁷¹⁵ JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 162

critérios pessoais de justiça, pois assim o fazendo estaria o magistrado atuando em estrita atuação política, que, diga-se de passagem, a Constituição não permite.

Afinal, diante da perspectiva de que o constitucionalismo ⁷¹⁶ atende às necessidades da sociedade contemporânea, isso só seria aceitável se a Constituição atribuísse tal liberdade política ao Poder Judiciário, situação que não o fez; até porque se o fizesse, teria que lhe impor também os demais ônus decorrentes de tal liberdade política, aos quais, diga-se de passagem, não estão submetidos os componentes do Poder Judiciário.

Nesse contexto o processo desempenha função de enorme relevância ⁷¹⁷, pois uma decisão judicial que aplique o direito ao caso concreto sob exame do magistrado estará de acordo com o direito se ela for justa tanto substancial, quanto processualmente, afinal “(...) a decisão deve ser o resultado da correta aplicação do direito aos fatos; e, em segundo, o procedimento que levou a ela deve ter sido conduzido de acordo com o direito processual aplicável” ⁷¹⁸.

Sim, porque o processo civil brasileiro, como um dos *modos normais de agir do Estado*, sob o qual se irá decidir em juízo acerca de demandas materiais de natureza não penal, tem como uma de suas grandes responsabilidades influir na própria decisão judicial através da procedimentalização e da racionalização que lhes são inerentes, pois tais qualidades (i) contribuem para impedir que o magistrado profira uma decisão única e

⁷¹⁶ “A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi no entanto modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso, recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam, por certo, facticamente, mas não sempre e necessariamente. O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme a Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; acha-lo e realizá-lo é tarefa da jurisprudência.”

LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 446.

⁷¹⁷ Segundo renomado autor brasileiro, ele, o processo, “não pode ser visto apenas como uma relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.”

MARINONI, Luís Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 401.

⁷¹⁸ JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 162.

exclusivamente baseada em seus critérios pessoais de justiça, afastando assim a possibilidade de que um agente estatal decida com base em seus próprios critérios de justiça e não com base no direito vigente ⁷¹⁹ e (ii) permitir a controlabilidade jurídica da decisão pelas partes envolvidas na relação jurídica processual e a controlabilidade crítica dos demais interessados, ambas com o principal escopo de evitar a personificação da decisão judicial ⁷²⁰ e a promoção da incidência do direito ao caso concreto sob exame judicial.

É por isso que o poder de prestar a jurisdição não outorga ao juiz qualquer afastamento não controlável dos limites processuais que lhe são estabelecidos pela própria Constituição, já que, sob um Estado constitucional democrático de direito, é inconcebível imaginar que o juiz, impositor da eficácia constitucional, a ela não se submeta por descumprir os seus preceitos processuais, instalando assim o arbítrio no exercício da função jurisdicional.

Mesmo que todas as circunstâncias contemporâneas imponham ao juiz uma atuação criativa e compromissada com os valores sociais normatizados pela Constituição, tal situação não o afasta da sua subordinação ao formalismo processual ⁷²¹, visto que este

⁷¹⁹ “(...) na realidade, de uma ou de outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. *O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder.*” (grifei)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* Do formalismo no processo civil. P. 74.

⁷²⁰ “A lei se apresenta como ponto fulcral da vida jurídica desde a Revolução Francesa, mas não pode prescindir na sua aplicação de um esforço que se realize a mediação entre o comando universal e a situação específica do mundo fenomênico na qual ela incide, constituindo este um problema perene do afazer do trabalhador no campo do direito. *Já a motivação das decisões judiciais, garantia do Estado democrático de direito, exige a atenção às regras norteadoras das práticas argumentativas – presentes nos mais diversos aspectos da vida forense – sobretudo quando da justificação racional das decisões dos magistrados, sem a qual não podem estes funcionários do Estado agir de acordo com os princípios que legitimam a democracia.*” (grifei)

MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. (Posfácio). p.281. In Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷²¹ Como bem lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo processual, que nos é tão caro, não se confunde com a forma dos atos processuais individualmente considerados, mas sim com a totalidade formal do processo, onde se deve considerar “(...) a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. (grifei)

se trata de uma imposição da própria Constituição em limitar a atuação do juiz e evitar o arbítrio por parte do mesmo ⁷²², afinal ainda que as sentenças estejam perfeitamente corretas sob o critério da justiça substantiva, se as mesmas inobservam “a justiça processual, como exigida por lei, (isto) significa que elas não podem prevalecer” ⁷²³.

