

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PROPORCIONALIDADE E A SUA FUNÇÃO NA
INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

MARILENE DO ESPÍRITO SANTO

Itajaí, 28 de abril de 2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PROPORCIONALIDADE E A SUA FUNÇÃO NA
INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

MARILENE DO ESPÍRITO SANTO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí, 28 de abril de 2010

AGRADECIMENTO

Agradeço a **Universidade do Vale do Itajaí – Univali**, esta grande Instituição, cuja reconhecida excelência é fruto do incentivo concedido aos seus professores.

Sou grata, ainda e de modo muito especial, ao meu orientador Doutor **Paulo de Tarso Brandão** que de forma muito elegante me conduziu ao amadurecimento no tema tratado neste Relatório de Pesquisa.

Ao querido professor Doutor **Cesar Luiz Pasold** que, através dos seus ensinamentos em metodologia, me mostrou o caminho a ser trilhado na produção dos trabalhos de pesquisa e que resultou neste Relatório.

Aos **Professores** do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Univali, pela qualidade das aulas ministradas – repletas de discussões, sempre tão atuais.

Aos meus **alunos** do curso de graduação em Direito, pela inspiração resultante dos questionamentos juvenis demonstrados na disciplina de Direito Penal.

Aos grandes e verdadeiros amigos que assumiram junto comigo esta importante etapa acadêmica.

Agradeço, principalmente, ao **Davi** – razão da minha alegria - pelo seu carinho e dedicação nesta caminhada maravilhosa que fazemos juntos.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a você, **Davi** – meu amor -,
que foi os meus olhos quando estudei para a
prova de ingresso no Mestrado. Sim, tudo é
linguagem e, neste caso, a falta dela para
expressar o quanto você é importante para mim,
torna maior a sua presença e eloqüência! Dedico,
também, a vocês, **Bárbara e Otávio** – meus filhos
queridos -, como uma pequena retribuição do
imenso carinho que a cada dia tenho recebido.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 28 de abril de 2010

Marilene do Espírito Santo
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1.....	8
A IDÉIA DE PROPORCIONALIDADE COMO NOÇÃO DE JUSTIÇA	8
1.1 A PROPORCIONALIDADE EM ARISTÓTELES	8
1.1.1 O CUMPRIMENTO DA LEI COMO INDICAÇÃO DE JUSTIÇA	16
1.1.2 A EQÜIDADE COMO INDICAÇÃO DE JUSTIÇA	17
1.1.3 A PROPORCIONALIDADE COMO INDICAÇÃO DE JUSTIÇA.....	21
1.1.4 A SABEDORIA PRÁTICA COMO INDICAÇÃO DE JUSTIÇA.....	24
1.1.5 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA APROXIMAÇÃO DA <i>PHRÓNESIS</i> ARISTOTÉLICA COM A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER	30
1.2 PROPORCIONALIDADE E MODERNIDADE	32
1.2.1 PROPORCIONALIDADE E O PROJETO DA MODERNIDADE	32
1.2.2 ESTADO CONTEMPORÂNEO E PROPORCIONALIDADE	39
1.2.3 A PROPORCIONALIDADE NO SEGUNDO PÓS-GUERRA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	42
CAPÍTULO 2.....	47
PROPORCIONALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: AS POSTURAS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY	47
2.1 PROPORCIONALIDADE E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	47
2.2 O DIREITO E SUA ARTICULAÇÃO COM A LINGUAGEM: SITUANDO O PROBLEMA DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O LOCUS ARGUMENTATIVO DA PROPORCIONALIDADE.....	52
2.2.1 MATRIZES EPISTEMOLÓGICAS DO DIREITO.....	52
2.2.2 PRAGMÁTICA JURÍDICA: DUAS POSTURAS	56
2.2.3 A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN.....	59
2.2.4 A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY	67
2.2.5 AS POSTURAS DE RONALD DWORKIN E DE ROBERT ALEXY: DIFERENÇAS	73
2.3 DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E PROPORCIONALIDADE	79
2.3.1 DOCTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E AS TEORIAS DE ALEXY E DWORKIN ...	79
2.3.2 PROPORCIONALIDADE NA PRÁXIS JURÍDICA BRASILEIRA: REGRA, PRINCÍPIO OU DEFINIÇÃO PERSUASIVA?	83
2.3.2.1 PROPORCIONALIDADE EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DOIS CASOS – O <i>HABEAS CORPUS</i> N.º 82.424 E O MANDADO DE SEGURANÇA N.º 053.09.015778-9	86
2.3.3 RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE: MAIS UM JOGO DE PALAVRAS	92
CAPÍTULO 3.....	101

A PROPORCIONALIDADE E SUAS DUAS FACES: DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	101
3.1 VERDADE, MÉTODO E PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO.....	101
3.2 PROPORCIONALIDADE E DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA APROXIMAÇÃO	115
3.3 A PROPORCIONALIDADE E SUAS DUAS FACES: DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	122
3.3.1 PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	123
3.3.1.1 Elementos iniciais para a caracterização dos Direitos Fundamentais	123
3.3.1.2 A proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	148

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo analisar a Proporcionalidade e suas diferentes acepções e aplicações no Direito Constitucional brasileiro. Para tanto, inicia-se com um estudo da Proporcionalidade, sintetizada por Aristóteles como noção de equilíbrio, concepção que influenciou o pensamento ocidental e o mundo do Direito. Também é destacada a relação que a Proporcionalidade guarda com o ambiente político e social no qual é empregada, de forma que é possível observar o seu desenvolvimento no âmbito da Modernidade pela necessidade de harmonizar valores contraditórios. No contexto do desenvolvimento do Estado, agora sob as bases constitucionais, em que as discussões acerca dos conflitos entre Direitos Fundamentais se tornam visíveis, propõe-se uma análise que abrange a forma como sobressaem no cenário jurídico brasileiro as idéias de dois filósofos do direito - Ronald Dworkin e Robert Alexy - as quais têm sido citadas em obras doutrinárias e artigos (e decisões judiciais), como argumentos de autoridade para a “solução” de confrontos entre direitos. Como resultado da reflexão, propõe-se a apresentação da Proporcionalidade sob duas fisionomias distintas: a proibição de excesso e de proteção deficiente. Estas duas faces da Proporcionalidade guardam estreita ligação com os Direitos Fundamentais, vez que a proibição de excesso tem como objetivo resguardar as garantias de liberdade, contra ações estatais que lhe imponham restrições indevidas, e a proibição de proteção deficiente volta-se para exigência de que o Estado atue para concretizar os direitos prestacionais. Quanto à metodologia, utilizou-se na Investigação, o Método Indutivo; no Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e, no Relatório dos Resultados, a base lógica Indutiva, com o apoio das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. O tema se enquadrou na linha de pesquisa “Hermenêutica e Principiologia Constitucional”, tendo como área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo”.

Palavras-chave: Proporcionalidade, equilíbrio, Direitos Fundamentais, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

ABSTRACT

The main goal of this work is to analyze the concept of Proportionality and its different meanings and applications in Brazilian Constitutional Law. It begins with a study of Proportionality, summarized by Aristotle as a notion of balance, a concept that heavily influenced western thought, including the Law. It also highlights the relationship between Proportionality and the political and social context in which it is used, enabling its development to be traced in the scope of Modernity, due to the need to harmonize contradictory values such as: justice and autonomy, solidarity and identity, emancipation and subjectivity. In the context of the development of the State, now under constitutional bases in the sense that discussions concerning the conflicts between Fundamental Rights have become more visible, an analysis is proposed that includes the prominence of the ideas of two philosophers of law in the Brazilian juridical scenario – Ronald Dworkin and Robert Alexy - which have been cited in doctrinal works and articles (and judicial decisions) as arguments of authority for “resolving” conflicts between laws. Based on this reflection, a presentation of Proportionality is proposed, in a reading of two different physiognomies: excess prohibition and deficient protection. These two faces of Proportionality are closely related to Fundamental Rights in that the prohibition of excess aims to safeguard guarantees of freedom against state actions that impose improper restrictions, while prohibition of deficient protection demands State actions, to concretize social rights. In terms of methodology, the Inductive Method was used; the line of research followed is that of Hermeneutics and Constitutional Principology, and the area of concentration is Basics of Positive Law”.

Key words: Proportionality, balance, Fundamental Rights, excess prohibition and prohibition of deficient protection

INTRODUÇÃO

A pesquisa que originou este Relatório partiu de uma questão fundamental: de que forma a Proporcionalidade pode servir como critério de interpretação e aplicação de normas constitucionais? Será possível estabelecer algum critério que não resulte em indeterminação conceitual ou na opção quase matemática que a elevou à condição de “regra máxima” para a resolução de colisões entre Direitos Fundamentais?

Muitos livros e artigos jurídicos têm sido publicados sobre o tema e a profusão de comentários sobre a categoria Proporcionalidade, não obstante o saudável dissenso, acaba por trazer reflexos diretos (e nem sempre positivos) na efetivação de Direitos Fundamentais. Isto porque a multiplicidade de ensaios teóricos, associada ao poder persuasivo da palavra, não raras vezes, acaba se traduzindo em indesejáveis práticas decisionistas, na medida em que o termo recebe cargas semânticas que possibilitam justificações muitas vezes contrárias à sua própria essência de equilíbrio e, então, passa a servir de álibi para decisões que acarretam restrições a Direitos Fundamentais.

É neste contexto que este Relatório se insere, através da análise da Proporcionalidade como forma de imprimir a coerência e a integridade muitas vezes quebrada pela legislação ou por decisões judiciais. Assim, e tendo em conta que a interpretação e aplicação de uma lei é muito mais do que apenas ter conhecimento do ordenamento jurídico, mas que se trata de efetivamente compreender todo o ambiente jurídico envolvido, numa verdadeira atribuição de sentido, é que a Proporcionalidade é apresentada em suas duas faces: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

O objetivo institucional deste Relatório é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico geral é analisar o conceito e a natureza jurídica de Proporcionalidade e suas diferentes acepções e aplicações

no Direito Constitucional brasileiro. De forma específica, a busca se dá no sentido de compreender a Proporcionalidade como noção de justiça e equanimidade, na medida em que através dela é possível exigir coerência e integridade no trato dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, com o estudo da Proporcionalidade, sintetizada em Aristóteles na *Ética a Nicômaco* como noção de equilíbrio, concepção esta que influenciou fortemente o pensamento ocidental e perpassou o mundo do direito, tornando-se parte dos sistemas jurídicos do hemisfério ocidental: o da *Civil Law* (a tradição jurídica do direito civil romano, de caráter legislativo e doutrinário, foi fundada na antiga civilização romana, e organizada pelo Imperador Justiniano, na metade do primeiro milênio da era cristã, após a queda do grande Império Romano) e a *Common Law* (a tradição jurídica do direito consuetudinário anglo-saxônico, de caráter costumeiro e jurisprudencial, teve origem na formação política da Inglaterra e foi consolidada e difundida ao longo do segundo milênio cristão, durante o processo de formação e expansão do Império Britânico).

Ainda, o pensamento de Aristóteles acerca da Proporcionalidade e a sua conexão com a noção de justiça por ele desenvolvida, por sua influência no pensamento jurídico ocidental, traz ínsito uma reivindicação de verdade que não pode ser rejeitada nem sobrepujada pela consciência jurídica contemporânea. Esta idéia de justiça coexiste com as noções de excelência moral, saberes teórico e prático, cumprimento das leis e equidade. Estas noções estão relacionadas entre si e com o todo da justiça; por isso não podem ser compreendidas separadamente.

A partir destas colocações é que se pode dizer que noção de Proporcionalidade não é (nem pode ser) dissociada do ambiente político e social no qual é empregada, como se fosse um conceito universal e atemporal. A conexão entre o político e o social será determinante para definição do significado da Proporcionalidade e seu emprego (setorial) no campo do direito.

O emprego (setorial) da Proporcionalidade no campo do Direito está vinculado preponderantemente à idéia de equilíbrio. Isto se deve,

principalmente, à complexidade do projeto sócio-cultural da Modernidade e ao seu desenvolvimento contraditório. Este projeto, ao vincular os patamares da regulação e da emancipação à concretização de objetivos práticos de racionalização global da vida coletiva e individual, visou assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores tendencialmente contraditórios como: justiça e autonomia, solidariedade e identidade, emancipação e subjetividade. Cada um destes valores reclama a primazia (maximização). Daí a idéia de que estas “competições” tendem a se perpetuar, numa luta infundável entre a racionalidade moral prática – na ética ou no direito – e os princípios de Estado, de Mercado e da Comunidade. A Proporcionalidade ingressa neste “jogo” como (mais) uma proposta de superação destes conflitos.

A partir do segundo pós-guerra, com o fortalecimento do constitucionalismo dirigente, se revigora o uso (setorial) da noção de Proporcionalidade no campo jurídico. Busca-se, através de critérios de Proporcionalidade (de roupagens teóricas complexas, freqüentemente distintas e quase sempre antagônicas), com fundamentos em textos constitucionais, o efetivo asseguramento e realização dos Direitos Fundamentais individuais e sociais, conquistas históricas da civilização, e a solução entre os confrontos/conflitos que possam advir entre eles na práxis jurídica.

Assim, no Capítulo 2, a reflexão acerca da Proporcionalidade é desenvolvida, agora sob as bases de um Estado Constitucional, de forma que é possível dizer que no cerne da discussão acerca dos confrontos/conflitos entre Direitos Fundamentais, sobressaem no cenário jurídico brasileiro, as idéias de dois filósofos do direito, o norte-americano Ronald Dworkin e o germânico Robert Alexy, as quais têm sido citadas principalmente em obras doutrinárias e artigos (e também em decisões judiciais), algumas vezes isoladamente, outras de forma combinada, como argumentos teóricos de autoridade para a “solução” de confrontos/conflitos entre direitos. Tais idéias são freqüentemente acolhidas em associação à palavra “Proporcionalidade”. Para que não se empregue a palavra “Proporcionalidade” apenas como uma definição persuasiva, num sentido indeterminado e, por isso, capaz de ensejar decisionismos judiciais, devem ser aclaradas as idéias dos dois autores, a fim de

que o operador do direito tenha noção dos aspectos distintos dos pensamentos de ambos.

Sob este aspecto é que o Relatório contém uma breve descrição da proposta de Ronald Dworkin, descrita na obra *Levando os Direitos a Sério*, relativamente à distinção entre princípios e regras e, ainda, à sua tese de que é possível que o julgador, sem que seja necessário utilizar-se de discricionariedade, ofereça uma (única) resposta correta para um caso em que não há aplicação imediata de uma regra. Do mesmo modo e com igual objetivo, foi proposto um delineamento, ainda que sucinto, da base teórica desenvolvida Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que acrescenta a característica de *mandamentos de otimização* aos princípios – os quais devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas - e compreende a Proporcionalidade como critério de ponderação a ser invocado quando se está diante de um *caso difícil*.

Nesta etapa do Relatório, foi possível perceber que Ronald Dworkin e Robert Alexy, embora articulem suas teorias com a teoria da linguagem, partem de realidades jurídicas (sistemas jurídicos) diferentes ao construí-las. Dworkin desenvolve suas idéias levando em conta o papel do juiz no sistema da *Common Law* e trabalha nos níveis semântico (para desenvolver uma proposta de hermenêutica jurídica e alcançar os significados possíveis das normas em pertinência ao todo do sistema jurídico, numa relação de *integridade* e *coerência*) e pragmático (no campo da Teoria da Justiça, ao incursionar na fundamentação do direito, mais especificamente no aspecto material da Teoria da Decisão). Alexy expõe o seu pensamento tomando como parâmetro o juiz do sistema da *Civil Law* (sistema legislado) e trabalha sua Teoria da Argumentação Jurídica no plano semântico (conceito semântico de norma) e pragmático (Teoria da Decisão em sentido lato), se ocupando da linguagem como prática argumentativa, com uma preocupação principal: qual o critério de legitimação racional para as decisões? Para tanto, propõe um modelo de racionalidade jurídica, prescritivo (para fornecer critérios normativos aos operadores do direito), que implica em dupla atitude epistemológica: (1) o desenvolvimento de uma Lógica própria e (2) a revitalização da Filosofia Prática.

Ainda neste capítulo, foi retomada a discussão acerca da Proporcionalidade, por meio da análise de duas decisões proferidas pela justiça brasileira, com objetivo de verificar o modo de utilização da Proporcionalidade na justificação das referidas decisões, bem como foi analisada a sua classificação como princípio ou regra e, por fim, o uso da Proporcionalidade e da Razoabilidade como sinônimos.

No Capítulo 3, a pesquisa se prende à apreciação da Proporcionalidade como forma de limitação do poder estatal, nas faces de proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Para chegar a esta etapa do Relatório, foi necessário um estudo inicial acerca do método e do procedimento ponderativo, para compará-lo com a proposta de interpretação integrativa e coerente, passando-se, para tanto, pelo exame do conceito de “verdade” nos moldes oferecidos por Hans-Georg Gadamer, para quem a interpretação é muito mais do que a aplicação mecânica de um método, mas envolve o reconhecimento dos preconceitos e a sua legitimação, a fusão de horizontes e o círculo hermenêutico. A compreensão e a interpretação, sob este aspecto, estão relacionadas com a experiência do homem no mundo.

Nesta forma de compreender, na qual se situam a interpretação e a aplicação, é que se fez a aproximação da Proporcionalidade à concepção do “Direito como Integridade”, formulado por Ronald Dworkin, na medida em que a Proporcionalidade passaria a servir como elemento de aferição da coerência e integridade relativamente ao ambiente no qual o intérprete está inserido. Sob esta ótica, não há como conceber uma decisão no campo do Direito (proferida por quaisquer que sejam os atores envolvidos) que não tenha como contorno o respeito aos dispositivos constitucionais e, por consequência, aos Direitos Fundamentais. Assim, com o objetivo de compreender esta perspectiva assumida pela Proporcionalidade é que se trouxe uma breve análise dos Direitos Fundamentais e dos elementos que lhe caracterizam, bem como de uma reflexão acerca da possibilidade, ou não, de que tais direitos sejam flexibilizados.