Toda essa vinculação da função jurisdicional ao formalismo processual ganha ainda mais importância se considerarmos que um processo que vise à produção de decisões justas considerando as peculiaridades do caso concreto sob exame do juiz, tal como exige a nova concepção material de direitos fundamentais, pressupõe um necessário equilíbrio entre a “segurança jurídica” e a “efetividade” da jurisdição; entre “garantismo das partes” e “eficiência do processo” ⁷²⁴, todas características imprescindíveis ao processo civil contemporâneo ⁷²⁵.

Justamente para impedir o trato meramente pessoal de tais valores processuais dialéticos pelo juiz, vez que nos encontramos em contexto evidentemente distinto do ambiente em

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. p. 06/31.

⁷²² “(...) a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitara a igual realização do direito material, na medida em que a discricão do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.” (grifo nosso)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. p. 08/09.

⁷²³ JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 167.

⁷²⁴ “Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de processo n° 102. p. 232. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.228/237.

⁷²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

que originada e desenvolvida a razoabilidade nos Estados Unidos da América ⁷²⁶, sustenta-se que à interpretação e à aplicação do direito pelo juiz brasileiro apresenta-se indispensável a fundamentação da decisão judicial, tal como determinado pelo art. 93, IX da CF/88 com a redação dada pela EC 45/04, pois através da fundamentação será possível às partes averiguar se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento jurídico vigente ⁷²⁷, contribuindo-se para a efetivação da “segurança jurídica” e da “celeridade processual” desejadas pela Constituição e pelo ordenamento processual vigente e colaborando para afastar eventual atuação judicial arbitrária ⁷²⁸.

⁷²⁶ Distinções significativas existem entre as formas de julgar nos Estados Unidos da América e no Brasil, sendo um exemplo disso a pouquíssima publicidade que se concede aos julgamentos da Suprema Corte norte-americana, enquanto em nossa realidade a publicidade dos julgamentos e das decisões do STF decorrem de uma determinação constitucional que somente pode ser afastada nas exceções constitucionalmente cabíveis. A título de exemplo, veja-se que enquanto uma decisão sobre a repercussão geral no recurso extraordinário deverá ser amplamente fundamentada e tornada pública pelo STF (art. 93, IX e art. 102, §2º da CF/88, ambos com redação dada pela EC 45/2004), no seu congêneres norte-americano, o *writ of certiorari*, a sua apreciação é “secreta e a sua negação não precisa ser fundamentada, o que confere aos *Justices* liberdade ilimitada para decidirem o que a Suprema Corte irá julgar”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 96.)

Essa última postura judicial é aceitável para uma realidade institucional em que “os membros da Corte fazem reuniões privativas em que apenas tomam parte os nove *Justices*, não sendo permitida sequer a entrada de assessores ou secretários” (*Ibidem.* p. 96.), sendo que o segredo dessas reuniões é raramente quebrado e são nelas que os “os processos são realmente decididos”, mas não é aceitável em uma realidade em que as decisões de nosso STF dão-se em sessão pública e até mesmo com ampla cobertura pela TV Justiça e pelo sítio da Corte na internet em cumprimento à determinação constitucional de que os julgamentos e sessões do Poder Judiciário sejam públicos.

⁷²⁷ Segundo o Tribunal Constitucional português, “a obrigação de fundamentar as decisões judiciais constitui um verdadeiro factor de legitimação do poder jurisdicional, contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre a qual repousa: o dever de dizer o direito no caso concreto (*iuris dicere*). E, nessa medida, é garantia de respeito pelos princípios da legalidade, da independência do juiz e da imparcialidade das suas decisões(...)”

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 680/1998. Rel. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. 2ª. Seção. J. 02/12/1998. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980680.html>> Acesso em 09/11/2010.

⁷²⁸ “O julgamento supedaneado nas peculiaridades do “caso deduzido em juízo”, dentro de um contexto que leve o intérprete a ver os entes em seu ser, inclusive ele próprio, jurista, “mais reforça o princípio da segurança jurídica e, ao invés de retardar o processo”, a adequação da fundamentação ao caso singular, “sem a exacerbação metafísica própria do generalismo”, pode ser apta a prevenir “marchas e contramarchas processuais, o que, a *contrario sensu*, atende os princípio da celeridade”, previsto hoje expressamente na Carta de 1988, no ponto que assegura a todos a razoável duração do feito”.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. p. 66 Revista de processo 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53/70.

Com isso a correta fundamentação da decisão judicial permite alcançar um dos maiores escopos da jurisdição e do próprio processo, qual seja a pacificação do conflito social ⁷²⁹ que é submetido à decisão do Estado-juiz, pois uma decisão bem fundamentada e racionalmente relacionada aos fatos específicos da demanda e aos argumentos construídos pelas partes permite o convencimento destas de que a postura adotada pelo juiz na sentença foi a melhor possível sob tais especificidades da demanda ⁷³⁰.

Exatamente por isso parece-nos que a importância da adequada fundamentação das decisões judiciais encontra-se justamente na necessidade de cumprirem-se regularmente as disposições constitucionais que determinam a motivação e a publicidade das decisões judiciais, eis que tais requisitos de validade têm por finalidade permitir o controle das partes e do próprio Judiciário - mediante o órgão revisor ou reformador da decisão - e da sociedade como um todo sobre a correção da decisão judicial à luz do ordenamento jurídico vigente, pois a fundamentação exigida pela nossa ordem constitucional:

(...) tem significados *endoprocessual* (impõe ao juiz um controle crítico sobre o juízo, torna funcional a relação entre julgamentos de primeiro e segundo grau e oferece às partes oportunidade de melhor avaliar a oportunidade de impugnação) e *extraprocessual* (é uma garantia geral, trazida pela publicidade, de controle popular dos atos do Estado, mudando os destinatários da decisão, tornando-se um controle social, democrático e difuso sobre como o juiz exerce o poder que lhe foi confiado) ⁷³¹.

Entretanto, ainda que assim o deva ser, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que, apesar do truísmo que a necessidade de adequada fundamentação da decisão judicial possa parecer, nunca se “motivou tão pouco e tão mal” as sentenças no

⁷²⁹ “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” (grifo dos autores)

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

⁷³⁰ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684/690.

⁷³¹ FRANCO, Fernão Borba. *Op. Cit.* p. 151.

Brasil, inclusive ressaltando que a falta de motivação, em certos casos, chega a ser tautológica⁷³².

Em posição semelhante, Ovídio A. Baptista da Silva sustenta que a fundamentação normalmente feita no Brasil, atendo-se meramente à indicação de dispositivos legais sem considerar a realidade fática específica ao processo sob o qual se está resolvendo a lide, viola o dever de fundamentar a decisão judicial, pois o estado de arte do direito contemporâneo evidencia a forte possibilidade de o texto normativo não poder ser empregado isoladamente pelo juiz, devido a alterações das circunstâncias sociais, econômicas e políticas vigentes⁷³³.

Parece-nos que a posição dos autores esteja correta, pois se por um lado existem casos simples que não demandem maiores esforços para a adequada fundamentação das decisões judiciais, não sendo “necessário aludir à Declaração de Direitos do Homem para sentenciar um simples despejo”⁷³⁴ para o qual o sistema jurídico positivado já apresenta expressa solução normativa para a questão fática sob análise judicial, por outro lado tanto maior será o esforço para fundamentar uma sentença quanto maior for a complexidade fática e jurídica decorrente do caso submetido a juízo, seja esta maior complexidade decorrente da questão fática inerente à demanda, da inexistência de interpretação uniforme sobre determinada norma incidente ao caso concreto ou da própria falta desta norma no ordenamento jurídico positivado.

Ao contrário do que normalmente se sustenta, incluem-se nesses casos que requerem um maior esforço do magistrado para a adequada fundamentação de sua decisão aqueles em que a solução do conflito normativo pode se apresentar por mais de um meio possível, pois é essencial que o magistrado fundamente a “resposta correta” por ele adotada, vez que:

⁷³² Informam os autores que tal situação deve-se a vários fatores, dentre os quais o excesso de trabalho dos magistrados e a chamada motivação concisa, que vem sendo autorizada pelas Cortes Superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, o qual vem admitindo fundamentação de determinadas decisões judiciais apenas com referência a enunciados das súmulas das Cortes Superiores.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 29

⁷³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Op. Cit.*

⁷³⁴ FRANCO, Fernão Borba. *Op. Cit.* p. 155.