Por fim, este Relatório se completa, a partir da argumentação empreendida nos tópicos anteriores, com a apresentação da

Proporcionalidade numa leitura sob duas fisionomias distintas: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. Estas duas faces da Proporcionalidade guardam estreita ligação com os Direitos Fundamentais, vez que a proibição de excesso, tem como objetivo resguardar as garantias de liberdade, contra ações estatais que lhe imponham restrições indevidas e, a proibição de proteção deficiente, volta-se para exigência de que o Estado atue no sentido de concretizar os direitos prestacionais. Assim, estas duas perspectivas da Proporcionalidade se unem no objetivo de conferir proteção e efetividade aos Direitos Fundamentais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a interpretação e aplicação da Proporcionalidade no Direito Constitucional.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) supõe-se que a análise da concepção clássica do termo Proporcionalidade possa oferecer caminhos para a sua utilização na interpretação e aplicação das normas constitucionais;

b) supõe-se que a recepção de entendimentos estrangeiros, sem a devida contextualização, no campo jurídico brasileiro implique indeterminação conceitual acerca da categoria Proporcionalidade e que tal imprecisão de significado tenha reflexos sobre as questões que envolvem Direitos Fundamentais;

c) supõe-se que a categoria Proporcionalidade compreendida como forma de imprimir coerência e integridade ao ordenamento jurídico e decisões judiciais, resulte em limitação do poder estatal no trato dos Direitos Fundamentais.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano³, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

A IDÉIA DE PROPORCIONALIDADE COMO NOÇÃO DE JUSTIÇA

Ante o problema da fundamentação das decisões judiciais, duas características da cultura jurídica hodierna adquirem uma importância particular: a racionalidade e a interpretação constitucional. O pensamento jurídico tradicional, pautado na concepção de exegese clássica - de que a interpretação é uma operação lógica em que o intérprete deve extrair da norma tudo o que ela contém – em tempos de Sociedade globalizada, encontra-se em crise.

De um lado, há uma conjuntura complexa para a qual a racionalidade calcada na subsunção já não responde à profusão de problemas jurídicos resultante da tensão entre Direitos Fundamentais. De outro, existe no centro da aplicação do Direito, um apelo constante à constitucionalização das interpretações, que reclama que este exercício seja pautado por uma concepção de Constituição que não seja meramente um instrumento de governo (constituição estatutária), mas sim, decorrente de texto dirigente e vinculador. É este o contexto da discussão que dá início ao presente Relatório acerca da categoria Proporcionalidade. Trata-se, pois, de um debate sobre racionalidade e constitucionalidade, no qual a Proporcionalidade se insere como uma questão hermenêutica, de forma que nas reflexões que se seguem neste Capítulo, procurar-se-á compreender a articulação da palavra Proporcionalidade, por meio do seu significado fundamental (clássico), até o seu sentido no quadro da Modernidade.

1.1 A PROPORCIONALIDADE EM ARISTÓTELES

A idéia de Proporcionalidade foi sintetizada por Aristóteles, na obra *Ética a Nicômaco*⁸, como noção de equilíbrio, concepção que,

⁸ No desenvolvimento deste capítulo foram empregadas as seguintes traduções, todas produzidas a partir dos textos gregos compilados e referenciados por Bywater (ARISTOTELIS, *Ethica*

historicamente, influenciou fortemente o pensamento dos estudiosos do Direito, daí a relevância do referente utilizado nesta etapa do presente Relatório de Pesquisa, que se prende à análise do pensamento de Aristóteles, na obra já mencionada, acerca da justiça.

Nesta linha é que Wolkmer afirma que, muito embora Aristóteles, na obra em comento, não tivesse como propósito uma análise das leis ou do Direito, o tratamento dado ao tema justiça “acabou tendo relevância para os juristas e para a história da filosofia jurídica no ocidente.”⁹

Tal influência pode ser observada, também e, aqui apenas colacionando alguns exemplos, na obra de Alexy¹⁰, quando o autor discute a questão da igualdade, destacando a impossibilidade e inconveniência de um tratamento igualitário, sob todos os aspectos, sem levar em conta as diferenças existentes entre as pessoas. Alexy afirma, ainda que não se trata de admitir sem critério o estabelecimento de toda e qualquer diferença, mas que “é necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos.” E, também, em Reale¹¹, no ponto em que o autor examina as ligações existentes entre a justiça e o bem comum, momento em que afirma que a utilização da palavra justiça será feita sob a ótica objetiva, ressaltando, todavia,

Nichomachea, recognovit brevique ad notatione critica instruxit, I. Bywater, Oxonii e Typographeo Clarendoniano, 1894, 1988, cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. Trad. Antônio de Castro Caeiro, Lisboa: Quetzal Editores, 2009, p. 284, nota 16). Além da tradução de Antônio de Castro Caeiro (em Português de Portugal) foi utilizada com frequência também a tradução para a língua portuguesa (para o Brasil) de Edson Bini (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007); e em francês de Jean Voilquin (ARISTOTE. **Éthique de Nocomaque**. Texte, traduction, préface et notes par Jean Voilquin. Paris : Librairie Garnier Frères, 1940). A numeração referencial dos fragmentos é a que se tornou de uso universal, de Immanuel Bekker, de 1831. Quando não houver transcrição de texto traduzido, a indicação será feita simplesmente ao nome à obra de Aristóteles seguida do respectivo fragmento (por exemplo: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, [1141a10]).

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antigüidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 24.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva. Trad. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 397. Título original: Theorie der Grundrechte.

¹¹ Ressalte-se que, muito embora tenha sido utilizada, neste Relatório de Pesquisa, de forma padrão, a indicação apenas do sobrenome dos autores referenciados, no caso de autores que têm o mesmo sobrenome, optou-se pela indicação, no corpo do texto, do nome completo como, pode ser observado nesta referência e em outras no desenvolvimento do Relatório. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 276 e 624.

que o aspecto subjetivo – qual seja, ligado à virtude (Aristóteles) – não seria de forma alguma relegado, posto que ambas as concepções se completam.

Igual reconhecimento sobre a atualidade do pensamento de Aristóteles foi lembrado por Gadamer¹², ao discutir a questão da significação da tradição humanística para as ciências do espírito e em tópico específico que aborda a atualidade hermenêutica de Aristóteles, bem como quando do estudo da relação que o homem guarda com a linguagem (logos), característica, segundo Aristóteles, privativa do homem e que o leva também à definição do justo e do injusto. A análise de Gadamer acerca de algumas idéias aristotélicas vai ser retomada, mais adiante, ainda neste capítulo. Por fim, importa ainda destacar, a presença das idéias de Aristóteles na discussão feita por Günter¹³, quando o autor analisa a Phrónesis como exemplo de aplicação contextualmente vinculada.

E mais, a busca de respostas na visão interpretativa das experiências humanas oferecida pelos clássicos se justifica porque, como afirma Gadamer:

Faz parte da elementar experiência do filosofar que, ao procurarmos compreender os clássicos do pensamento filosófico, esses pensadores imponham uma pretensão de verdade que a consciência contemporânea não pode rejeitar nem sobrepujar. A ingênua auto-estima da atualidade pode até se rebelar contra o fato de a consciência filosófica abrigar a possibilidade de que sua própria perspectiva filosófica seja muito inferior à de um Platão ou de Aristóteles, de um Leibnitz, Kant ou Hegel. Pode-se considerar uma fraqueza da filosofia atual dedicar-se à interpretação e à elaboração de sua tradição clássica, admitindo sua própria fraqueza. No entanto, o pensamento filosófico seria bem mais fraco se cada um não se submetesse a uma tal prova e preferisse fazer o papel de tolo por conta própria. Precisamos admitir que na compreensão dos textos desses grandes pensadores se

¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Flávio Paulo Meurer. trad. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008, p. 39 e em **Verdade e Método II** – complementos e índice. Enio Paulo Gianchini. trad. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2007, p. 465 e ss. Título original: Wahrheit und Methode.

¹³ GÜNTER, Klaus. **Teoria da Argumentação do Direito e da Moral** - justificação e aplicação, trad. Cláudio Molz, Landy Editora: São Paulo, 2004, p. 253 e ss. Título original: Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.

reconhece a verdade que não seria acessível por outros meios, ainda que isso contradiga o padrão de pesquisa e de progresso com que a ciência mensura a si mesma.¹⁴

Com este espírito é que se observa que Aristóteles, na formulação de conceitos como ética e justiça, trabalha a partir do horizonte prático, num exercício analítico de definições opostas. Em outras palavras, para se chegar a um entendimento acerca destas disposições de caráter, pode-se partir das disposições que lhes são antagônicas¹⁵.

Assim, para ele, a palavra justiça (*dikaiosüne*¹⁶, em grego) deve ser compreendida na conformidade da palavra injustiça (*adikía*), que indica uma disposição oposta àquela. A primeira, *dikaiosüne*, que não tem o sentido jurídico que hoje damos ao termo justiça, tem como significado de base “justiça”, “retidão”, “honradez”¹⁷ e forma-se pela composição entre o vocábulo *dikaio* – “justo”, “reto”, “honrado” – e sufixo *süne*, que indica “conservação de”, “salvaguarda” ou “preservação”¹⁸. Deste modo, *dikaiosüne* deve ser entendida como a “salvaguarda do que é justo”. A segunda, *adikía*, deve ser compreendida na sua oposição a *dikaiosüne*, como, aliás, indica a sua morfologia: a partícula “-a” sugere negação ou afastamento; a raiz “dik-” aponta para o significado de base

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 30.

¹⁵ No livro da Metafísica, Aristóteles apresentou os diversos modos de oposição, empregando as seguintes palavras gregas: *antikeímena* (opostos) para os termos relativos um ao outro, como por exemplo, “o dobro de”, “metade” etc.; *enantíos*, aos termos contrários; *antífasis*, aos termos contraditórios; *stéresis*, aos termos que exprimem “privação”; e *éxis* aos que apresentam uma mesma característica (Cf. ARISTÓTELES, Metafísica: livro I. **Coleção Os Pensadores**. Trad. (direta do grego) Vincenzo Coceo. São Paulo: Victor Civita Editor, 1984, [1054b] p. 23 e ss). A “oposição” a que o Filósofo se refere neste capítulo da Ética a Nicômaco é expressa, no original, pela palavra *enantíos* (literalmente: “no lado oposto”). Conforme PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 6. Ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984, p.953.

¹⁶ Neste trabalho segue-se tanto quanto possível as Normas de Transliteração de palavras do grego antigo para o alfabeto latino acordadas pela Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos, com as anotações formuladas por Henrique Muracho, conforme resumidas na obra MURACHO, Henrique. **Língua Grega: visão semântica, lógica, orgânica e funcional**. 3. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2007, v. 1, p. 40-42.

¹⁷ Conforme PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 1984, p.144.

¹⁸ Como se vê no fragmento [1140b14] de Ética a Nicômaco, na palavra “sofrosyne”, em interpretação dada pelo próprio Aristóteles como “salvaguarda da sensatez”.

“justo”, “reto”, “honrado”; e o sufixo “-ia” serve como formador de substantivo. Vem daí o seu significado, a saber: “injustiça”, “falta”, “prejuízo”, “sem-razão”¹⁹.

Logo, as múltiplas acepções de justiça devem ser entendidas em consonância com as múltiplas acepções de injustiça, como ele mesmo explica:

Segue-se assim o mais das vezes que, se um dos extremos opostos for entendido em várias acepções, também o outro extremo será entendido segundo essa mesma diversidade de acepções. Assim, o sentido do termo “justo” tem tantas acepções quantas tiver o sentido do termo “injusto”. O termo “justiça” é, assim, entendido de acordo com tantos sentidos quantos os tiver o termo “injustiça”, quer dizer ambos admitem uma enorme equivocidade.²⁰

Entenda-se por equivocidade justamente a multiplicidade de sentidos de um e de outro termo, os quais, entretanto, acabam se esclarecendo mutuamente exatamente pela contraposição das diversas acepções. Segue-se, nesta linha de raciocínio, que o termo “injusto” deve ser entendido na sua oposição ao “justo”, e vice-versa. Destarte, o adjetivo “injusto” pode ser aplicado tanto ao homem que transgride a lei quanto ao que não é equitativo (isto é, o “ganancioso”, o que quer para si mais do que lhe é devido quantitativa e qualitativamente²¹). Em oposição, “justo” será tanto o que observa a lei quanto o que respeita a igualdade.²²

¹⁹ Conforme PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. p. 11.

²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1129a24-30] p. 118.

²¹ É neste sentido a nota de António de Castro Caeiro: “Ou seja, trata-se de um querer ter mais do que se deve, ou de que nos é devido. É, por isso, sinônimo de ganância.” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. Nota n. 140, p. 294). Esta idéia se vê claramente na tradução realizada por Edson Bini do fragmento 1129b 9-13: “O homem injusto, entretanto, nem sempre escolhe a maior porção, ou seja, das coisas que, falando em termos absolutos, são más, escolhe a menor porção; mas, não obstante isso, pensa-se que ele toma mais do que lhe é devido, porque o menor entre dois males parece, num certo sentido, ser um bem e tomar mais do que aquilo que lhe é devido significa tomar mais do que é devido do bem. Vamos denominá-lo “não equitativo”, pois este é um termo lato e inclui tanto o tomar demasiado coisas boas quanto demasiado pouco as más” (cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 147).

²² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. [1129a 33 a 1129b 3], p. 118.

Neste passo, Aristóteles estabeleceu conceitualmente uma ligação entre o termo *justiça* (*dikaíosune*) com excelência (*areté*²³). Citando um provérbio, atribuído pelos estudiosos a Teógnis, afirmou que “Na Justiça se encontra toda a Virtude [excelência, *areté*] somada.”²⁴ De forma análoga, ele colocou o termo injustiça (*adikía*) em conexão com vício (*mokhthería*²⁵). A excelência universal corresponde à justiça universal, assim como o vício universal corresponde à injustiça universal.²⁶ Ou, como sintetiza Aristóteles: “Assim, tal como a justiça não é uma parte da excelência, mas a excelência total, também a injustiça não é uma parte da perversão, mas antes a mais completa perversão”²⁷.

Surge, deste modo, uma questão: no que diferem justiça e excelência, já que ambas são em certo sentido idênticas? O próprio Aristóteles responde:

É evidente a partir do que foi agora dito: que elas são, enquanto disposições de um mesmo gênero, idênticas, mas diferentes no modo de se manifestarem. A justiça manifesta-se como disposição relativamente a outrem; a excelência, manifesta-se, como uma certa disposição, de forma absoluta.²⁸

A justiça é, então sob esta perspectiva, uma excelência completa, voltada ao relacionamento interpessoal. Trata-se de uma justiça universal que, na visão aristotélica, corresponde ao exercício da excelência ao

²³ Prefere-se traduzir a palavra grega *areté* pelo vocábulo da língua portuguesa “excelência”, que parece adequado para expressar as acepções daquela como “capacidade”, “aptidão”, “valor” e “virtude”, simultaneamente (Cf. PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. p. 81). Esta foi a opção de Antônio de Castro Caeiro; já Edson Bini preferiu o emprego da palavra “virtude”, numa tradução conservadora.

²⁴ As três traduções empregadas neste trabalho referem-se a Teógnis de Mégare, poeta gnômico do VI século a.C. (cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. p. 119 e nota n. 141; ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. p. 148; e ARISTOTE. *Éthique de Nocomaque*. Texte, traduction, préface et notes par Jean Voilquin. p. 199, note 131).

²⁵ Palavra traduzida por “perversão” por Antônio de Castro Caeiro e por “vício”, por Edson Bini. Segundo Pereira, *mokhthería* significa fundamentalmente “(1) miséria, sofrimento; (2) insalubridade de um lugar, mau odor; (3) perversidade, maldade” (PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. p. 380).

²⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1130a.1-30] p. 119-120.

²⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1130a.8-11] p. 120.

²⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caeiro, [1130a13-17] p. 120.

mesmo tempo completa e perfeita (uma “disposição de forma absoluta”). Por isso mesmo relaciona-se fortemente com a noção de equilíbrio.

Não é de se estranhar, por isso, que as discussões sobre a justiça tenham uma forte expressão no *aequilibrium*, palavra cuja composição aponta para a igualdade dos pratos da balança. Aristóteles via a justiça como virtude, portanto, como ação que aperfeiçoa a conduta (natural) do homem na busca do Bem que lhe é próprio, em particular dos bens que têm a ver com a convivência e que o excesso (*hybris*) deve ser evitado. A justiça como virtude tem, pois, a ver com a ação de retribuir e seus correlatos: atribuir, distribuir.²⁹

Já a justiça particular refere-se à distribuição de honras e bens, e também diz respeito a relações interpessoais. Sob este ponto de vista, a justiça se exprime na observância da lei e da igualdade. Para Aristóteles, o justo particular reflete-se na igualdade e o igual, para ele, é o meio termo entre o “mais” e o “menos”, equidistante, daí a sua insistência quanto ao “justo meio”.³⁰

É importante notar que, nesta distinção entre justiça universal e justiça particular, tradicionalmente reconhece-se, um corte epistemológico radical: a distinção entre justiça geral ou universal (matéria que seria, a partir daí, submetida à Ética e da Política), que transcende a noção do Direito (no sentido de lei escrita) e confunde-se com a idéia geral de moralidade³¹ e a justiça particular (um novo campo que seria submetido ao Direito), dizendo respeito a relações entre pessoas entre si e entre pessoas e coisas.

O Estagirita confere à justiça particular o estatuto de excelência social, dando-lhe papel preponderante na distribuição de honras e

²⁹FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007, p. 43.

³⁰ Observe-se que, fiel à técnica da oposição (*enantíos*) por ele adotada, Aristóteles explicita as noções de injustiça particular e injustiça universal, especialmente nos fragmentos [1130a14] a [1130b4]. (Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p. 120-121). Tais conceitos extrapolam aos objetivos do presente trabalho, que se dispõe a uma análise do termo “justiça”, de forma que o aprofundamento acerca das questões que envolver a expressão “injustiça” não será aqui desenvolvido.