É falsa a ideia de que o ato discricionário (do juiz) não precisa ser fundamentado. Deve-se repelir energicamente essa concepção. Quando o ato é discricionário, torna-se até mais necessária a motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio: '*sic volo, si jubeo*'. Se a lei concede ao juiz a possibilidade de optar por várias soluções, ele há de explicar por que uma lhe pareceu mais apropriada que as outras.⁷³⁵

É nesse contexto de um maior esforço para demonstrar a correção da decisão que resolve casos complexos, mediante a escolha da resposta racionalmente mais correta para a solução do caso, que a jusfundamentação da decisão judicial que aplica a proporcionalidade torna-se essencial à legitimidade e à controlabilidade da aplicação do instituto pelo magistrado.

Afinal, a fundamentação da decisão que aplica a proporcionalidade deverá ser mais apurada especialmente porque se deve demonstrar, através do procedimento de aplicação da referida regra constitucional, que o caso judicial encontra-se no campo eminentemente subsidiário de sua aplicação, qual seja a solução de reais colisões entre direitos fundamentais ou princípios.

Não são admissíveis, portanto, sentenças judiciais que aparentemente fundamentam a utilização da proporcionalidade sob o argumento de que a desproporcionalidade da medida decorre ou de um sentimento de justiça, ou do simples exame do caso dos autos ou da jurisprudência desse ou daquele Tribunal sem explicitar os elementos normativos e procedimentais necessários à aplicabilidade da proporcionalidade ao caso sob seu exame, já que o aplicador da proporcionalidade não pode utilizá-la como um mero *topoi*, tal como fazem os adeptos da proporcionalidade como um suposto princípio ou como um sinônimo da razoabilidade.

Se por um lado a perspectiva procedimental típica da proporcionalidade inexistente na razoabilidade, daí decorrendo que a aplicação desta não precisa ser fundamentada de maneira procedimental, eis que basta ao magistrado explicitar o senso comum sob o qual a medida mostra-se desarrazoada, por outro lado é justamente essa distinção da

⁷³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In* Temas de direito processual. 8ª. Série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

razoabilidade para a proporcionalidade que impõe ao juiz explicitar na decisão judicial que aplica os institutos sob que paradigma devem ser os mesmos compreendidos, sob pena de que a ambiguidade dos termos utilizados para designarem os referidos institutos impeça a necessária aferição da racionalidade judicial empregada para a pacificação do conflito normativo endoprocessual ou de mérito ⁷³⁶.

É que como a proporcionalidade deve limitar-se a solucionar casos reais de colisões entre direitos fundamentais ou princípios, toda vez em que houver sua aplicação estará o juiz atrelado ao maior esforço interpretativo e, conseqüentemente, ao dever de fundamentar originalmente a aplicação da regra procedimental, salvo as hipóteses em que se estiver diante da uniformização de sopesamento anterior em que o esforço interpretativo resumir-se-á à identificação do caso *subjudice* e do caso já decidido anteriormente.

Sim, porque como a proporcionalidade é uma regra procedimental derivada da instituição dos direitos fundamentais por normas constitucionais realizáveis na melhor medida do possível, com a função de aferir as possibilidades fáticas e jurídicas sob as quais deve um princípio ou um direito fundamental prevalecer em detrimento de outro dotado da mesma natureza constitucional no caso concreto, é imprescindível à validade da decisão que a aplica que o julgador siga regularmente as fases do procedimento de sua aplicação, as quais se identifica serem as seguintes:

(i) a identificação dos princípios ou direitos fundamentais em colisão, da situação fática e da conjuntura sociológica sob a qual ocorre a colisão;

(ii) a certificação da existência de colisão entre direitos fundamentais, a fim de evitar que a proporcionalidade seja aplicada em situações que prescindam de um complexo processo

⁷³⁶ Ainda que basilar, importante ressaltar que a finalidade do processo desenvolve-se em dois aspectos de natureza endoprocessual e extraprocessual, à medida que as decisões proferidas pelo juiz direcionam-se a solucionar (i) as questões endoprocessuais relacionadas de maneira imediata à própria relação jurídica processual, assegurando a continuidade desta até o proferimento da decisão jurisdicional definitiva e (ii) o conflito social encartado na questão de mérito submetida pela parte autora à jurisdição, sob a qual serão produzidos efeitos extraprocessuais desta decorrentes.

de sopesamento ou ponderação, vez que podem ser resolvidas pela mera aplicação subsuntiva do ordenamento jurídico positivado ou por outras técnicas, instrumentos ou institutos existentes na tradição jurídica vigente, observando-se desta feita o caráter subsidiário do instituto;

(iii) após ultrapassadas as fases anteriores, certificada a real necessidade de aplicabilidade da proporcionalidade, deverá ser realizada a aplicação sucessiva e subsidiária das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, através da quais se realizará a análise das possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas na colisão de princípios ou direitos fundamentais;

(iv) sendo necessária a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, seja fixada a regra decorrente da aplicação deste sub-elemento da proporcionalidade através da qual outros casos idênticos deverão ser resolvidos, vez que, devido à segurança jurídica, é imprescindível que se faça a universalização da decisão tomada por meio da proporcionalidade.

Assim se fazendo, parece-nos que seja possível às partes do processo e aos demais intérpretes “(a) verificar a existência dos elementos ou grandezas que foram manipulados; (b) encontrar os motivos que levaram os julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles” ⁷³⁷, atendendo-se regularmente ao disposto pelo art. 93, IX da CF/88 com a redação dada pela EC 45/04.

Concordando com essa posição, Samuel Meira Brasil Jr. chama a atenção para a importância da correlação entre a observação do procedimento de aplicação da proporcionalidade pelo julgador e a correta jusfundamentação das decisões judiciais que aplicam o instituto, pois, se observado aquele, será permitido “controlar a decisão judicial” através do conteúdo da fundamentação; do contrário, a “falta de reconstituição

⁷³⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p. 141.

do raciocínio ou de previsibilidade da decisão” poderá conduzir ao afastamento de uma medida restritiva de direito fundamental apenas porque o julgador “ “não gostou” da lei”⁷³⁸.

Entretanto, parece-nos que a aplicação judicial da proporcionalidade nos moldes ora propostos encontra-se adequada a um “modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos” em que se exige que a fundamentação da decisão permita “identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso”⁷³⁹.

Por fim, há que se ressaltar que assim aplicando a proporcionalidade, afastam-se as críticas regularmente feitas à teoria de Robert Alexy de que a proporcionalidade em sentido estrito corresponde a uma valoração irracional, subjetivista e política, pois o sopesamento assim realizado não será decisionista, mas sim racionalmente fundamentado⁷⁴⁰ e controlável pelas partes, por terceiros interessados e pela própria sociedade.

⁷³⁸ BRASIL JR., Samuel Meira. *Op. Cit.* p. 111/112.

⁷³⁹ ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 60/61.

⁷⁴⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 164/165.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In *Interpretação constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115/143.

_____. **Nota do tradutor**. p. 10/11. In *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais n° 798**. Abril/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n° 01. Jan/Jun, 2003. Belo Horizonte, Del Rey.

ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Texto disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01__Deutschland/Constituicao/grundgesetz_seite.html> Acesso em: 22/04/2010.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de processo n° 149**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53/70.

ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*. p. 250. In *Politik und Recht: PVS – Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft 36*. Michael Becker, Ruth Zimmerling (Hrsg). August, 2006. P. 250/258. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?id=Dzn5bwyhKW8C&printsec=frontcover#v=snippet&q=Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit&f=false>> Acesso em 18/11/2010.

_____. A fórmula peso. In ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 151/153.

_____. *Balancing, constitutional review, and representantion*. Trad. Stanley L. Paulson. In *I-CON*. v.3. Number 4. **Oxford University Press and New York University Scholl of Law**, 2005.

- _____. Colisão entre direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo nº 217**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.67/79.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- _____. *On the Structure of Legal Principles*. Trad.. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson In **Ratio Juris**. v. 13. No. 3. Setembro, 2000.
- _____. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação**. Trad. Luis Afonso Heck. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 155/165.
- _____. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa nº 05. 1998 p. 139/151. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 21/06/2009.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *The especial case thesis*. **Ratio juris nº 04**. v. 12. Dez/1999.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em< www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/08/2008.
- _____. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. **Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ**. nº 25. abr/jun. 2004 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Para una razonable definición de “razonable”*. p. 192. **Doxa 4**. Alicante (Espanha). 1987. p. 189/200.
- AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Allen, Allen and Hemsley v. Deputy Federal Comissioner of Taxation & Ors. 88 ATC 4734. Federal Cort*. Disponível em <<http://law.atolaw.gov.au/atolaw/view.htm?locid='JUD/88ATC4734'&PiT=99991231235958>>. Acesso em 04/08/2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador. CAJ. Centro de atualização Jurídica. V. I. nº 4. Julho, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09/07/2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** (interceptações telefônicas e gravações clandestinas). 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em< <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/09/2008

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia**. In Direitos Humanos e democracia. Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277/293.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de processo nº 102**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.228/237.