³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade à modernidade**. p. 25.

bens (justiça distributiva – pela distribuição equitativa das partes, pelo estabelecimento da proporção da igualdade geométrica), e nas relações interpessoais (justiça corretiva – com o estabelecimento de uma igualdade aritmética), pela observância da lei e da igualdade nas relações entre os indivíduos. Será justamente na ligação da justiça particular à igualdade que ele trabalhará a questão do *meio termo* ou do justo proporcional, que é o objeto desta parte do Relatório.

Aristóteles, o primeiro que investigou a essência da justiça, foi quem reconheceu sua íntima relação com a igualdade, assim como mostrou essa dupla classe de justiça. A primeira, a simples igualdade, a que dá a cada um o mesmo, a chamou de justiça aritmética ou niveladora; a segunda, que dá a cada um o análogo conforme a medida da desigualdade existente, a chamou justiça proporcional, geométrica ou distributiva. Com isto, Aristóteles assentou uma base duradoura para todos os tempos. Por isso, é compreensível o fato de que a doutrina da justiça siga referindo-se, sempre e novamente, a uma ou outra destas determinações aristotélicas. Pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da justiça nunca foi mais além de Aristóteles; ao contrário, sempre retornou novamente a ele.³²

Depois destas breves considerações acerca das noções fundamentais de justiça em Aristóteles, importa, neste ponto, trazer à colação aspectos destacados da idéia de justiça desenvolvida por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, a saber: o cumprimento da lei (item 1.1.1), a equidade (item 1.1.2), a Proporcionalidade (item 1.1.3) e, finalmente, a sabedoria prática (item 1.1.4).

³² Tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Aristóteles, el primero que investigó la esencia de la justicia, fue quien también reconoció su íntima relación con la igualdad, así como mostró esa doble clase de justicia. A la primera, a la simple igualdad, a la que da a cada uno lo mismo, la llamó justicia aritmética o niveladora; a la segunda, que da a cada uno lo parejo según la medida de la desigualdad existente, la llamó justicia proporcional, geométrica o distributiva. Con esto, Aristóteles sentó una base duradera para todos los tiempos. Por eso es comprensible el hecho que la doctrina de la justicia haya seguido refiriéndose siempre de nuevo una y otra vez a estas determinaciones aristotélicas. Se puede decir, en verdad, que la doctrina de la justicia nunca ha ido más allá de Aristóteles, antes bien, por el contrario, siempre ha vuelto de nuevo a él.” (BRUNNER, Emil. **La Justicia**: doctrina de las leyes fundamentales del orden social. Traducción de Luis Recaséns Siches. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, p. 36).

1.1.1 O cumprimento da lei como indicação de justiça

Sob este aspecto, Aristóteles vincula a justiça à lei³³, de forma que o justo era o legal e o injusto o ilegal. A lei existe com o objetivo de disciplinar as relações sociais e está atrelada à noção de justiça. Ele parte do pressuposto de que o homem cumpridor da lei é, por conseguinte, justo, vez que, espera-se que a lei determine o bem comum, o qual quando preservado resultará na felicidade a todos. “Assim entendemos por justo num certo sentido o que produz e salvaguarda a felicidade bem como as suas partes componentes para si e para toda a comunidade.”³⁴ Aristóteles reconhece, contudo, a possibilidade de uma disposição legal não ser justa, quando resultado de uma leitura errônea feita pelo legislador e que, portanto, não está apta para produzir a felicidade.³⁵

Segundo Wolkmer³⁶, a conexão feita por Aristóteles entre justiça e cumprimento da lei, decorre da evocação do filósofo pelo justo político, em sua faceta legal – que tem embasamento na vontade legislativa e se faz obrigatória e, no seu aspecto natural – que encontra fundamento na própria natureza e não na vontade humana).

É neste sentido que Aristóteles³⁷ afirma que:

Ora, todas as várias promulgações da lei colimam ou o interesse comum de todos, ou o interesse dos que detêm o poder, ou algo do gênero, de sorte que, em um dos sentidos, o termo “justo” é aplicado a qualquer coisa que produz e preserva a felicidade, ou as partes componentes da felicidade de uma comunidade política.

Ainda, esta interpretação da justiça (legal) ligada à cidade e àqueles que nela vivem, demonstra que “mesmo não trabalhando profundamente o Direito, Aristóteles oferece subsídios para uma filosofia jurídica que considera

³³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1129b15] p.118.

³⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1129b15] p.119.

³⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1129b30] p.119.

³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade à modernidade. p. 27.

³⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini, [1129b14] p.147.

tanto a natureza da sociedade de seu tempo (não mais a natureza abstrata), quanto a bifacialidade da justiça: o natural e o legal.”³⁸

1.1.2 A eqüidade como indicação de justiça ³⁹

Aristóteles inicia o seu estudo sobre a eqüidade apontando que esta se relaciona com a justiça, enquanto que o equitativo se relaciona com o justo.

A eqüidade, na visão de Aristóteles, está na interpretação sensata e prudente da lei, quando diante de um caso concreto. Ele não trata as expressões justiça e eqüidade como sinônimas, porém, reconhece a estreita ligação que há entre elas. O filósofo coloca a eqüidade em um plano superior, pois ela funcionaria como um fator de correção da justiça quando representada pela lei.⁴⁰

Em análise ao desenvolvimento do conceito de justiça para Aristóteles, Del Vecchio observa que a eqüidade está definida como:

(...) critério de aplicação das leis, o qual permite adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor da adequação. A fim de aclarar este conceito, comparou a eqüidade a uma certa medida (regra lésbia), feita de uma substância flexível, capaz de se

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antigüidade à modernidade. p. 27.

³⁹ Na conceituação de eqüidade oferecida por ABBAGNAMO, Nicola A. in **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 396, ele faz uso do pensamento de Aristóteles e aponta o seguinte significado: “Apelo à justiça com o objetivo de corrigir a lei em que a justiça se expressa. Esse é o conceito clássico de E., esclarecido por Aristóteles e reconhecido pelos juristas romanos. (...) A lei tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos. Nesses casos há E. intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei pode realizar. Portanto, nota Aristóteles, o justo e o equitativo são a mesma coisa; o equitativo é superior, não ao justo em si, mas ao justo formulado em uma lei que, em virtude de sua universalidade, está sujeita ao erro. Fundamentando-se em conceito análogo, Kant considerava, porém, que a E. não se presta a uma autêntica reivindicação jurídica e que, portanto, não cabe aos tribunais, mas ao tribunal da consciência (*Met. der Sitten*, Ap. à Intr., 1). (NA). No Léxico atual, fala-se de E. sobretudo com referência ao neocontratualismo de Rawls, que usa o termo *fairness* para definir a essência da justiça (v.) [g.f]”.

⁴⁰ Nas palavras de Aristóteles: “(...) a equidade, embora sendo superior a uma certa forma de justiça, é, ainda assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo. **Ética a Nicômaco**. [1137b10] p. 141.

adaptar à sinuosidade dos objectos a medir. Ora, dizia, as leis são formais, abstracta, esquemáticas; a justa aplicação delas exige uma adaptação, e esta adaptação é indicada pela equidade – a qual, segundo ARISTÓTELES, pode ir ao ponto de se manifestar mesmo nas situações ainda não disciplinadas pelo legislador e sugerir novas normas jurídicas.⁴¹

A equidade, deste modo, serviria, segundo Aristóteles, para os casos em que a lei, por ser genérica, deixa de contemplar as peculiaridades presentes no caso concreto, na tentativa de se operar uma adequação ou correção. Não se trata, pois, de que a lei geral seja injusta, mas sim carente da individualização que o caso particular exige. “A natureza da equidade é, então, ser rectificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal.”⁴²

Neste sentido é que Moacyr Motta da Silva⁴³ complementa que “o justo legal significa o justo por equidade.” E que “a justiça por equidade exige do Juiz amplo conhecimento, não só da lei que normatiza a realidade que lhe é submetida, mas, sobretudo, dos princípios gerais do direito que compõe o sistema normativo.”

E mais, a cerca da utilização da equidade como forma de correção da lei, é certo que tal operação não representa a ação discricionária por parte do julgador, mas sim uma atividade racional e criteriosa. Assim, como assinala Grau:

O que Aristóteles mostra é que toda lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção. E prossegue: a lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em sua presença da

⁴¹ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. atual. António José Brandão, trad. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 47. Título original: *Lezioni di Filosofia del Diritto*.

⁴² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1137b 28] p. 141.

⁴³ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, Virtude Moral e Razão – Reflexões**. p. 62.

ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.⁴⁴

Em análise do “poder de conotação” no modelo do garantismo penal, no qual o juiz faz a individualização das características de um fato, Ferrajoli identifica esse “poder de conotação” como a equidade do juízo. Ele se reporta à concepção aristotélica de equidade e de “justiça no caso concreto” apontando que

Esta passagem aristotélica – que conecta a equidade (ou justiça equitativa) ao caráter singular dos juízos, e a legalidade (ou justiça legal) ao caráter universal das leis – continua sendo, ainda hoje, a explicação mais clara e penetrante que jamais se ofereceu da noção de equidade. O que nela é insatisfatório, contudo, é a idéia de que a universalidade das normas, isto é, sua forma geral e abstrata, equivaleria ao seu caráter “insuficiente”, ou “lacunoso” ou à sua “omissão” e, inclusive, a um “erro”, de tal modo que a equidade seria uma “correção” da lei.⁴⁵

Para Ferrajoli, a equidade não pode ser tida como um modelo de juízo complementar, ou fonte de direito alternativa à legalidade, sob pena de se prestar a decisionismos contrários ao Princípio da Legalidade. O problema da equidade e da sua relação com a legalidade poderá ser equacionado por meio de uma caracterização semântica adequada aos dois conceitos, o que resulta na seguinte afirmação:

a *legalidade* (ou a conformidade com a lei) de uma afirmação judicial consiste na *denotação* de um fato mediante um predicado conotado pela lei como delito e em sua conseqüente *verdade processual*, enquanto que a *equidade* (ou conformidade com o caso concreto) consiste na *conotação* do mesmo fato denotado

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Equidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade. *In* Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n.3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 18. Neste mesmo sentido, SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, Virtude Moral e Razão – Reflexões**. p. 62.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. ver. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 149. Título original: Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale.

pela lei como delito e em seu conseqüente *conteúdo informativo particular*.⁴⁶

Assim, legalidade e eqüidade podem ser entendidas como duas faces distintas do conhecimento judicial, de forma que o juízo de legalidade equivale à verificação das características de um fato (de modo a poder ser reconhecido – por suas características essenciais - numa classe de delitos, por exemplo, conotado pela lei), e o juízo de eqüidade corresponde à compreensão das características acidentais ou específicas do fato, de modo a distinguir este fato dos demais (sob o ponto de vista de gravidade, por exemplo).

Segundo Ferrajoli, então, não há porque fazer uma contraposição entre legalidade e eqüidade, como se fossem conceitos separados ou alternativos e, nem tampouco, como fez Aristóteles, lançar a eqüidade como forma de integração de uma lei lacunosa ou insuficiente, porquanto o juiz, por meio da eqüidade, na compreensão do caso concreto, diferenciara o fato de outros e não, como fazem as sofismarias que atribuem “identidades onde há diferenças essenciais, e diferenças onde há identidades, graças à possibilidade de estender ou de restringir a bel-prazer os confins indeterminados da denotação legal.”⁴⁷

Por fim e ainda sobre o tema, Grau⁴⁸ anota que os ensinamentos de Aristóteles relativamente à eqüidade foram esquecidos pelo direito moderno, sob o argumento de se eliminar qualquer possibilidade de discricionariedade na aplicação da lei. Ainda segundo o autor, “(...) em face da realidade, quando a sua concepção é retomada – e isso desejo sustentar –

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 151.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p 153 a 155. Importante destacar que Ferrajoli, ao discutir e criticar a noção de eqüidade oferecida por Aristóteles, reconhece a existência de discricionariedade no por ele chamado “poder de conotação”, mas entende que tal poder é intrínseco à função judicial, que poderá ser reduzido ou disciplinado, mas nunca suprimido. Segundo ele: “Na realidade, não será apenas legítima, mas também iniludível a discricionariedade eqüitativa que aquele comporta e que está ligada ao fato de que o juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade.” p. 153.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **Eqüidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade**. p.19.

embora assumindo a mesma forma e conteúdo, ela toma outros nomes. Inicialmente, o de *razoabilidade*; mais recentemente, o de *proporcionalidade*.”

Por outro lado, a retomada do conceito de equidade, mesmo com esta nova roupagem apontada por Grau, reclama certo cuidado, na medida em que pode se transformar em argumento encobridor de discricionariedade, pela qual na presença de incompletudes (no uso da equidade como forma de integração) ou equívocos (no uso como modo de correção) legislativas, o magistrado lança mão deste seu “conhecimento amplo” ou mesmo de princípios gerais, para garantir a legitimação da sua decisão.⁴⁹

É, então, diante da dificuldade que se tem ao lidar com termos como “equidade” e “Proporcionalidade”, que a necessidade de discussão acerca do tema se faz ainda mais presente.

1.1.3 A Proporcionalidade como indicação de justiça

Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, desenvolve a idéia de que o justo é o proporcional e “injusto é o que viola o princípio da proporção”. Assinala que “a justiça é, portanto, uma espécie de proporção. A proporção não existe apenas como relação peculiar entre a unidade numérica [formal], mas é própria da quantidade numérica em geral. Isto é, a proporção é uma equação entre relações e implica pelo menos quatro termos.”⁵⁰ É a chamada justiça distributiva, que opera em proporção geométrica.

Sobre a Proporcionalidade como noção de justiça, Giovanni Reale aponta que, para Aristóteles, esta resulta da correta divisão dos bens, dos

⁴⁹ É neste sentido que STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. rev e ampl. Editora Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2008, p.187- 191, alerta para a impossibilidade da Proporcionalidade ser empregada como sinônimo de equidade. Para ele este equilíbrio representado pela Proporcionalidade se dá pela sua leitura com forma de integridade e coerência de toda e qualquer decisão. Isso porque, segundo o autor, há que se fazer severas críticas à abertura dada pelo uso de, por exemplo, princípios gerais do direito, da experiência do magistrado e dos costumes, em casos chamados pela doutrina de “difíceis” - pois carentes de determinação ou semanticamente limitados -, e compreender os princípios previstos na constituição como forma de solução hermenêutica que resultaria em um fechamento da interpretação diminuindo o espaço de discricionariedade.

⁵⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antônio de Castro Caeiro, [1131a30] p. 123.

benefícios, das vantagens, bem como dos males e das desvantagens. Nas palavras do autor:

Mas o significado específico da justiça, que Aristóteles pontualmente analisa, refere-se à repartição dos bens, dos benefícios e das vantagens. A justiça, entendida neste sentido, consistirá, portanto, na justa medida com que se dividem os benefícios, as vantagens e os ganhos, ou os males e as desvantagens, e constitui uma *posição média* “porque esta é a característica do justo meio, ao passo que a injustiça o é dos extremos”.⁵¹

A justiça, sob este prisma, caracteriza-se pela capacidade que o homem justo, teria de repartir, retendo para si apenas o que lhe é devido. Esta, pois, seria uma relação equilibrada. A injustiça, ao contrário, representa o próprio desequilíbrio, na medida em que não se faz a divisão na justa medida. Há, então, um ganho desproporcional.

Questão importante é a forma de se encontrar o justo meio definido por Aristóteles. Ao discorrer sobre o assunto, em *Ética a Nicômaco*, o filósofo grego utiliza o raciocínio de que a proporção nada mais é do que a igualdade de razões de, no mínimo quatro termos e que na combinação de tais termos o todo deve guardar a mesma relação com o todo e a parte, igualmente, com a parte, como já mencionado, numa proporção geométrica:

Que a proporção descontínua envolve quatro termos é evidente, mas assim também acontece com a proporção contínua. Neste caso utiliza-se um termo como se fossem dois repetidos, como quando a linha A se relaciona com a linha B e a linha B se relaciona com a linha C. A linha B é, assim, nomeada duas vezes, de tal sorte que é contada duas vezes. A proporção terá, portanto, quatro termos. A justiça implica, também, no mínimo quatro termos, e a razão que existe entre cada par de termos é a mesma. Ela é repartida de modo semelhante por pessoas e coisas.⁵²

⁵¹ REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. trad. Artur Morão, 10. ed. Lisboa: Edições 70. 1997, p. 90. Título original: *Introduzione a Aristotele*.

⁵² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1131b1] p. 124.

Em análise deste recorte da obra de Aristóteles, Moacyr Motta da Silva aponta que nesta concepção de justiça, chamada distributiva, a Proporcionalidade tem seu fundamento na generalidade e não na quantidade numérica, de forma que o justo representa o meio termo entre duas igualdades de razão. O autor acrescenta ainda que “a igualdade de razões procura tratar de forma igual os iguais e, de forma desigual, os desiguais. Assim, dois são os princípios que orientam a igualdade.”⁵³

Segundo Aristóteles:

<<Justo>> neste sentido é então a proporção. <<Injusto>>, enquanto acepção oposta, é o que viola o princípio da proporção. Acontece, pois, por violação ao princípio da proporção que um tem mais e o outro menos, tal como passa com os factos da vida, porque quem praticar a injustiça tem de mais e quem sofrer a injustiça tem de menos relativamente ao bem que de cada vez estiver em causa. Inversamente, por outro lado, se passa com o mal, porque o mal menor em comparação com mal maior está na vez do bem; e o mal menor é preferível ao mal maior. Mas é preferível por si mesmo é o bem e tanto mais preferível quanto melhor for. Esta é, então, uma das formas de justiça.⁵⁴

Aristóteles atenta, também, para outra forma de justiça: a justiça corretiva, que desponta nas relações particulares e trabalha uma proporção aritmética. Segundo ele, “a justiça, contudo, que se aplica às transacções particulares observa o princípio da igualdade.”⁵⁵ Deste modo, uma relação entre particulares que viole o princípio da igualdade poderá ser reequilibrada pelo juiz, que restabelecerá a igualdade.