_____. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. **Revista de Processo 155**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. In Temas de direito processual. 8ª. Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Por um processo socialmente efetivo**. In Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo civil e direito à preservação da intimidade**. Temas de direito processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional**. In A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In Legitimação dos direitos humanos. Ricardo Lobo Torres (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11/50.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** *In* A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Luís Roberto Barroso (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259/292.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores.** *In* Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista.** Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *In* Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p. 303/340.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** *In* A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 23.** P. 65/78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15/08/2008

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História.** A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas.** *In* BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2.ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição.** Trad. Luiz Carlos F. de Paula Xavier e Paulino Jacques. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Salvador: Podium, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 255/295.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Valeschka Silva e. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Quadro das Convenções da OIT** (Ratificadas pelo Brasil) Jun/2009. Atualizado. Disponível em <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp>. Acesso em 27/05/2010.

_____. Senado Federal. **Anteprojeto de Código de processo Civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

_____. Senado Federal. Projeto de lei substitutivo de novo CPC. **Emenda nº 221-CTRCPC**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 12847-DF**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. J. 28/03/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13545-DF**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 3ª. Seção. J. 29/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13584-DF**. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 13/05/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 772.705/AC**. Rel. Min. Celso Limongi (convocado TJ/SP). 6ª Turma. J. 04/02/2010. Inteiro teor. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 15/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 2367/DF**. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª Turma. J. 04/05/1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 6.129/RJ**. Rel. Min. Adhemar Maciel. 6ª Turma. J. 06/02/1996. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AC-MC 1657**. Pleno. Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa. j. 27/06/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 855-2/PR**. Pleno. Rel. p/acórdão Gilmar Mendes. j. 06/03/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1800-1/DF**. Pleno. Rel. p/acórdão Ricardo Lewandowski. j. 11/06/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1976-7/DF**. Pleno. Rel. Joaquim Barbosa. j. 28/03/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3112-1/DF**. Pleno. Rel. Ricardo Lewandowski. j. 02/05/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3916/DF**. Plenário. Decisão. j. 07/10/2009. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em 12/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF-QO 54/DF** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 27/04/2005 Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 28/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 61.657-1 SP**. Pleno. Rel. Gilmar Mendes. j. 13/09/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 75.883/RJ**. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. J. 11/03/1998. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 78013** Rel. Min. Sepúlveda Pertence 1ª Turma j. 24/11/1998 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01/08/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84469-3 DF**. 2ª Turma. Rel. Joaquim Barbosa. j. 15/04/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 92.628-2 RS**. 2ª Turma. Rel. Joaquim Barbosa. j. 19/08/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 93.050/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 10/06/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.882-1 RS**. 1ª Turma. Rel. Menezes Direito. j. 07/04/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 97.344-2 SP**. 2ª Turma. Rel. Ellen Gracie. j. 12/05/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC-QO nº 81.113**. Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/06/2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **IF 3292/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Min. p/acórdão Min. Gilmar Mendes. Pleno. J. 08/05/2003. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 10/02/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Infidelidade partidária e vacância de mandato**. Informativo STF nº 482, de 1º a 5 de outubro de 2007. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 31/08/2008

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22801-6 DF**. Pleno. Rel. Menezes Direito. j. 17/12/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ**. 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 19/08/2008

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 212.081/RO**. Rel. Min. Octávio Gallotti. 1ª Turma. J. 05/12/1997. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 349.703-1 RS**. Pleno. Rel. p/acórdão Gilmar Mendes. j. 03/12/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 442683**. Segurança Jurídica e modulação temporal dos efeitos. Transcrições. Informativo STF 419. Voto do Min. Carlos Velloso. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 543.974-7 MG**. Pleno. Rel. Eros Grau. j. 26/03/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 573.675-0 SC**. Pleno. Rel. Ricardo Lewandowski. j. 25/03/2009. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 25627**. 1ª Turma. Rel. Carlos Britto. j. 15/05/2007. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em:09/07/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RP 1.417-DF**. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 30/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SS 3154/RS**. Decisão monocrática Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **ACR nº 2216**. Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves. 4ª Turma. J. 03/07/2002. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AMS nº 200371000609073**. Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciornick. 1ª Turma. J. 26/06/2007. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

BRASIL JR., Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea**: em busca de um mapa semântico. *In* Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 305/338.