O igual, que nós dizíamos ser a justiça, é o meio entre aqueles extremos, de tal sorte que a justiça corretiva é o meio termo entre os extremos perda e ganho. Por esta razão é que quando duas partes entram em conflito recorrem ao juiz, porque ir até junto ao juiz é em certo sentido ir até a justiça.⁵⁶

⁵³ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, Virtude Moral e Razão** – Reflexões. p. 56.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1131b 20] p. 124.

⁵⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1132a1] p. 125.

⁵⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro, [1132a 20] p. 125.

Ainda sobre a justiça proporcional, Miguel Reale⁵⁷ acrescenta que, ao tratar de justiça como uma das virtudes, Aristóteles o fez ligando-a com a noção de Proporcionalidade em relação a outrem, acrescentando uma nota de socialidade. Ele afirma que para Aristóteles “a justiça é uma virtude que implica sempre em algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também ‘justiça’”.

Assim, a necessidade de resolver situações em que há dúvidas acerca do que é justo, ou não, é antiga, conforme observado na obra de Aristóteles, para quem a solução destes conflitos passa, também, pela compreensão do conceito de Proporcionalidade, na medida em que a solução justa, no caso concreto, resultará de uma análise, seguindo critérios definidos, do que é Proporcional ou desproporcional. O ponto crítico, nos casos em que ocorre uma colisão entre direitos e, por conseguinte não se alcança, em determinadas situações uma solução justa, é que, não se tem um método adequado - se é que é possível a resolução por meio dele - ou não há a compreensão do caso, de modo que a aplicação ou não de um método se torna irrelevante, posto que de uma forma ou de outra, resultará na mera justificação de uma decisão já tomada. Sob este prisma é que este Relatório de Pesquisa busca se desenvolver, ou seja, traçar linhas gerais que possam contribuir com a tarefa de definição de qual papel a Proporcionalidade poderá desempenhar, de forma a evitar que Direitos Fundamentais sejam restringidos.

1.1.4 A sabedoria prática como indicação de justiça

Na leitura feita por Moacyr Motta da Silva, Aristóteles deixa claro que “a justiça, como a excelência moral mais perfeita, corresponde à sabedoria no mais alto grau”.⁵⁸ É uma percepção que engloba tanto o saber teórico quanto o de natureza prática e perpassa não somente a Ética a Nicômaco mas também todo o *corpus aristotelicum*. São dois horizontes que precisam ser corretamente delineados, pois, com frequência, a doutrina jurídica recorre a

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 624.

⁵⁸ SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, Virtude Moral e Razão** – Reflexões. p. 52.

ambos, ora para fundamentar-se dogmaticamente, ora buscando recursos hermenêuticos. Com razão Caeiro assevera:

A análise do problema ético em Aristóteles depende de uma caracterização nos seus traços essenciais do seu horizonte específico: o horizonte prático. A identificação deste horizonte e o seu isolamento são operações executadas através de um contraste sistemático com o horizonte teórico. Se a filosofia na sua dimensão teórica visa a constituição de uma situação que permita contemplar a verdade, na sua dimensão prática, contudo, a filosofia tende a expressar-se no agir. A diferença fundamental entre ambas as dimensões reside em que os entes que caem dentro do horizonte teórico não admitem alteração enquanto os que caem dentro do horizonte prático a admitem. Os entes que se constituem no horizonte prático, as diversas circunstâncias em que cada vez nos encontramos, as mais diversas situações em que caímos, etc., são sempre diferentes.⁵⁹

A sabedoria prática, que neste ponto do Relatório estará em foco, deve ser entendida no contexto dos modos de saber trabalhados pelo Filósofo no Livro VI da *Ética a Nicômaco*. Para se compreender como estão estruturados estes hábitos de saber, deve-se começar compreendendo como é possível chegar a conhecer alguma coisa. No Capítulo 2 do referido Livro, Aristóteles define que na alma humana (*psykhé*) há três elementos que controlam soberanamente a ação (*práxis*) e a descoberta (*alethéia*): a sensação (*aísthesis*), o intelecto (*nous*) e desejo (*óreksis*). Estes três elementos operam como *aberturas* à experiência do homem no mundo e sem eles não é possível conhecer. Então, como o homem poderá agir para (des)cobrir (ter acesso à verdade)? De acordo com Aristóteles, tal se dará através destes elementos da alma (portas), como se destaca nesta passagem:

Mas a virtude de uma faculdade está vinculada à função especial que esta faculdade desempenha. Ora, há três elementos na alma que controlam a ação e o atingimento da verdade, ou sejam: a sensação, o intelecto e o desejo. Desses três elementos, a sensação jamais gera ação, como é demonstrado pelo fato de os animais terem sensação, mas não serem capazes de ação. O

⁵⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª ed. Trad. António de Castro Caeiro, p. 9 (*in* apresentação do tradutor).

buscar e o evitar na esfera do desejo correspondem à afirmação e à negação na esfera do intelecto. Conseqüentemente, na medida em que a virtude moral é uma disposição que diz respeito à escolha, e escolha é desejo deliberado, conclui-se que, se a escolha deve ser boa, tanto a razão precisa ser verdadeira quanto o desejo correto, e que o desejo tem que buscar as mesmas coisas afirmadas pela razão. Estamos nos referindo aqui ao raciocínio prático e ao atingimento da verdade relativamente à ação; no que tange ao pensamento especulativo, que não concerne à ação ou produção, a função certa e errada consiste na consecução da verdade e falsidade respectivamente. O atingir a verdade é, efetivamente, a função de toda parte do intelecto, mas a da inteligência prática é o atingimento da verdade correspondente ao correto desejo.⁶⁰

Contudo, o estar aberto ao mundo (ao saber), embora constitua condição para o saber, não é o próprio saber. Por isso, o Filósofo, a partir das suas reflexões, se valendo da riqueza do vocabulário grego (que traz uma multiplicidade de palavras para a idéia central “saber, conhecer”), trata de redefinir cinco vocábulos gregos *tékhne*, *epistéme*, *phrónesis*, *nous* e *sophía*, para que, com o sentido tônico de cada um, fazer referência àquelas disposições mentais (ou de alma) pelas quais o ser humano é capaz de conhecer o que está ao seu redor.

Deste modo, pode-se conhecer ou aprender algo verdadeiro ou que conduza à prática através das *três aberturas* antes referidas, mas os modos (hábitos) de entendimento são estes *cinco*: (1) conhecimento (aplicação mental – *epistéme*); (2) arte (técnica – *tékhne*); (3) saber prático (experiência – *phrónesis*); (4) faculdade de pensar (inteligência – *nous*); (5) sabedoria (*habilidade*, *sagacidade* – *sophía*). Ele descarta como disposição para conhecimento da verdade ou para a ação, tanto a crença (*üpolépsei*), quanto a opinião (*dóksa*), pois estes – numa tradução literal, “estão falando por si mesmos”, isto é, se fundamentam em si próprios e, por isso, são ilusórios (enganadores).⁶¹

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, [1139a22-23], p. 179.

⁶¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. [1139b1-19].

Cabe observar, por primeiro, que *nous* (inteligência) aparece como uma *abertura* para o mundo e também como um dos modos de entendimento. Aristóteles lhe reserva uma função especial no pensar, ou seja, uma faculdade que se tornará essencial tanto à *epistême* quanto a *sophía*, ou seja, o saber científico e o filosófico, respectivamente.

Conhecimento científico (*epistême*) é uma aplicação mental sobre aquilo que não pode ser de outro modo. Os saberes da *epistême* são obtidos por necessidade e, por isso mesmo, são eternos, não-criados (não-originados) e incorruptíveis (imperecíveis). Toda *epistême* pode ser transmitida (ensinada) e seu conhecimento seguido (aprendido). Esta transmissão ou ensinamento pode se dar por indução ou por silogismo). A *epistême* é, assim, uma forma de conhecimento demonstrativo das relações essenciais entre outros conceitos e aplica-se à matemática e aos saberes dedutivos em geral (os teoremas). Dá-se um exemplo: “a soma dos ângulos internos de qualquer triângulo é igual a dois ângulos retos” (teorema angular). Toda *epistême* pode ser provada (comprovada), demonstrada, repetida e, por isso, pode também ser esquecida.

É possível esclarecer a natureza do conhecimento científico – atribuindo ao termo o seu exato sentido e desprezando seus usos semelhantes – como segue. Todos nós admitimos que uma coisa que conhecemos cientificamente não pode variar; quando uma coisa variável se acha além do alcance de nossa observação, não sabemos se ela existe ou não. Um objeto de conhecimento científico, portanto, existe *necessariamente*. É, portanto, eterno, pois tudo que existe com base na necessidade absoluta é eterno, e o que é eterno não nasce (passa a existir) nem perece. Ademais, é reconhecido que todo conhecimento científico é comunicável mediante o ensino e aquilo que é cientificamente conhecido precisa ser aprendido. Mas todo ensino parte de fatos previamente conhecidos, como estabelecemos nos Analíticos, uma vez que às vezes procede por indução, às vezes por dedução.⁶²

⁶² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, [1139b18-29].

Por sua vez, *arte* (ofício, técnica – *téchne*) é uma aplicação mental sobre “aquilo que pode ser outro modo”, isto é, sobre o que pode variar (literalmente: “ser outro”). Nela estão incluídas as atividades de “criação (fabricação – *poíesis*) e, portanto, se obtém pela prática (*práxis*) e pode ser, até certo ponto, ensinada. A *téchne* não é totalmente controlável pelo homem, pois está relacionada à sorte – “a arte deseja (ternamente, como a mãe ao filho) o acaso, e o acaso a arte” ou, em outras palavras, “a arte conspira em favor do artista”⁶³. Este saber está relacionado à poesia e literatura em geral, às artes como pintura e escultura, o artesanato, a arquitetura e a medicina.

A classe das coisas variáveis abarca tanto coisas criadas quanto ações realizadas. Mas o criar (fabricar) é diferente do fazer (realizar) – uma distinção que admitimos a partir de recursos externos. Assim, a qualidade racional concernente ao fazer (realizar) difere da qualidade racional concernente ao criar (fabricar); nem é um deles uma parte do outro, pois fazer não é uma forma de criar e nem criar uma forma de fazer.⁶⁴

A outra categoria do saber prático, que pode ser variável, ao lado da técnica (arte ou perícia) é a sabedoria prática (*phrónesis*). Como a técnica (*tékne*) lida com o que “pode ser de outro modo”, questiona-se, como ela pode ser definida? Pelo observar aquelas pessoas que eram reconhecidas no mundo grego como “os *phronímous*”, isto é, assistindo ao comportamento daquelas pessoas que são reconhecidas como dotadas de sabedoria prática. Significativo aqui é o uso do verbo *theoréo* (assistir a) no particípio plural, por referir-se ao ato de assistir aos jogos, às competições, num estádio. Trata-se de uma metáfora: da mesma forma como se contempla os atletas experientes competindo, observa-se “os *phronímous*” (“os prudentes”) para reconhecê-los como tal.

Pois bem, estas pessoas, diz o Filósofo, tem capacidade de deliberar consigo (meditar) acerca do que é bom (de boa qualidade) e vantajoso (conveniente), para o bem viver em geral (para todos os homens) e não somente o que bom para si mesmo. É um saber que não pode ser ensinado, que se obtém pela reflexão prática mediante processos mentais discursivos. A sabedoria

⁶³ Citação de Agaton feita por Aristóteles no fragmento [1140a 20], na Trad. de Edson Bini.

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, [1140a1-20].

prática⁶⁵, ao contrário da sabedoria científica, não pode ser esquecida: não se perde a lembrança da experiência, pois ela é parte da vida do próprio *phronimos*.

Finalmente, Aristóteles resume:

Conclui-se, portanto, ser a prudência uma qualidade racional para consecução da verdade que concerne à ação relativamente às coisas que são boas para os seres humanos. Ademais, podemos falar de excelência (virtude) na arte, mas não na prudência. Igualmente na arte o erro voluntário não é tão mau como o involuntário, ao passo que no âmbito da prudência é pior, como o é [de resto] no âmbito das virtudes. Fica claro, portanto, que a prudência é uma excelência ou virtude e não uma arte.⁶⁶

A faculdade de pensar (inteligência – *nous*), à qual Aristóteles deu o mesmo nome da disposição de alma correspondente ao intelecto, é normalmente traduzida por razão intuitiva, porque seria a única faculdade capaz de perceber ou captar os princípios do conhecimento, que não estão acessíveis à sabedoria científica, ao saber técnico (perícia) ou à sabedoria prática (prudência).⁶⁷ Não pode ser ensinada nem deduzida a partir de outros saberes, pois lhes é primordial. Tem como objeto as “primeiras causas” e, por esta mesma razão se torna um saber que não pode ser ensinado ou deduzido de outros saberes. Os conceitos fundamentais da matemática e da física, por exemplo, são obtidos pela inteligência e não pela indução ou dedução (os postulados, os axiomas). Exemplo: “por um ponto passam infinitas retas” (não pode ser provado, mas é considerado como proposição óbvia, um consenso inicial para aceitação de uma teoria). Não pode ser esquecido porque pode ser intuído. Observe-se neste trecho:

⁶⁵ Na análise das categorias Razão e Razoabilidade, SILVA, Moacyr Motta da. A Razoabilidade como critério de Justiça. In DIAS, Maria da Graça Dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 21, faz ligação entre a palavra prudência e a razoabilidade. Nas palavras do autor: “A razoabilidade opera com um conjunto de valores ligados à sensibilidade, à prudência, à moral, à ética, às questões religiosas, políticas e históricas. A escolha do valor ou a combinação dos mesmos na aplicação da razoabilidade, acha-se sujeita ao contexto histórico e cultural que o mesmo se encontra.”

⁶⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini, [1140b 20-25].

⁶⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. [1140b] (Livro 4, Cap. 6, n. 1-5).

(...) As qualidades através das quais atingimos a verdade, e que jamais nos conduzem à falsidade, quer a respeito de coisas mutáveis, quer a respeito das imutáveis são o conhecimento científico, a prudência (sabedoria prática), a sabedoria filosófica e o entendimento, e se a qualidade que nos torna capazes de captar os primeiros princípios não pode ser nenhuma das três primeiras (conhecimento científico, prudência e sabedoria filosófica), só nos resta admitir que é forçoso que os primeiros princípios sejam apreendidos pelo entendimento.⁶⁸

Quanto à sabedoria (habilidade, sagacidade – *sophía*), Aristóteles lhe dedica todo o Capítulo VII do Sexto Livro, dando-lhe predomínio sobre a sabedoria científica, a técnica (perícia) e a sabedoria prática (prudência), adjetivando-a de “a mais perfeita forma de conhecimento”, ou seja, de um saber científico superlativo, que combina a faculdade de intuir (*nous*) as “primeiras causas” e de deduzir a verdade que delas decorre (*epistéme*).⁶⁹

(...) A sabedoria, decerto, é o mais perfeito dos modos ou formas de conhecimento. O sábio, portanto, deve não só saber as conclusões que se seguem aos seus primeiros princípios, como também deter uma verdadeira compreensão desses próprios princípios. Daí ter que ser a sabedoria uma combinação do entendimento com o conhecimento científico – é imperioso ser ela um conhecimento consumado dos objetos mais excelsos.⁷⁰

Assim, para Aristóteles a sabedoria é o elo que conecta as referidas “portas da alma”, na medida em que consagra a fusão entre as diversas formas de conhecimento, completando, deste modo, a sua busca pela virtude.

1.1.5 Breves apontamentos acerca da aproximação da *phrónesis* aristotélica com a hermenêutica filosófica de Gadamer

Em análise da sabedoria prática (*phrónesis*) concebida por Aristóteles na sua investigação acerca da ética, Gadamer⁷¹ faz a reabilitação

⁶⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, [1141a 5].

⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. [1141a 15].

⁷⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, [1141ab10-20].

⁷¹ Esta busca feita por Gadamer no conceito de *phrónesis* se deu porque, “Gadamer percebera, pelo seu estudo dos gregos, da filosofia clássica alemã e da fenomenologia, que a tradição não podia mais se apoiar, num sentido filosófico relevante, nas interpretações metafísicas da razão.

deste conceito, relacionando-o com a hermenêutica. Isso porque ele entende que a compreensão “passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular” ⁷², pois:

Em meio à distinção entre *téchne* e *phronesis*, entre o saber que conduz a produção de algo e o saber que orienta o homem que age e o homem político, ou seja, o homem social, encontra-se formulado em Aristóteles como distinção o seguinte: aquilo que se pode aprender no saber artesanal pode ser desaprendido; no que concerne à *phronesis*, porém, não há nenhuma *lethe*, nenhum esquecimento. ⁷³

Assim, da conceituação aristotélica do saber prático, é possível concluir que ele se confunde com o próprio ser ético e, neste ponto é que se estabelece a conexão com a compreensão, “pois também o problema hermenêutico se aparta evidentemente do saber puro, separado do ser”⁷⁴, e na mesma linha do que foi trabalhado por Aristóteles, a hermenêutica busca justamente o reconhecer do envolvimento do sujeito que interpreta e o objeto a ser interpretado.

Ainda, a partir da diferenciação feita por Aristóteles entre o saber produtivo (*téchne*) e o saber prático (*phronesis*) é que Gadamer distingue a hermenêutica filosófica da hermenêutica como teoria da arte, na medida em que esta reflete uma compreensão como um comportamento “competente” e consciente do saber fazer, enquanto que a hermenêutica filosófica, ao contrário, lida com um conhecimento que não pode ser ensinado como habilidade, transmitido direta ou indiretamente entre pessoas, ou mesmo apreendido por uma investigação sistemática. E essa diferença vem, justamente, da distinção entre a *tekne* (que se aprende e pode ser esquecida) e a *phronesis* (que se entende

O diagnóstico da perda da possibilidade de um compromisso possível de nossas orientações fundamentais para a vida numa tal tradição leva Gadamer a introduzir a perspectiva hermenêutica.” STEIN, Ernildo. **A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica**. 2002, p.1. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br>, acesso em 28/09/2009.

⁷² GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. p.411.

⁷³ GADAMER, Hans-Gerrge. **Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva**. 2. ed. Marco Antonio Casanova, trad. V. 1, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 15.

⁷⁴ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I**. p.414.

como “o saber e a razão que iluminam e guiam a situação prática da vida humana”⁷⁵).

Nas palavras de Gadamer⁷⁶:

Exatamente essa parece ser a situação da hermenêutica filosófica. Enquanto se definir a hermenêutica como arte da compreensão e se compreender o exercício dessa arte como um comportamento competente, do mesmo modo que a arte de discursar e de escrever, esse saber disciplinar pode fazer uso consciente das regras e pode se chamado de teoria da arte. (...) Mas as hermenêutica “filosófica” não é isso. Ela não está à procura de elevar uma competência à consciência de regras. Essa “elevação” continua sendo um processo peculiarmente ambivalente, uma vez que por outro lado a consciência das regras “eleva-se” sempre de novo a uma competência “automática”. A hermenêutica filosófica, ao contrário, reflete sobre essa competência e sobre o saber onde essa repousa.

E mais, essa reflexão que resulta na aproximação entre a *phrónesis* e a hermenêutica gadameriana, requer uma aceitação e reconhecimento de que todo ser traz consigo um arcabouço de idéias originadas da sua formação, que o contextualiza espaço e temporalmente e o impele a um constante aprendizado no processo de aquisição concreta de virtudes. E é essa virtude que se requer no uso da Proporcionalidade no momento da interpretação e aplicação no campo do Direito e que neste Relatório será discutida.

1.2 PROPORCIONALIDADE E MODERNIDADE

1.2.1 Proporcionalidade e o Projeto da Modernidade

Por outro lado, é preciso destacar que, desde que Aristóteles apresentou a sua concepção de justiça (com destaque para aquela que diz com a sabedoria prática) e de Proporcionalidade como uma forma de alcançá-la, muita coisa se passou no ambiente político, social e de formação do Direito como um

⁷⁵ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método II**. p.191.

⁷⁶ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método II**. p.295-296.

todo. Streck, ao analisar o discurso jurídico, aponta a relação entre o modelo de Estado vigente e o modo de fazer o Direito. Ele adverte que

*Por isto, insisto na importância da relação entre o modo-de-fazer-Direito e a concepção de Estado vigente/dominante. Isto porque a inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais e a constante redefinição das conquistas sociais através de interpretações despistadoras/redefinitórias feitas pelos Tribunais brasileiros têm uma direta relação com o modelo de hermenêutica jurídica que informa a atividade interpretativa da comunidade jurídica.*⁷⁷

É ainda sob esta ótica a observação de Brandão⁷⁸ de que para a compreensão de qualquer instituto jurídico “(...) é necessário proceder a uma investigação sobre as razões determinantes de sua instituição e sobre o motivo que levou o Poder Político a enunciá-lo e garanti-lo.” Segundo o autor, a desconsideração do contexto em que o instituto jurídico nasceu e, se tal ambiente ainda perdura, resulta na sua aplicação de forma cega e desligada da realidade (ante, por exemplo, uma mudança de configuração do Estado) ou, então, de modo deficiente (posto que incapaz que operar completamente).

Sobre a Modernidade e a sua análise como modelo que reflete, necessariamente, através do seu conteúdo, o modo de apresentação do Direito, interessante a colocação de Stein, feita nos seguintes termos:

Sabemos que o discurso da modernidade percorre praticamente todas as universidades do mundo; talvez mais com a expressão “pós-modernidade”. Mas certamente há uma consciência em torno deste *nome* que durante uma época apenas serviu para se fazer uma periodização dos tempos históricos e que, de repente, no nosso século passou a ter características inteiramente diferentes, se perguntando não mais pela modernidade como um período histórico, mas sobretudo se perguntando sobre a substância da modernidade. Perguntar sobre a substância da modernidade só

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. e ampl. Editora Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2008, p.92.

⁷⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 30.

podem aqueles que de alguma maneira se colocam no *fim* da modernidade, ou ao menos aqueles que assumiram dentro da modernidade um lugar, eu não diria de contempladores neutros, mas, em todo o caso, de contempladores sob algum aspecto: ainda que esse aspecto possa ser crítico.⁷⁹

Para o autor, interpretar a Modernidade como simples delimitador de uma época é trabalhar com um conceito vazio, ante as possibilidades de exploração da substância contida na própria Modernidade, que ultrapassa a sua característica de marco histórico e revela as nuances de um conhecimento contextualizado.

E é com base nesta vinculação entre a concepção de Estado vigente em determinada época e, como referido por Stein, no reconhecimento da sua substância, que se pode apontar que noção de Proporcionalidade em conexão com a concepção de justiça foi retomada, em parte, no paradigma⁸⁰ da Modernidade.

É verdade que é inútil tentar buscar para o termo Proporcionalidade um sentido unívoco, pois a palavra Proporcionalidade é polissêmica, e está sujeita, portanto, a vaguezas e ambigüidades⁸¹. A sua multiplicidade histórica de sentidos e sua indeterminação conceitual (o que na sua essência são efeitos inexoráveis do emprego da linguagem comum no Direito) não nos permitem sustentá-la, sem uma análise um pouco mais apurada, como critério idôneo de solução dos denominados “casos difíceis” ou de “colisão entre Direitos Fundamentais”. Não é idôneo, ressalte-se, porque do modo como tem sido operada, na maioria das vezes como forma de justificação de decisões previamente tomadas, procedimento este que resulta na impossibilidade de se ter

⁷⁹ STEIN, Ernildo, **Epistemologia e Crítica da Modernidade** – proposições sobre a ciência de Martin Heidegger. 3. ed. rev. Editora Unijui: Ijuí, 2001, p.13.

⁸⁰ O termo paradigma está sendo utilizado, nesta afirmação, como modelo de estado e não como base científica.

⁸¹ WART, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei** – temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 32, afirma que a vagueza e a polissemia surgem quando a coisa ou objeto, não obstante tenha uma definição, esta se apresenta em diferentes graus relativamente à face aceita como paradigmática. Como exemplo, dentre outros, ele cita a palavra calvície, da qual suscita a questão acerca de quantos fios de cabelo deve ter um indivíduo para ser considerado calvo.

a Proporcionalidade como de critério balizador para impor às decisões acerca dos Direitos Fundamentais coerência e integridade.

Assim é que se põe a seguinte questão: qual a razão de recuperar, com as adaptações necessárias ao contexto nacional e atual, o sentido de Proporcionalidade em Aristóteles? A resposta está no fato de que o significado de base da palavra foi explicitado no pensamento do Filósofo e encontrou guarida no pensamento filosófico ocidental, conforme evidenciado nas seções anteriores. Porém, é preciso argüir, ainda, de que forma o entendimento de Aristóteles (que decorre de uma postura natural) foi recepcionado pela Modernidade, tão marcada pelo desejo de um racionalismo exacerbado?

Esta recuperação se dá pela formulação – a partir de um conceito clássico – de uma nova perspectiva conceitual. No caso da Proporcionalidade, que na compreensão aristotélica apresenta uma ligação estreita com a justiça resultante do equacionamento de duas relações, em que se busca o “justo meio” e por ele o equilíbrio, a contribuição resultante da reflexão histórico-conceitual ocorre pela produção de um novo sentido, agora integrante da concepção de Proporcionalidade, na qual o equilíbrio se alcançará pelo emprego da coerência e integridade na interpretação destas relações. Destarte, há uma conexão clara entre o conceito na sua face clássica e o uso na linguagem moderna. No entanto, esta ligação não se restringe ao uso ordinário da linguagem, mas ultrapassa a sua conceituação bruta - e, por isso, incapaz de enfrentar as grandes e complexas questões jurídicas da Modernidade - e passa por restrições, ampliações, comparações e distinções, no intento de se estabelecer um novo âmbito de emprego conceitual.

Por isso é que interessa, neste ponto, perquirir acerca da Modernidade e do seu projeto⁸² – sua realidade e perspectivas – para depois se

⁸² Ernildo Stein, in **Epistemologia e Crítica da Modernidade** – proposições sobre a ciência de Martin Heidegger. 2001, p.28 e ss, em estudo acerca da Modernidade coloca a seguinte questão: se a Modernidade é um projeto acabado ou, se ao contrário, há muito que se esperar e se fazer na Modernidade. Ele aponta dois movimentos: um que diz que a Modernidade não acabou e, que o ocorre é “(...) um descompasso entre a razão instrumental técnica e a razão comunicativa, emancipatória.” e que, muito embora se reconheça a existência de “pontos de estrangulamento”, o projeto da Modernidade está inacabado. Por outro lado, há aqueles para

fixar no momento atual e avaliar qual o (re)uso dado à noção de Proporcionalidade no âmbito do Direito, no Estado Contemporâneo e no seu próprio projeto, tudo com vistas à recuperação ou mesmo concretização das promessas (direitos) que da Modernidade se espera.

A Proporcionalidade, conforme já afirmado, não é nem pode ser um conceito dissociado do ambiente político e social no qual se lhe pretende empregar, como conceito universal e atemporal. Pelo contrário, a conexão entre eles é indissociável na medida em que os ideais de um (ambiente social e político) marcam a aplicação do outro (o termo Proporcionalidade) e as conseqüências que desta aplicação advém.

Para compreender esta recuperação de sentido da Proporcionalidade, é importante situar o debate no que Boaventura de Sousa Santos denomina projeto-cultural da Modernidade. Segundo este autor:

O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.⁸³

Esquemáticamente, seria deste modo apresentado o pensamento pelo autor apresentado:

quem a Modernidade acabou (os pós-modernos) e que representa uma época que já não existe mais. O autor classifica esta postura como crítica conservadora e àquela de crítica progressista.

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. Cortez: São Paulo, 1996, p. 78.

Regulação		Emancipação	
(Hobbes)	Estado		Racionalidade moral-prática (ética e direito)
		↔	
(Locke)	Mercado		Racionalidade cognitivo-instrumental (ciência e técnica)
		↔	
(Rousseau)	Comunidade		Racionalidade estético-expressiva (arte e literatura)
		↔	

Como explica Boaventura de Sousa Santos, os princípios (ou lógicas) do patamar da regulação estão ligados às racionalidades do patamar da emancipação, por recíproca correspondência, aqui representada pela seta de duplo sentido: ↔

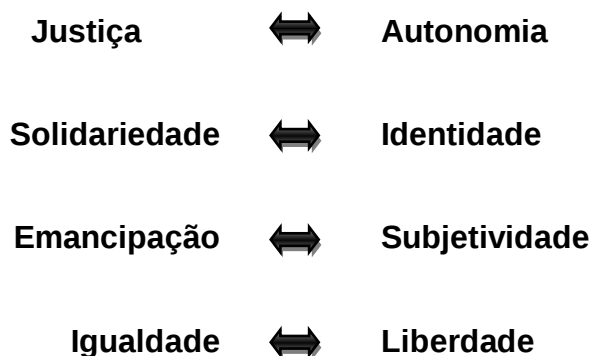
De acordo com o autor,

A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as idéias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as idéias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva.⁸⁴

O projeto da Modernidade, ao vincular os patamares da regulação e da vinculação à concretização de objetivos práticos de racionalização

⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. p. 77.

global da vida coletiva e da vida individual, visou assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores tendencialmente contraditórios e até incompatíveis, como:



Estes e outros valores competem entre si, pois cada um reclama a primazia e sua própria maximização. Representa -se esta tensão, no gráfico acima, pelo símbolo **↔**, para demonstrar “a competição *ad infinitum* segundo as regras de soma positiva” de promessas, de lado a lado.

Mas é fácil de ver que um horizonte tão excessivo contém, em si mesmo, o gérmen de um déficit irreparável. Por um lado, a construção abstrata dos pilares confere a cada um deles uma aspiração de infinitude, uma vocação maximalista, quer seja a máxima regulação ou a máxima emancipação, que torna problemáticas, se não mesmo impensáveis, estratégias de compatibilização entre eles, as quais necessariamente terão de ser assentes em cedências mútuas e compromissos pragmáticos.⁸⁵

Situa-se exatamente neste contexto o problema da Proporcionalidade. No momento em que se busca empregá-la, quer como critério de ponderação, quer como máxima de justiça ou de conhecimento da verdade equânime haverá, sempre, um insuperável conflito, um *déficit* que se sobrepõe, posto que infinitamente maior do que o conceito - qualquer que seja - de Proporcionalidade, ou seja, a luta infindável entre a racionalidade moral prática - na ética ou no direito - e os princípios de Estado, de Mercado e/ou da Comunidade. E é esta luta que se busca administrar através da análise de

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 1996, p. 78.

possibilidades em torno da noção de Proporcionalidade, no sentido de que, mesmo neste panorama de competição, a preservação dos Direitos Fundamentais deve ser sempre almejada.

1.2.2 Estado Contemporâneo e Proporcionalidade

No contexto da Modernidade surge o Estado, o Direito e as instituições. Relativamente ao Estado, este se apresenta em variadas formas: inicialmente como Estado Absoluto, depois como Estado Liberal e então, como Estado Contemporâneo, nas suas diversas faces.⁸⁶

A evolução de um Estado Liberal para um Estado Contemporâneo, conforme lembra Streck “decorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo”. Ou seja, a evolução acontece pela necessidade de equilibrar, seguindo o raciocínio de Boaventura de Sousa Santos, o patamar da regulação e emancipação acima apontado, vez que as tensões deles decorrentes são reais e inexoráveis, na medida em que a manutenção do próprio capitalismo passa a depender deste equilíbrio. Com este objetivo, o Estado faz, então, intervenções de modo a diminuir as desigualdades socioeconômicas e com isso compatibilizar os compromissos da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.⁸⁷

Não obstante esta característica impulsionadora vazada nos interesses da sustentação do próprio capitalismo, no âmbito do Estado Contemporâneo há o estabelecimento do compromisso estatal em relação aos Direitos Sociais e Fundamentais, de modo que a Proporcionalidade ganha importância na medida em que impõe, conforme será analisado em sessão posterior, uma limitação ao poder do Estado no trato dos Direitos Fundamentais e uma obrigação referente à materialização dos Direitos Prestacionais.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p.22. Ainda, para uma análise mais aprofundada das transformações do Estado, ver: MORAES, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. p. 85.

Assim, importa, antes de iniciar esta discussão, compreender o que seja Estado Contemporâneo e qual a sua função. O Estado Contemporâneo é uma manifestação do Estado de Direito, que no entendimento de Pasold, sob o ponto de vista descritivo, apresenta um conjunto de características específicas:

a) encontra-se conformado juridicamente, isto é, há consagrações formais dos conteúdos que o caracterizam nos diversos países, correspondendo em maior ou menor medida às realidades ali existentes; b) nos Discursos Constitucionais, com variações redacionais, está estabelecida a sua submissão à Sociedade, encontrando-se referências à origem do Poder estatal como sendo a da Nação ou Povo; c) da mesma maneira encontra-se formalizado constitucionalmente o compromisso dos Estados para com os anseios de suas Sociedades; d) de modo geral, o Estado Contemporâneo tem assumido uma estrutura *tentacular* que é objeto de estudos, constatação e propostas de cientistas que têm a “*burocracia como centro de atenção*”, como evidencia HEADY. (...) e) em decorrência da institucionalização da economia (e da globalização) sob o princípio (discutível) de que “*as nações não podem viver isoladas mais eficientemente do que os indivíduos*” e, numa distorção progressiva dela através da desnacionalização do fluxo internacional de bens, crescentemente dirigido pelo que se convencionou denominar *multinacionais*, prospera em muitos Estados Contemporâneos, a mentalidade da primazia absoluta do econômico, em detrimento das contundentes questões sociais e ecológicas.⁸⁸ (grifos constantes no original)

E mais, sobre a função do Estado Contemporâneo, Pasold faz uma análise criteriosa indicando que

Entre as características propostas para o Estado Contemporâneo, insisto na sua condição instrumental e no seu compromisso com o Bem Comum, compreendendo este, além da satisfação das necessidades materiais, a dimensão do respeito aos Valores Fundamentais da Pessoa Humana, que devem sustentar o Interesse Comum. O Estado Contemporâneo encontra-se num contexto de vida social cuja principal característica é a disparidade

⁸⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p 59.

de condição entre os homens. De um lado os avanços tecnológicos – justo motivo de orgulho para a inteligência humana – beneficiando parcelas da Humanidade; de outro, as condições de miséria, fome, doenças, falta de acesso à educação formal, e, em muitos locais, restrições à Liberdade e delimitação do exercício da Igualdade de possibilidades.⁸⁹

É neste contexto que o autor insere a função do Estado destacando que a sua (do Estado) atuação deve ser de forma dinâmica e legítima, com vistas criar possibilidades para que homem e Estado lutem na busca do Bem Comum⁹⁰.

Por isso é que é possível afirmar com Brandão que

A partir da declaração constitucional de que o Estado Contemporâneo tem uma Função Social, declarando a um só tempo sua instrumentalidade e sua finalidade, modificações importantes se deram no interior do Estado e do Direito, passando a existir as condições de possibilidade para consolidação dos Direitos Sociais e o nascimento dos Direitos Difusos e Coletivos.⁹¹

A propósito deste compromisso assumido pelo Estado nesta feição do Estado Moderno, de direcionar os olhares para as questões sociais, é

⁸⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p 86.

⁹⁰ PASOLD, Cesar Luiz, na obra **Função Social do Estado Contemporâneo** já referenciada, faz à p. 48, uma análise do conceito operacional de Bem Comum (proposto por MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978 e **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000 como constituído “dos fatores propiciados pelo Estado com vistas ao bem estar coletivo formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo da nação.”), dividindo este conceito em três partes: 1ª) estimulação – como parte da obrigação do Estado ativar os fatores estabelecidos pela Sociedade; 2ª) estrutura e conteúdo – configurados pelo Patrimônio Social, no qual está a cultura, a tradição, o caráter, etc, os quais devem ser devidamente observados e respeitados pelo Estado; 3ª) objetivo – que se materializa na expressão “bem estar coletivo”, está ligado à questões filosóficas, ideológicas, políticas e jurídicas. Pasold lembra, também, que cada Estado tem suas peculiaridades (sociais, políticas, econômicas, culturais e físicas) e assim também é a noção de Bem Comum, de forma que são estas especificidades que nortearão o Estado na sua consecução. Destaque-se que, nesta mesma obra, pode ser encontrado um amplo estudo acerca da função social do Estado Contemporâneo. Ainda sobre a função social do Estado Contemporâneo, na mesma linha, o pensamento de BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 56.