_____. **Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy**: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *In* Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 257/303.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil. v.1**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principialização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de processo nº 98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARRIÓ, Genaro R.. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973.

CARVALHO NETO, Menelick. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista brasileira de ciências sociais**. V. 12. nº 34 junho/1997.

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. **Revista de Processo nº 147**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição constitucional no estado democrático de direito**: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In* Jurisdição e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coord.) Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47/78.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CISNEROS, Arminda Balbuena. *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción Constitucional en México*. Tese. Universidade de Madrid, 2001. Disponível em <www.ucm.es>. Acesso em 05/08/2010.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. *In* Jurisdição e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coord.) Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 79/120.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apresentação. Constituição e Política**. GRIMM, Dieter. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público nº 12**. Abril/maio/junho 2006.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOLL. *Lochner v. New York (nº 292)*. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html>. Acesso em: 24/05/2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COURA, Alexandre de Castro. **Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado democrático de direito**: para uma análise crítica da “jurisprudência dos valores”. *In* Jurisdição e hermenêutica constitucional. CATTONI, Marcelo. (Org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHRISTINA DE ALMEIDA, Maria. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba. a. 30, n. 30, 1998.

- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1.ed. 3. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: análise detida das leis 9.868/99 e 9.882/99**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**. São Paulo: Madras, 2005.
- DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. v.1**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- _____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo nº 127**. São Paulo: RT, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 6.ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Instituições de direito processual civil. v. 1**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Capítulo VII – Os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Capítulo 2. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. **Revista de processo nº 148** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Os passos da hermenêutica**: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado democrático de direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.) *Interpretação Constitucional – Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. Salvador: Editora JusPodvim, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANCO, Fernão Borba. **Processo administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Maranhão**, São Luís - MA, v. 4, n. 4, p. 11-31, 2005. Disponível em <www.tj.ma.gov.br> Acesso em 10/07/2010.
- FREITAS, Juarez. **A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta**. In *Interpretação constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317/356.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. p. 102 **Revista de Processo nº 153**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de informação legislativa**. a. 36. nº 143. Jul/set. 1999 Brasília: Senado Federal, 1999.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. p. 249/266. In MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Volume V. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”*. In **Revista de processo nº 151**. São Paulo: RT, 2007.

GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das Cortes Norte-Americanas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Volume V. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 99.

GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista dialética de direito processual nº 06**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de processo nº 147**. São Paulo: RT, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. In **Revista de Processo n. 141**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53/71.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Noção essencial do princípio da proporcionalidade**. In SILVA MARTINS, Ives Gandra; JOBIM, Eduardo. (Coord.) O processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 607/630.

_____. **Princípio da proporcionalidade e devido processo legal**. In Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255/269.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

_____. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUERRERO, Manuel Medina. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a.14. nº 41 maio/agosto 1994.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales em Alemania.* Trad. Luciano Parejo Alfonso. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolome de Las Casas.*

HARADA, Kiyoshi. **Superávit primário.** Trocando em miúdos. Jus navegandi. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.

HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo. Cuestiones Constitucionales.* México, *enerio, junio*, n. 2, 2000.

HART, Hebert. **O conceito de direito.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

ISHIKAWA, Lauro ; GIARDULLI, E. T. F. . **O princípio da proporcionalidade ancorado na dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.** In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá-PR. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI - Maringá, 2009.

JEVEAUX, Geovane. **O conceito de princípio na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** Mimeografado.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo nº 135.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JORGE, Flavio Cheim, JUNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LARRAÑAGA, Pablo. *Sobre la teoria del derecho de Robert Alexy.* **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho nº 1.** 1994. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm>>. Acesso em: 21/06/2009.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo – fundamentos de la ética jurídica** (do original alemão *Richtiges Recht*, Munique: Beck'sche Verlag, 1979), trad. Luiz Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d..

LEAL, Roger Stiefelmann Leal. A judicialização da política. **Cadernos de direito constitucional e ciência política nº 29**. São Paulo. 1999.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da *Katchanga***. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 16/02/2010.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina**. Buenos Aires: Astrea, 1970.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea**. (Posfácio). In Margarida Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. **Judicialização da política**. Ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 01/08/2008.

MARDER, Alexandre S.. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luís Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. In SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Org. e introdução: Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning *et al.*) Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 33/126.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09/07/2009.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09/07/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Branco. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil**. p. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero\(3\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero(3)-%20formatado.pdf)> Acesso em 09/02/2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, s/d. v. IV. Tomo I. p. 78/83.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada**. In MORAES, Germana de Oliveira. (Org.) Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999. p. 75/152.