⁹¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte Anos de Constituição, É Hora de Fazê-la Valer. *In* 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, nº.6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 369.

que Streck, em análise do alcance da Modernidade no Brasil, e afirma que aqui, o que houve foi um “simulacro de modernidade”, que “a modernidade é tardia e arcaica”, vez que o Estado Social (intervencionista e regulador) só se concretizou para as elites e que as promessas da Modernidade passaram ao largo daqueles cidadãos que, de fato, necessitavam/necessitam e ainda, que “(...) o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição Democrática – *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas*”.⁹²

Neste panorama de *déficit* social, maior então será a necessidade do resgate da Proporcionalidade como forma de imprimir coerência às decisões tomadas, assim ditas àquelas que respeitam as disposições previstas na Constituição, tudo com o intuito de efetivar a concretização de direitos.

Fica evidente, assim, que a Proporcionalidade deve assumir uma conotação social, na medida em que se põe como um fator de equilíbrio nas relações conflitantes criadas pelo capitalismo. Mas, efetivamente, é depois do segundo pós-guerra que a idéia de equilíbrio (Proporcionalidade) se associa com força à idéia de Constituição, conforme será abordado, mesmo que sucintamente, no próximo tópico.

1.2.3 A Proporcionalidade no segundo pós-guerra: Estado Democrático de Direito

A partir do segundo pós-guerra, a idéia de Constituição dirigente⁹³ se fortalece e com ela a noção de Proporcionalidade. Não mais no sentido Aristotélico (porém, levando em conta os fundamentos que desta concepção se extrai), mas se vislumbra como uma nova construção que tem como base a Constituição e por ela a obrigação do Estado como realizador e

⁹² STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 25 e ss.

⁹³ O conceito operacional de Constituição Dirigente foi concebido por José Joaquim Gomes Canotilho, na obra **Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, da seguinte forma: “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição pragmática.”

concretizador⁹⁴ de promessas, referentes aos Direitos Sociais e Fundamentais, até então esquecidas. Nesta etapa singular do Estado, “a democracia e os Direitos Fundamentais passam a ser os dois sustentáculos deste novo modelo, onde não pode haver retrocesso”.⁹⁵

Ocorreu a partir deste período uma ampliação dos textos constitucionais, fruto da inclusão constitucional de direitos anteriormente discutidos em um campo apenas político e ignorados no ambiente jurídico. Com o chamado dirigismo constitucional a demanda social no Direito cresce e exige uma intervenção judicial (pelo controle de constitucionalidade) para efetivar os direitos agora descritos na Constituição.

É nesta linha que Rafael Tomaz de Oliveira afirma que a modificação operada nesta fase do Estado, resulta numa “inevitável redução da esfera de discricionariedade do legislador (política) e um conseqüente aumento do papel de controle exercido pela jurisdição constitucional (direito)”⁹⁶. Este papel a ser exercido pela jurisdição no contexto da Constituição dirigente, de acordo com Canotilho, é fruto do estabelecimento de uma nova concepção acerca da vinculação legislativa: Nas palavras do autor:

⁹⁴ Lenio Luis Streck, *In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. p. 21/22 e 79/85 adverte que o fato de se ter uma Constituição Dirigentes não resulta, por si só, na concretização das promessas não cumpridas. E mais, que é necessário fazer a devida contextualização da Constituição Dirigente, adequando-a aos “Países de Modernidade Tardia”, o que poderia assegurar, ante as especificidades de cada país, “um conteúdo compromissário mínimo a constar do texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e participação democrática”.

⁹⁵ STRECK, Lenio. **La Jurisdicción Constitucional y las Possibilidades de Concretización de los Derechos Fundamentales-Sociales**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>, acesso em 05/10/2009, p. 6: “La democracia y los derechos fundamentales pasan a ser los dos sustentáculos de esse nuevo modelo, donde no puede haber retroceso.” (tradução livre no corpo do texto). Ainda sobre a caracterização desta nova fase do Estado, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *In* **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 71, esclarece que: “De fato, no interior do Estado Democrático de Direito, há uma síntese dos modelos anteriores – Estado liberal e Estado social – visando à superação de lacunas neles existentes, em que se busca a realização dos Direitos Fundamentais e a redução das diferenças sociais e regionais. Para tanto, o Judiciário (Jurisdição Constitucional) assume um papel de destaque na arena política, com vistas a implementar os objetivos emanados deste modelo de Estado.”

⁹⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. p. 67.

Ao reagir contra a arraigada idéia (mas inadmissível num Estado Democrático –Constitucional) da <<liberdade>> do fim nos actos legislativos, a doutrina constitucional procurou, através de medidas (princípios) jurídico-constitucionais – *princípio do excesso, princípio da proporcionalidade e princípio da adequação* – alicerçar um controlo jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da constituição dirigente) situar constitucionalmente o *espaço de prognose legislativa*.⁹⁷

Ainda relativamente a esta nova fase do Estado, Streck explicita as modificações operadas, no século XX, apontando que

no campo jurídico, o direito público assume lugar cimeiro, a partir da incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo-qualitativo), representado por sua função nitidamente transformadora, uma vez que os textos constitucionais passam a institucionalizar um “ideal de vida boa”, a partir do que se pode denominar de co-originariedade entre direito e moral (Habermas). Os conteúdos compromissórios e dirigentes das constituições – e a do Brasil é típico exemplo – apontam para as possibilidades do resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro. Essa revolução copernicana atravessou o direito público em todos os seus ramos, fazendo com que as relações privadas perdessem a autonomia que haviam adquirido no modelo formal-burguês de direito e de Estado.⁹⁸

Há, deste modo, através do Estado Democrático de Direito, uma ruptura com as formas anteriores, pois “traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 274.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2007, p. 331.

a transformação da realidade”⁹⁹, na medida em que busca resgatar as promessas feitas na Modernidade, as quais, em muitos aspectos, não foram cumpridas.

Neste quadro constitucional, conforme apontado por Streck, surgiu no campo jurídico uma infinidade de teorias que buscavam e, nisso elas se pareciam, respostas às situações complexas derivadas desta nova face da história.

Das teorias o discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias argumentativas, realistas e pragmáticas (que, de um modo ou de outro, deslocaram o pólo de tensão interpretativa em direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar casos difíceis (não “abarcados” pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).¹⁰⁰

Assim, pode-se dizer, com Streck, que a transformação operada no segundo pós-guerra no campo constitucional teve correspondência na teoria do Estado, com o Estado Democrático de Direito e com ele a possibilidade de reivindicação de uma postura de concretização da Constituição, o que deu novos contornos à atividade jurisdicional, que passa a ter responsabilidades no que tange à efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados.

Qual seria, então, a aplicabilidade da Proporcionalidade na concretização de todos estes direitos (promessas) agora explicitados na Constituição? A Proporcionalidade poderia ser vista como forma de impor ao Estado a efetivação de ações que resultem em concretização dos direitos? Ou então, limitando a sua ação, quando da situação em que se pretenda a restrição de um Direito Fundamental? É com estas questões que será introduzida, na próxima seção deste Relatório, a análise norteadas pelo recorte efetuado em torno do conceito de princípios e da própria Proporcionalidade, bem como das suas

⁹⁹ MORAES, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 104.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2007, p. 333.

conseqüências no trato dos direitos, sobretudo aqueles ditos fundamentais, de duas posturas selecionadas: de Ronald Dworkin – com a tese da (única) resposta correta e do direito como integridade e de Robert Alexy – com a regra da Proporcionalidade e suas três máximas parciais – das quais têm destaque a proporcionalidade em sentido estrito, como elemento de ponderação na colisão de princípios.

A proposta é, então, ante a compreensão destas duas teorias, buscar elementos, mesmo que não definitivos mas, ao menos esclarecedores, ao problema do uso (sem critérios) no direito brasileiro, do termo Proporcionalidade (seja como princípio, seja como regra/máxima ponderativa) como forma de justificação de decisões já tomadas (seja para conceder, seja para restringir Direitos Fundamentais).

Esta conduta adotada no cenário jurídico brasileiro resulta em multiplicidade (nem sempre saudável) de conceitos e interpretações que em nada contribui para concretização dos direitos. Ao contrário, reforça a multiplicidade de respostas e por conseqüência esconde a discricionariedade que recobre as decisões, dando-lhes uma aparência de legalidade, ou mesmo de “justiça” e, legítima, por vezes, restrições aos Direitos Fundamentais.

Assim, o fio condutor no próximo capítulo do presente Relatório será, em resumo, verificar qual é a função da Proporcionalidade na solução de questões relativas aos Direitos Fundamentais e não apenas quando se apresenta um confronto entre direitos e as possibilidades de que sejam flexibilizados, mas também, pela análise da ação estatal deficiente, na concretização de direitos prestacionais. Nesta tarefa, a compreensão do conceito, natureza e o efetivo papel das regras e princípios é imprescindível, pois qualquer que seja o uso dado à Proporcionalidade, ela tem que cumprir o papel de assegurar e não de subtrair tais direitos.

CAPÍTULO 2

PROPORCIONALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: AS POSTURAS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

2.1 PROPORCIONALIDADE E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A noção de Proporcionalidade no Estado de Direito Contemporâneo relaciona-se diretamente à compreensão, interpretação e aplicação do Direito. Como não há um postulado unívoco sobre o que seja compreender, interpretar e aplicar o Direito, também não haverá uma coesão de pensamento sobre a figura de protagonista (ou de coadjuvante) da Proporcionalidade nas questões hermenêuticas. O fato de ser freqüentemente acionada para fundamentar questões judiciais – casos concretos em que se exija uma solução supostamente “mais justa”, “mais correta”, “mais ponderada” –, principalmente quando se está diante de situação em que dois direitos se encontram em pólos opostos – não significa que seja suficientemente bem determinada conceitualmente e coerentemente aplicada pelos operadores do direito.

A permeabilidade conceitual do termo Proporcionalidade e seu alto grau de indeterminação permitem que sobre ela se justifique decisões conflitantes num mesmo caso como, por exemplo, quando um magistrado decide, em primeiro grau, invocando a Proporcionalidade como critério decisivo para a solução por ele apresentada e o tribunal sob a mesma rubrica – Proporcionalidade – reforma a decisão. Partindo do pressuposto de que tanto o juiz quanto o tribunal estão bem intencionados e que, portanto, pretendem dar uma resposta adequada ao caso em estudo, e que, tanto um quanto outro, examinou detidamente a causa, as possíveis razões da divergência podem ser: a falta de consenso quanto ao que seja Proporcionalidade (regra, princípio, máxima ponderativa, método de interpretação etc.); apesar da existência de um eventual

consenso, houve emprego incorreto da Proporcionalidade, por um ou/e outro órgão julgador, segundo este consenso; existe consenso tanto conceitual quanto à aplicação da Proporcionalidade, mas esta era, no caso, desnecessária ao deslinde da causa, e acabou se tornando “apoio retórico” para ambas as decisões (que na verdade tem outro fundamento, não declarado); ou, por fim, o caso, segundo o conceito de ambos, representava uma omissão do sistema jurídico, de modo que a Proporcionalidade foi empregada para legitimar o caráter discricionário de uma e outra decisão. Destaque-se que esta lista de possibilidades não é estanque e poderia crescer, na medida em que se faz uma análise mais profunda do caso concreto e suas variáveis.

Assim, são inúmeras as tentativas se de estabelecer cânones de racionalidade específica à Proporcionalidade, todas com postulados próprios, pretextando cientificidade analítica e rigor taxonômico. Cada corrente seduz e atrai entusiásticos fãs, quer na academia, quer nas lides forenses, que respondem discursivamente aos impulsos do “modismo dogmático”.

A todo o momento, novas mutações teóricas surgem, combinando teorias esboçadas por jusfilósofos estrangeiros e nacionais, não raras vezes mal compreendidas, como se estivessem predestinadas a desvendar o “mistério da Proporcionalidade” ou a revelá-lo mediante os oráculos da razão iluminada ou pela sutileza semântica de alguma palavra em língua estrangeira.

O saber jurídico do século XX ficou marcado por grandes “viradas”. Generosas viradas, diz Streck em Aula Magna ministrada no Supremo Tribunal Federal¹⁰¹: a da linguagem e do neoconstitucionalismo. Mas o que indicam estes giros generosos para a Teoria do Direito? Indicam, olhando para o passado, um desencantamento da racionalidade jurídica positivista, por ter afastado o homem-intérprete da Sociedade. Esta mesma racionalidade que exerceu tanto fascínio por sua pureza metodológica, ao final, isolou o mundo jurídico do “mundo contingente”. Observando-as no presente, pode-se concluir

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Aula Magna**: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>> Acesso em 4 de setembro de 2009.

que estas “viradas” têm pretensão de, a partir da prática argumentativa, conectar a Jurisdição ao plano axiológico.

Sobre este giro capitaneado pela argumentação jurídica, Monteiro faz a seguinte afirmação:

A proposta de construção de um modelo de racionalidade prática a ser aplicado no Direito, pelas metodologias jurídicas argumentativas, pretende atender às antigas demandas por critérios racionais de justiça e de logicidade da operação com valores que foram abertamente ignorados pelo pensamento jurídico preocupado com o exame estrutural analítico do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica procura responder à questão de como garantir decisões racionais a partir da prática argumentativa, inevitavelmente ligada ao plano axiológico do opinável.¹⁰²

O cenário jurídico-dogmático brasileiro, no entanto, não dá mostras de que houve compreensão destas “guinadas” pelos operadores do Direito. Há, ao contrário, uma recepção incompleta das “novas” teorias pragmático-argumentativas, que acabaram por assumir o papel dos velhos métodos dogmáticos de interpretação. A razão positivista marginalizou o campo da intersubjetividade e, agora, por modismo e com o objetivo de mostrar-se atual, esta mesma razão se valeu do vocabulário da “*linguistic turn*”, para, sob uma nova face, garantir a manutenção de sua antiga prática. É por isso que, muito embora o deslocamento do questionamento filosófico da experiência para a linguagem abre possibilidades para mudança radical do paradigma de racionalidade do Direito, o sonho positivista continua vivo e o fenômeno jurídico permanece condicionado por um simulacro de ciência que transforma tudo o que toca em método para ligar a linguagem às coisas do mundo.

O mundo jurídico não vem com legendas. Nem as teorias expostas nos manuais de Direito vêm com declarações explícitas de seus compromissos ideológicos. Cabe ao intérprete, o jurista prático, neste emaranhado teórico focar num ponto transcendente ao dogmatismo formalista e

¹⁰² MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003, p.76.

olhar a complexa vida em sociedade, suas contradições, evoluções e involuções, apegando-se mais à função social do Estado e do Direito e menos ao suposto vanguardismo de teóricos estrangeiros.

Não sem razão, Virgílio Afonso da Silva¹⁰³ afirma que, no cenário jurídico brasileiro “a doutrina alemã vem desempenhando um papel cada vez maior” “a ponto de ser quase que obrigatória a citação de expressões em Alemão para que um trabalho seja digno de nota”. Este papel, entretanto, longe de ser esclarecedor, em que pese seus ares de cientificismo, serve para obscurecer ainda mais a maltratada noção de Proporcionalidade. O uso da doutrina estrangeira pode sim servir de base para as reflexões na área jurídica, porém, é importante levar em conta que deve ser a adequação dos conceitos que se pretende empregar ao contexto brasileiro e não o modismo jurídico, a nota dominante na “tropicalização” dos estrangeirismos.

É preciso ter em mente também que a noção de Proporcionalidade foi tomada por empréstimo da filosofia de Aristóteles (conforme já apontado no Cap. 1) que, como foi visto, não abordava o problema hermenêutico, mas pretendia “somente a apreciação correta do papel que a razão deve desempenhar na atuação ética”¹⁰⁴. Portanto, o que as teorias do Direito procuram, agora, é uma (re)leitura do termo (já incorporado à nossa tradição), (re)validando-o e reconstruindo-o como noção do justo.

Entretanto, seria possível fazer isto sem cair num subjetivismo irracional, nem numa suposta formulação racional de caráter matemático (esta incompatível com a dimensão axiológica da ciência do Direito)? Como podem (ou devem) ser compreendidas as diversas posturas que se estendem neste conflituoso e extenso horizonte teórico repleto de extremos? Método, procedimento, razão, compreensão, interpretação, linguagem,

¹⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 120 e Nota de Rodapé nº17.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 411 e 412.

comunicação, são palavras que trazem em si a idéia de racionalidade. Mas a razão também corre o risco de edificar sobre irracionalidades.

No centro destes conflitos – que não são meramente semânticos, mas que, pelo contrário, guardam em si forte carga valorativa – encontra-se a disputa decisiva pelo papel de protagonista na efetivação dos Direitos Fundamentais. Nenhuma teoria dogmática que se preze desconsiderará o discurso forte de que os estes direitos “devem ser levados a sério”, mesmo que seja para negá-los, posto que precisam dele para se afirmar como teoria.

Como no Estado Contemporâneo, o núcleo conceitual dos Direitos Fundamentais integra não somente as posições jurídicas concernentes aos cidadãos (indivíduos), mas também aquelas inerentes à Sociedade, e numa ampla abrangência, não são infreqüentes, no jogo jurídico, os confrontos de Direitos Fundamentais, em suas múltiplas combinações. Pode “(...) dar-se hipótese em que Direito Fundamental do cidadão (indivíduo) esteja contraposto a Direito Fundamental da Coletividade. Neste caso deve determinar-se qual deles, naquela situação específica, deve prevalecer.”¹⁰⁵ Além disso, é possível aduzir as situações em que um Direito Fundamental de um cidadão afronta o de outro, ou Direitos Fundamentais da Sociedade Civil¹⁰⁶ se defrontam. Em tais casos haverá necessidade de se emitir um juízo que poderá afastar um deles, caso sejam incompatíveis entre si. E reside aqui a interrogação: que critério deve ser adotado?