MORAIS, Alexandre de. **Lições de direito processual civil**. 14 ed. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. **In Informativo de Direito Administrativo e LRF**. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

_____. **Controle de Constitucionalidade: Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Salvador: JusPodium, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOTA, Marcel Moraes. Proporcionalidade e fungibilidade das tutelas de urgência. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais** – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In Direitos Humanos e democracia. Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46/52.

NEGREIROS, Teresa. **A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios.** In Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Ricardo Lobo Torres (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 343/382.

NERY, Maria Clara Ramos. **Sociologia contemporânea.** Curitiba: IESDE Brasil S/A, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In **Revista de processo nº 146.** São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Cybele. **Devido processo legal.** Revista de direito constitucional e internacional nº 32. São Paulo, a.8. jul/set 2000.

OLIVEIRA, Fábio Côrrea de Souza. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez.** Disponível em <www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24/09/2008

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal.** 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos normativos:** A hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ.** nº 40. Jan/mar. 2008 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

_____. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ.** nº 30. jul/set. 2005 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal:** análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação de mestrado. USP. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112009-130359/pt-br.php>> Acesso em 09/02/2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade.** In A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Luís Roberto Barroso (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 153/215.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas** in Os Princípios da Constituição de 1988. (Org.) Antônio Cavalcanti Maia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. O direito à defesa na Constituição de 1988. p. 36/37. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de processo nº 147**. São Paulo: RT, 2007. p. 307/330.
- PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto alegre: Livraria do advogado, 1997.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 22/11/2010.
- _____. Tribunal Constitucional. **Acórdão 680/1998**. Rel. Maria dos Prazeres Pizarro Bezeza. 2ª. Seção. J. 02/12/1998. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980680.html>> Acesso em 09/11/2010.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. 2007. p. 106. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em 05/11/2010.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. **Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais**. In Jurisdição e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coord.) Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 227/256.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. **Revista de informação legislativa**. a. 44. Nº 175. Jul/set. 2007 Brasília: Senado Federal, 2007.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Há justiça no século XXI sem operadores do século XXI? Atualidades nacionais. *In* **Revista de processo n° 147**. São Paulo: RT, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193/284.

_____. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Iuris, 2006.

_____. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. *In* Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Ricardo Lobo Torres (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35/98.

SCHREIBER, Simone. **Liberdade de expressão**: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. *In* A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Luís Roberto Barroso (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217/258.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. (Org. e introdução: Leonardo Martins ; Trad. Beatriz Henning *et al.*) Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo : Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei n.º 9.784/99). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul n° 57**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional n° 59**. Ano 15. abr/jun 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais**. *In* Interpretação constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12/53.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUPREME COURT. Foucha v. Louisiana. Certorari to the Supreme Court of Louisiana. n° 90-5844. Boud volume 504. p. 121. Disponível em <www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolume.aspx>. Acesso em 05/08/2010.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista de direito administrativo nº 204**. Abr/jun 1996. Rio de Janeiro:Renovar, 1996.

TARUFFO, Michele. **Racionalidad y crisis de la ley procesual**. Valladolid: 1999, n. 22. p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 02/12/2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva**. In *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. André Ramos Tavares (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais nº 819**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In **Revista de processo nº 150**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOLEDO, Suzana de Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade**. In *Legitimação dos direitos humanos*. Ricardo Lobo Torres (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397/449.

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Trad. Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. *House of Representatives. Fifth Amendment of Constitution de United States of America*. Disponível em <<http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html>> Acesso em 04/11/2010.

_____. *House of Representatives. Fourteenth Amendment of Constitution de United States of America*. Disponível em <<http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html>> Acesso em 04/11/2010.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Rev. Direito GV v.4 n.2 São Paulo Jul/Dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200003&script=sci_arttext> Acesso em 16/02/2010.

VIANNA, Luiz Werneck (et.al). **A judicialização da política e das relações sociais**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. **Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04**. Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008.

VIERA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

WILSON, Geoffrey Philip. *Cases and materials on contitutional and administrative law*. (Cambridge legal case book series). 2.ed. Cambridge University Press, 1976. p. 409/410. Disponível em < <http://books.google.com.br>>. Acesso em 04/08/2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3a ed. Madrid: Trotta; 1999.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.