Esta pergunta tem sido feita não somente no círculo teórico, por filósofos do Direito e por estudiosos do Direito Constitucional, mas também por magistrados, membros do Ministério Público e advogados, no espaço dinâmico dos fóruns e tribunais, onde os Direitos Fundamentais efetivamente são postos em causa. Será a ponderação a resposta? Haverá um método ou um

¹⁰⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Futuro do Direito e Direito do Futuro: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. In **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 521.

¹⁰⁶ Uma análise sobre a formação da Sociedade Civil pode ser encontrada em BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “novos” Direitos e Acesso à Justiça**. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 64 e ss.

procedimento para fazer uma avaliação correta do que deve preponderar em cada caso? O discernimento deve dar lugar à discricionariedade?

A reflexão proposta neste Capítulo, embora leve, também, em consideração as perguntas acima, ficará circunscrita a uma única questão: como tem sido acolhida a idéia de Proporcionalidade no campo jurídico brasileiro no tratamento das contraposições entre Direitos Fundamentais?

2.2 O DIREITO E SUA ARTICULAÇÃO COM A LINGUAGEM: SITUANDO O PROBLEMA DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O LOCUS ARGUMENTATIVO DA PROPORCIONALIDADE

2.2.1 Matrizes epistemológicas do direito

A problematização da Proporcionalidade coincide com a problematização da própria linguagem do/no Direito. Coloca no centro da discussão não somente o uso da palavra, nos seus níveis sintático e semântico, mas também, e principalmente, o seu emprego pragmático.

A multiplicidade e a indeterminação de sentidos do termo Proporcionalidade permite emprego variado no mundo prático. Isto para a corrente lingüístico-epistemológica denominada Neopositivismo Lógico¹⁰⁷, com sua proposta de pureza denotativa dos conceitos, é inadmissível. A perplexidade lingüística, decorrente da falta de objetividade *a priori* desta palavra reclama o estabelecimento de regras de seu uso.

Assim, na matemática, por exemplo, pode-se ter um conceito adequado de Proporcionalidade entre grandezas, estabelecendo-se definições rigorosas a respeito, com contornos sintáticos e semânticos precisos. Pode-se enunciar que “grandezas são diretamente proporcionais” se uma pode variar na mesma razão da outra e que “grandezas são inversamente proporcionais” quando, variando uma delas, a outra varia na razão inversa daquela. O matemático saberá exatamente do que se está falando. No Direito,

¹⁰⁷ Um estudo acerca do Neopositivismo Lógico pode ser encontrado em WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 37- 62.

entretanto, Proporcionalidade pode ser usada como metáfora de equilíbrio, de justiça, de equidade, conceitos sobre os quais não haverá consenso.

Para o Positivismo Jurídico, modelado nas idéias de Hans Kelsen, primeiramente, mas também de Herbert Hart, Alf Ross ou Norberto Bobbio, somente para mencionar alguns autores destacados, cada qual com seus próprios pressupostos epistemológicos, a metodologia aponta num único sentido: a superação dos problemas da indeterminação da linguagem. Nestas posturas mantém-se um discurso científico que é sintática e semanticamente forte e, um grande desprezo aos valores (discurso neutro). Em se tratando da Proporcionalidade, porém, é certo que o termo não tem, e nem pode ter, um significado neutro, puro, unívoco, inequívoco, conforme já destacado e, portanto, não se presta à elaboração de enunciados jurídicos, os quais devem ser tão precisos quanto for possível.

Esta tríplice dimensão do discurso lingüístico, apontada por Rudolf Carnap e explicitada por Rocha¹⁰⁸, serviu de fundamento para que, do ponto de vista descritivo, fossem identificadas as três principais matrizes epistemológicas do Direito: a sintática, a semântica e a pragmática.

Warat resume assim a proposta de Carnap:

O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos; com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada *sintaxe*; a segunda, *semântica*; a terceira, *pragmática*. Mediante tais níveis, tenta-se estabelecer regras que, apesar de não serem inerentes às linguagens, permitem sua análise.¹⁰⁹

Com base nestas partes da semiótica é que se pode propor uma classificação das matrizes do discurso científico jurídico. A primeira, matriz sintática, de cunho formalista, mostra-se abertamente, por exemplo, em obras

¹⁰⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 90-91.

¹⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. p. 39.

como *Teoria do Ordenamento Jurídico* e *Teoria da Norma Jurídica*, ambas de cunho analítico, do jurista italiano Norberto Bobbio, e *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, do brasileiro Lourival Vilanova. Nestes autores vê-se uma hipervalorização dos modais deonticos, formatando-se a linguagem “a partir de um alfabeto finito, um conjunto de instruções para a construção do léxico da linguagem; para a construção de linguagens especializadas (sintaxe pura) deve-se acrescentar um conjunto inicial de palavras chamadas *axiomas*.”¹¹⁰

A matriz analítica, denominada também de Teoria Geral do Direito, desenvolveu as grandes análises estruturais do Direito sob uma perspectiva absolutamente formalista. A partir da influência do neopositivismo e da Filosofia Analítica, autores como Kelsen e, mais tarde, Bobbio preocuparam-se em descrever rigorosamente as estruturas do Direito, ou seja, a linguagem na qual os discursos jurídicos se apresentam. A aposta epistemológica desta matriz reside no paradigma do rigor em correspondência direta com seu projeto de cientificação do Direito. O formalismo jurídico geralmente se preocupa com assuntos como o estudo da norma e do ordenamento, a clarificação dos conceitos jurídicos fundamentais, a Lógica Deontica e a Informática jurídica entre outros temas relevantes, embora sempre de cunho formal.¹¹¹

A segunda, matriz semântica, tem como problema central a verdade semântica. “Uma expressão lingüística, bem formulada sintaticamente, é semanticamente verdadeira se pode ser empregada para subministrar uma informação verificável sobre o mundo”¹¹². Veja-se, como exemplo, a seguinte explicação do Alf Ross sobre este “procedimento de verificação” da verdade semântica de uma proposição:

Constitui um princípio da moderna ciência empírica que uma proposição acerca da realidade (contrastando com uma proposição analítica, lógico matemática), necessariamente implica que seguindo um certo procedimento, sob certas condições, certas experiências diretas resultarão. Por exemplo, a proposição

¹¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 40.

¹¹¹ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Teria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. p.79.

¹¹² WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. p. 40.

“isto é giz” implica que se observarmos o objeto sob um microscópio, certas qualidades estruturais se farão visíveis; se eu verter ácido sobre ele, o resultado será certas reações químicas/ se o friccionarmos contra um quadro negro surgirá uma linha, e assim por diante. Esse procedimento é chamado de procedimento de verificação e diz-se que a soma das implicações verificáveis constitui o “conteúdo real” da proposição. Se uma asserção qualquer – por exemplo, a asserção de que o mundo é governado por um demônio invisível – não envolver qualquer implicação verificável, diz tratar-se de uma proposição destituída de significado lógico; e é desterrada do domínio da ciência como asserção da metafísica.¹¹³

Por isso Monteiro diz:

Este campo de estudos também pode ser denominado de Dogmática Jurídica ou, ainda, Ciência do Direito em sentido estrito, o que no Brasil se denomina como a “Doutrina” do Direito Civil, do Direito Penal e assim por diante. Seu objetivo é alcançar os significados possíveis das normas em pertinência com todo o sistema jurídico.¹¹⁴

A terceira matriz, denominada pragmática, acolhe o que se pode denominar *Teoria da Decisão em sentido lato*. “Dentro deste vasto território encontram seu endereço as mais variadas teorias, entre as quais a Teoria da Aplicação do Direito, a Teoria da Justiça e a Teoria da Argumentação Jurídica”¹¹⁵.

Deve-se atentar para o fato de que o Positivismo Jurídico concebe um discurso fraco sob o ângulo pragmático, pois retira do discurso jurídico todo e qualquer valor ou ideologia. Fala-se em discurso fraco, porque, o discurso científico nunca poderá prescindir de um plano pragmático, porém, esta função pragmática é mínima e existe apenas como forma de descrever o objeto de estudo.

¹¹³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini e revisão técnica Alysso Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003, p. 64. Título original: *On Law and Justice*.

¹¹⁴ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. p 78.

¹¹⁵ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. p 80.

As chamadas *Teorias da Decisão*, ao contrário, são mais ou menos permeáveis aos valores, pois vão “estudar os signos, a interação entre signos, bem como com os sujeitos lingüísticos, que são seus usuários e destinatários. O relevante neste nível é a contingência em que os signos são utilizados”. Cada uma das subteorias pragmáticas olhará para um aspecto do programa decisório: a Teoria da Aplicação do Direito para as regras de produção judicial do direito, a Teoria da Justiça para o aspecto material das decisões (a própria fundamentação do Direito) e a Teoria da Argumentação Jurídica para o caráter discursivo, tópico-retórico, das decisões.¹¹⁶

Diante de tais considerações, é possível apontar que o estudo da Proporcionalidade, no âmbito do Direito, não pode se dar nas dimensões sintática e semântica, típicas do Positivismo Jurídico lógico, visto que este termo é carente de determinação em ambos os sentidos e que, sua compreensão deve dar-se, então, na matriz pragmática.

2.2.2 Pragmática jurídica: duas posturas

No cerne da discussão acerca da contraposição de Direitos Fundamentais dois autores estrangeiros têm sido frequentemente citados na doutrina brasileira (e também em decisões judiciais), algumas vezes isoladamente, outras numa forma combinada de suas teorias: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

O primeiro, norte-americano, conhecido por suas contribuições teóricas às questões fundamentais de filosofia do direito, filosofia política e filosofia moral, é escritor profícuo, que ficou conhecido no meio jurídico brasileiro especialmente por obras como *Levando os Direitos a Sério* (1977), *O Império do Direito* (1986) e *Uma Questão de Princípio* (1985).¹¹⁷ Certa ambição de continuidade pode ser observada em sua obra, pois o seu pensamento de

¹¹⁶ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. p 80-82.

¹¹⁷ Os títulos originais e as referências em língua portuguesa são, respectivamente: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Taking Rights Seriously*; **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *A Matter of Principle*; **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Teoria Ética formam um todo contínuo, que representa um desafio aos limites convencionais de cada uma destas disciplinas.¹¹⁸ Na área da teoria do direito sua principal contribuição vem representada, num primeiro momento, pelo ataque que dirigiu ao positivismo jurídico, em particular às idéias de seu antecessor na cadeira de *Jurisprudence* na University of Oxford, Inglaterra, H. L. A. Hart,¹¹⁹ e, num segundo, pela proposição de uma teoria do direito que ele mesmo denominou “direito como integridade”.

O segundo é um dos jus-filósofos alemães contemporâneos mais influentes no campo da Teoria do Direito e da Argumentação Jurídica. Professor catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito (*Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie*) da Universidade de Christian-Albrecht-Universität zu Kiel¹²⁰, Alemanha, e tem obras traduzidas para diversos idiomas. As mais conhecidas no Brasil são: *Teoria da Argumentação Jurídica* (1978) e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985)¹²¹.

Ambos se ocupam de temas distintos, pois se dirigem “de” e “para” realidades jurídicas distintas. Contudo, estes autores têm esboçado, na matriz epistemológica pragmática do Direito, posturas teóricas que podem abrir possibilidades para a resolução de colisões/controvérsias entre Direitos Fundamentais e para indicar (ou não) caminho para o emprego de um critério de Proporcionalidade no procedimento decisório.

¹¹⁸ PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. In **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante: Doxa, n. 26, p.8.

¹¹⁹ Conforme informações oficiais da University of Oxford, de Oxford, United Kingdom, disponíveis em < <http://www.law.ox.ac.uk/jurisprudence/history.shtml>. Acesso em 28 de agosto de 2009. H. L. Hart foi titular da cadeira de Jurisprudence daquela universidade de 1952 a 1968, sendo sucedido por Ronald Dworkin em 1969, o qual a ocupou até a sua aposentadoria, em 1998.

¹²⁰ Conforme informações disponíveis em <http://www.uni-kiel.de/alexyl/>. Acesso em 28 de agosto de 2009.

¹²¹ Os títulos originais e as referências em língua portuguesa são respectivamente: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. Título original: *Theorie der juristischen Argumentation*; **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Título original: *Theorie der Grundrechte*. A relação oficial de suas obras pode ser encontrada em <<http://www.uni-kiel.de/alexyl/schriftenverzeichnis.html>>. Acesso em 28 de agosto de 2009.

As duas posturas foram aqui destacadas por dois motivos principais: pelo entrelaçamento temático eventual de ambas no que tange à Teoria dos Princípios e, pela aceitação que estes autores vêm conquistando no meio jurídico brasileiro. Advirta-se, todavia, que embora haja tangenciamento teórico em muitos aspectos, em outros, as posturas dos dois autores guardam muitas distinções.

Assim, diante das importantes inovações no pensamento jurídico resultantes destas posturas é que, a breve análise que se fará a seguir ficará restrita à base teórica difundida por Ronald Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*¹²², com o seu conceito de princípio e a tese da (única) resposta correta e, ao entendimento de Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de onde se retira a sua posição quanto à classificação e distinção entre regras e princípios e, sobretudo, da utilização da Proporcionalidade como regra de ponderação.

É preciso destacar, ainda que mais uma vez, e antes de se iniciar o estudo do pensamento de cada um dos autores, que ambos, de uma forma ou de outra (algumas vezes, inclusive combinados entre si) tem sido utilizados como referência na doutrina jurídica brasileira. A utilização, porém, nem sempre se dá respeitando os critérios metodológicos relativos à tese de cada um deles, revelando assim, uma falta de coerência e manipulação indevida do direito como forma de justificação das decisões.

Com bem aponta Virgílio Afonso da Silva¹²³ (e conforme já mencionado neste Relatório) sobre a utilização das mais diversas teorias sobre interpretação constitucional e seus métodos, como se fossem equivalentes ou

¹²² A importância da contribuição de Ronald Dworkin também foi salientada por PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. In **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, p. 10 e11, quando a autora aponta que: “Sin ninguna duda la obra de Dworkin ha influido notablemente en el desarrollo de la *teoría del derecho* de los últimos treinta o cuarenta años. Su principal contribución, em este sentido, consiste em el ataque que há dirigido al positivismo jurídico, probablemente el más poderoso que se há llevado a cabo contra esta tradición de pensamiento em los últimos decênios. Pero Dworkin no se há limitado a minar los cimientos del positivismo; al mismo tiempo há elaborado una teoría alternativa.”

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 135 e ss.

mesmo complementares, “o *sincretismo metodológico*, característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional”. Ele prossegue advertindo, para e aqui apenas como exemplo, a inconveniência da utilização da teorias de Robert Alexy e Friedrich Müller como se fossem compatíveis entre si. Tal uso se mostra absolutamente impossível, vez que a teoria estruturante de Müller e a tese do sopesamento de Direitos Fundamentais desenvolvida por Alexy partem de uma base teórico-normativa totalmente distinta. Para o primeiro, “a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após *ádua* análise e *delimitação* do âmbito da norma” e, feito isso, não sobraria espaço para colisões e, por conseqüência, para sopesamento.

É no mesmo sentido o posicionamento de Rafael Tomaz de Oliveira¹²⁴ quando alerta para a falta de reconhecimento das diferenças existentes entre os ambientes jurídicos em que as posições de Dworkin e Alexy foram desenvolvidas, de modo que “a falta desse dar-se conta chega ao ponto de se tratar como compatíveis dois paradigmas teóricos que se movem em níveis diferentes de pensamento e que, portanto, nunca irão se encontrar”. A necessidade de uma análise das teorias dos dois autores é, então, evidente, posto que da compreensão destes dois entendimentos e de suas diferenças é que se poderá esboçar uma redefinição da Proporcionalidade.

2.2.3 A proposta de Ronald Dworkin

Muito embora Dworkin não utilize, expressamente, o termo Proporcionalidade, a introdução do termo se deu pela discussão acerca das decisões em “casos difíceis”, da natureza e caracterização dos princípios e da força vinculante destes últimos, como fator de equilíbrio e integridade na busca da única resposta correta. Esta ligação fica clara na opção de Dworkin (embora ele não a revele de modo expreso) pela utilização dos princípios como forma de “fechamento” à discricionariedade, de modo que eles passam a ter um significado

¹²⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 23.

conceitual que foge do método científico, mas o insere num horizonte histórico que deve ser considerado no momento da tomada de decisão.

Sob esta ótica, então, que é visitado o pensamento de Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, o qual, ao conceber seu entendimento sobre a questão da existência de uma única resposta correta para todo o caso jurídico, pela incidência e vinculação do juiz aos princípios, inicia estabelecendo uma contraposição e uma alternativa ao positivismo jurídico, com destaque para a forma proposta por Hart, por meio de um modelo de princípios.

No contexto do positivismo, o sistema jurídico se perfaz por um conjunto de regras cuja base está na sua validade e eficácia e, neste tipo de sistema os princípios não encontram lugar. Na sua análise, Dworkin aponta três posicionamentos centrais que refletem a estrutura da teoria caracterizadora do positivismo. O primeiro é a existência da regra de reconhecimento, de modo que somente existe direito (aceito) em uma comunidade – que impõe obrigações e possibilidade de punição de comportamentos destoantes - quando nela existir uma norma secundária, que estipule como são identificadas (por quem podem ser elaboradas, modificadas ou abolidas) as normas jurídicas. Tal modo de identificação que nada tem a ver com o conteúdo das regras é - utilizando a expressão de Dworkin - “(...) o *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.”¹²⁵

Em seguida vem a tese da discricionariedade judicial, que possibilita ao julgador decidir conforme o seu discernimento pessoal, quando um caso, a ele submetido, não está subsumido a uma regra clara. Abre-se, então, um campo de criação de uma nova regra jurídica ou, de complementação de uma já existente. Tal se dá em função do fato de que os positivistas entendem o Direito como um sistema aberto e que as regras válidas esgotariam o seu conceito, de modo que o juiz não estaria a ele vinculado, no caso de inexistência de regras reguladoras de uma determinada situação.¹²⁶

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 27.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 28.

Dworkin faz uma interessante análise do termo “poder discricionário”, afirmando que “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade.” Aponta também que o emprego do termo pode ser feito no sentido fraco ou no sentido forte. No primeiro a utilização ocorre “(...) apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”. Ainda num segundo sentido fraco o uso seria “(...) para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista ou cancelada por nenhum outro funcionário.”¹²⁷

No sentido forte, o emprego a expressão poder discricionário se dá

(...) não apenas para dizer que um funcionário público deve usar o discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.

No caso dos positivistas, ele indica que o uso do termo “poder discricionário” – ao qual ele se opõe - é realizado no sentido forte que significa dizer que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição. Ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.”

E por fim, o autor indica o posicionamento do positivismo que implica na inexistência de obrigações jurídicas nos casos difíceis. Nesta situação, existe obrigação jurídica de fazer ou deixar de fazer alguma coisa quando – e somente quando – uma regra jurídica válida se impõe como obrigação. Em um caso controverso, em que não está estabelecida tal regra, não

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 50 e ss.

há obrigação jurídica enquanto o juiz não a impõe para o futuro (a nova regra é *ex post facto*), porém com aplicação retroativa ao caso que está deficiente de regulamentação.¹²⁸

A proposta de Dworkin, por outro lado, tem como cerne a distinção de princípios e regras e, assim, se opor ao entendimento positivista do Direito como um conjunto de regras, na medida em que compreenderá os princípios jurídicos, também como passíveis de vincular o julgador no momento de decidir. Os princípios permitirão deste modo, o oferecimento de uma resposta correta nas situações em as regras não o fazem claramente ou, não apontam uma única resposta.

Ele adverte que o juiz tem o dever, mesmo em se tratando de um caso difícil, de descobrir quais são os direitos das partes e não inventar novos direitos para então aplicá-los de forma retroativa. Não é dado ao juiz tal prerrogativa, qual seja de tomar para si o papel de legislador. E mais, na tomada de decisão, no âmbito da proposta de Dworkin, no tal caso difícil, o juiz não seguirá um procedimento mecânico, mas o julgamento será fruto de análise integral do caso.

Na busca desta (única) resposta correta Dworkin apresenta a figura de um “Juiz Hércules”¹²⁹ que detém máxima sabedoria, paciência, habilidade e perspicácia e que deve buscar não só o texto positivo, como também a filosofia moral e política, na tarefa de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas, as quais são plenamente possíveis de ser reveladas. Nesta busca o juiz deverá ter em conta não só as regras, mas também, deve incluir nesta análise os princípios, os quais servirão para indicar a qual é a resposta correta.

No desenvolvimento da figura do “Juiz Hércules”, Dworkin aponta que este juiz, quando diante de um caso (pelo diálogo com as partes, compreensão da sua própria história, dentre outros), deve interpretar o Direito

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 28 e 127.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 165 e ss.

através que uma análise profunda da Constituição, da lei e dos precedentes e, então identificar os princípios aplicáveis. Ele esclarece que o juiz real deve, na medida do possível, se aproximar deste ideal e, sem deixar de reconhecer, também, as dificuldades decorrentes da função de julgar, conclui que

A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com frequência, os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa argumenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-las a quem? Não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes, e não as técnicas de julgamentos que eles são instados a usar. Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir sobre os casos difíceis com humildade.¹³⁰

Ainda na contraposição ao pensamento positivista de que o juiz poderia, na ausência de uma regra para a solução de um caso, utilizar-se da discricionariedade e no desenvolvimento da sua tese de que o magistrado tem obrigação de interpretar/decidir (e de forma não discricionária) levando em conta todo um contexto de continuidade (sem criação de uma história ou regra nova, como se legislador fosse), Dworkin lança mão de uma figura denominada “romance em cadeia”, de onde ele propõe que, se imagine a situação em que vários escritores fossem incumbidos de escrever, juntos, um romance.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 203.

Cada um deles ficaria responsável por um dos capítulos (escolha esta que se daria por sorteio – jogo de dados). O número menor sorteado faria a introdução ou capítulo de abertura, o seguinte o acrescentaria um capítulo, e assim se seguiria. O detalhe é que os capítulos acrescentados deveriam ter em conta que participariam de um projeto único, ou seja, não se tratava de um romance novo, mas da continuidade de um já iniciado. Cada escritor deveria ler o material anterior, num exercício de interpretação e criação integrada. Em se tratando de uma decisão jurídica, em casos controversos, o juiz agiria como um dos escritores, interpretando o todo que a ele seria apresentado (o contexto social da época, leis, opinião das partes, provas, decisões de outros juízes em outros casos, dentre outros), incluindo-se como parte deste processo, de forma que a sua história também tem relevância. A interpretação, como escolha do sentido correto do texto legal (cujos princípios indicariam o caminho) levaria em conta esse todo. E mais, a sua decisão seria como uma continuidade de uma história para o futuro.¹³¹

Relativamente aos princípios que orientarão as decisões nos casos difíceis, Dworkin os define como todo conjunto de padrões que não são regras. Ainda, é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.”¹³² E mais, os princípios seguem determinações de universalidades a partir de acordos intersubjetivos realizados ao longo de uma história institucional (daí justificar-se a exigibilidade destes a toda a Sociedade).

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. Trad. Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235 e ss. Título original: *A matter of principle*. Note-se que a menção a esta obra, embora tenha sido feita, nesta etapa do Relatório, a opção, como objetivo principal, por uma análise da obra *Levando os Direitos a Sério*, se justifica por conta de que a construção feita por Dworkin, da metáfora do “romance em cadeia” foi levada a cabo naquela obra e se aproxima da construção teórica desenvolvida em *Levando os Direitos a Sério*, pois tem como meta a demonstração de que, da mesma forma que na arte – no caso a literatura – a análise jurídica não pode ser feita como se destacada da realidade. Nas palavras de Dworkin, “ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.” (p. 238, da obra acima referenciada).

¹³² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 36.

Porém, ele ressalta que os princípios não se confundem com as políticas (polices), as quais estão ligadas à fixação de um objetivo estatal padrão (standard) que propõe algo que deve ser alcançado pelo (através) do Estado, normalmente relacionadas ao crescimento econômico, político ou social da comunidade. As políticas apresentam uma vinculação a objetivos específicos e obedecem a uma lógica contextual.

Ao fazer uma distinção entre princípios e regras, Dworkin baseia-se em casos¹³³ julgados pelos quais é possível identificar quando a aplicação de uma regra se dá, bem como as situações em que, não obstante a existência de uma regra, a sua utilização resulta em uma decisão incorreta e o resgate dos princípios se faz necessário.

De acordo com Dworkin¹³⁴

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Relativamente à característica das regras de aplicabilidade à maneira de disjuntivas, Dworkin reconhece o problema da possibilidade de

¹³³ Dworkin utilizou, na obra em comento neste trabalho (p. 38 e ss), o caso *Riggs contra Palmers* de 1889, quando o Tribunal de Nova Iorque analisou se um herdeiro nomeado em testamento do avô poderia receber a herança, uma vez que foi ele, o neto herdeiro, o autor (e com o objetivo de receber a herança) da morte do avô. A discussão de base era se, em análise literal das regras postas, era possível que alguém se beneficiasse de sua própria torpeza. A decisão de que o recebimento da herança não seria legítimo foi fundamentada não em regras, mas sim, em máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. Outro caso citado por Dworkin foi *Henningsen contra Bloomfield Motors Inc*, de 1969 em Nova Jérsei, ocasião em que se discutiu o alcance das cláusulas contratuais e, da possibilidade, ou não, de limitação da responsabilidade do fabricante na cobertura de prejuízos (materiais e pessoais) decorrentes de um acidente de carro. O tribunal deu ganho ao comprador, sob o argumento de que a liberdade de contratar não é imutável, principalmente se no contrato se identifica a superioridade e aproveitamento injusto de uma das partes sobre a outra. Do mesmo modo que o caso acima citado a decisão não se deu por meio de adequação às regras, mas em princípios jurídicos.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p.39.

existência de exceções, as quais, para ele, quando listadas torna completo e exato o enunciado da regra. Ainda, não há uma regra mais importante que outra, pois fazem parte do mesmo sistema, isto é, uma não suplanta a outra por ter maior importância no caso concreto, ao ponto de invalidá-la.

Em se tratando de princípios, por outro lado, outra característica se revela: a dimensão de peso, que não está presente na regras, de forma que

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe ao princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.¹³⁵

Os princípios orientam a decisão em um sentido, na medida em que oferecem razões que irão conduzir a uma determinada direção, ainda que não de forma concludente e permanecem intactos ainda quando não prevalecem. Dos enunciados dos princípios não é possível estabelecer automaticamente as consequências jurídicas quando são satisfeitas as condições previstas na norma.

Assim, não se trata de validez ou invalidez de um princípio, mas sim de que “o homem que deve decidir uma questão, vê-se, portanto, diante de uma exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido.”¹³⁶ Esta característica destaca ainda mais a sua diferença em relação às regras, vez que diante de um conflito entre estas uma delas não será considerada válida.

Como forma de exemplificar o seu entendimento de que os princípios enunciam uma razão que apontam em uma só direção, mas não exigem uma decisão em particular, diferenciando-se então das regras, Dworkin indica o princípio de que “ninguém pode se beneficiar da própria injustiça”, o qual não se aplica ao caso da usucapião em servidão de passagem. Segundo ele é

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p.42.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p.114.

possível que haja outros princípios ou objetivos estatais que apontem em direção contrária (como no caso da usucapião).¹³⁷

Por fim, é preciso salientar, que o resgate da conceituação de princípio pela visão coerente e integradora de Dworkin (feitas, evidentemente, as necessárias adaptações ao contexto constitucional brasileiro), na busca da resposta correta, muito tem a acrescentar ao debate sobre a Proporcionalidade, vez que, o que se busca por ela, é justamente este elemento hermenêutico de superação e integração nas decisões. É ainda, com este objetivo - de compreensão da base teórica, principalmente no que tange à definição e utilização da Proporcionalidade - que se segue no exame da proposta de Robert Alexy.

2.2.4 A proposta de Robert Alexy

É certo que no campo da interpretação e aplicação de normas constitucionais, não há como mencionar a questão dos direitos fundamentais, principalmente quando se está diante de um confronto entre eles, sem levar em conta, seja para adotar ou mesmo para contrapor, o posicionamento de Robert Alexy.

Na construção do seu entendimento, Alexy se utiliza da estrutura já desenvolvida por Dworkin sobre os Direitos Fundamentais, muito embora destacando a sua discordância no que tange à tese da única resposta correta, o que justifica a análise, feita no presente trabalho, acerca do entendimento destes dois autores.

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹³⁸ ele formula um estudo da teoria jurídica geral dos Direitos Fundamentais da Constituição alemã. Trata-se, segundo Alexy, de uma teoria sobre Direitos

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 40.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 Ed. alemã. São Paulo: Melhoramentos, 2006, p.30. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

Fundamentais vigentes, cuja base se encontra na teoria dos princípios e das posições destes mesmos direitos, por ele proposta.¹³⁹

Feitas estas considerações, inicia-se o estudo acerca da proposta de Alexy no que tange à estrutura da norma jurídica, mais precisamente quanto à distinção entre princípios e regras.

Para o autor o estabelecimento de tal diferenciação é imprescindível uma vez que:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.¹⁴⁰

Ele principia a discussão sobre o tema afirmando que regras e princípios estão reunidos no conceito de norma, na medida em que ambos tratam do dever ser, ou seja, da permissão e da proibição. Há, portanto, uma diferenciação entre dois tipos de normas.¹⁴¹

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios se dá no campo qualitativo e não apenas de grau. Neste sentido, assevera que o que, de fato, diferencia regras de princípios é que estes determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios, na expressão utilizada por Alexy, são *mandamentos de otimização*.

Assim, para o autor:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 29 e 32.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p.85.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 87.

possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁴²

As regras, por outro lado, trazem consigo a característica de que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹⁴³

Há, pois, no entender do autor, uma diferença qualitativa¹⁴⁴ entre princípios e regras. Assim, levando-se em conta a característica dos princípios como *mandamentos de otimização*, ou seja, que eles não guardam deveres definitivos, mas sim, *prima facie*.

E mais, a diferença entre regras e princípios fica ainda mais clara quando se observa a solução aplicada para casos em que há conflito entre regras e colisão entre princípios. No primeiro caso, ante a característica das regras de que, se válidas, devem ser de pronto satisfeitas, ocorrendo uma situação em que o conteúdo de uma regra mostra-se incompatível com o conteúdo de uma segunda regra, a solução aparece por meio da introdução de uma cláusula de exceção ou, na declaração da invalidade de uma das regras.¹⁴⁵

Há, então, a necessidade de se estabelecer, no conflito entre regras, qual delas permanecerá, será declarada válida e, por consequência será aplicada no caso concreto e produzirá um efeito jurídico válido. Note-se que o conflito entre regras é, em geral, aparente, uma vez que será possível

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 91.

¹⁴⁴ Klaus Günther em sua obra **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**, p. 204, por outro lado, contesta a tese formulada por Alexy de que há entre princípios e regras uma diferença lógico-estrutural, sob o argumento de que não existe a distinção formulada por Alexy de que princípios contêm comandos *prima facie* enquanto que as regras teriam comandos definitivos. Para Günther todas as normas trazem consigo comandos *prima facie* na medida em que são desde logo válidas e, ainda, que os comandos definitivos são, na verdade, o resultado de juízos de aplicação das normas aos casos concretos.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 93.

identificar, no próprio ordenamento jurídico, a regra considerada inválida ou, então, a existência da regra de exceção.

No segundo caso, quando se está diante de uma colisão entre princípios, a solução é absolutamente diversa. Quando dois princípios trazem conteúdos colidentes, um proibindo e outro permitindo algo, por exemplo, não há que se falar em declaração de invalidade de um princípio. O que se dá é que um princípio cede em favor do outro, sem que o cedente seja eliminado do sistema jurídico ou que entre eles seja introduzida uma cláusula de exceção. O que se estabelece, no caso de colisão de princípios é uma cláusula de reserva, segundo a qual o peso de cada um deles é que determinará a sua utilização ou não.¹⁴⁶

Nas palavras de Alexy:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode se resolver de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.¹⁴⁷

Desta forma, no entendimento do autor, o conflito entre regras se dá no plano da validade, enquanto que a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso.

Assim, a definição de uma regra (através da lei da colisão) a ser utilizada para resolver uma colisão entre princípios foi formulada por Alexy e atuaria como elemento de ponderação. Tal critério hermenêutico foi chamado de Proporcionalidade.

De forma sucinta, pode-se dizer que a lei da colisão proposta pelo autor teve como base exemplificativa o caso enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão que envolvia a questão da realização, ou não, de

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 94.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 94.

uma audiência na qual era necessária a presença do acusado, que na ocasião apresentava precária condição de saúde, o que, pela tensão decorrente do próprio ato, aumentava o risco de ele sofresse um derrame cerebral ou até mesmo um infarto. A colisão ocorria, então, entre o “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 também obriga o Estado.”¹⁴⁸

Não há, segundo o autor, como resolver este embate entre dois deveres (no caso o princípio de operacionalidade do direito penal e o princípio de proteção da vida e da integridade física – que considerados isoladamente resultam em uma contradição, um em relação ao outro), alegando prevalência absoluta de um sobre o outro, posto que nenhum deles traga dentro de si uma prioridade intrínseca. São, pois, deveres que devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Há que se fazer, neste caso, um “sopesamento” entre os interesses, que consistira em “definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – *tem maior peso no caso concreto*.”¹⁴⁹

E mais, Alexy afirma que na resolução da colisão entre princípios, como no caso apontado, é preciso “estabelecer uma relação de precedência condicionada com base nas circunstâncias do caso concreto”.¹⁵⁰ São determinadas, então, sob quais condições um princípio precederá ao outro, uma vez que em situação diversa a relação de precedência poderá inverter-se.

Na operação de ponderação ou sopesamento dos princípios que se encontram em colisão, Alexy se apóia, conforme já mencionado, na Proporcionalidade e em sua três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 94.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 95.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 96.

Como meio necessário Alexy entende aquele que é menos gravoso, ou seja, para a satisfação da questão, não poderia existir outro meio, que resultasse em um prejuízo menor ao indivíduo. Esta máxima decorre da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

O meio adequado, por outro lado, seria aquele que conseguisse promover o fim almejado, não infringindo tanto o outro princípio - com o qual está colidindo - como outros meios poderiam vir a fazê-lo. Trata-se de alcançar o resultado, mas, também de utilização de um meio que fomente o objetivo que se busca.

O exame da necessidade se distingue da adequação, pois aquele é um exame de comparação (qual é o meio menos gravoso em comparação com outros existentes - o estudo da aplicação da medida volta-se para a procura de alternativas) enquanto que este é um exame absoluto (se o meio é, ou não, adequado para fomentar o objetivo).

Por fim, na análise de uma medida restritiva de um (ou mais) Direito Fundamental que após a realização do exame é tida como adequada e necessária, passa-se ao teste da sua Proporcionalidade (em sentido estrito). Esta máxima parcial, para Alexy é a própria exigência de sopesamento e 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.”¹⁵¹ Assim, na ponderação, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção no Direito Fundamental, de forma que uma medida pode ser considerada desproporcional se os motivos que apóiam a sua implementação não tenham peso suficiente para justificar a limitação que o Direito Fundamental sofrerá.

Importante também é a defesa, feita por Alexy, à objeção formulada contra a idéia de sopesamento, qual seja, de que “ela não é um modelo

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 117.

aberto a um controle racional”, na medida em que, ante ao próprio caráter dos princípios, que não disciplinam a sua aplicação, resultaria que o sopesamento seria, na verdade, um espaço para a discricionariedade.¹⁵²

Alexy rebate esta crítica demonstrando que o sopesamento é um modelo fundamentado e não decisionista, posto que a utilização da lei de colisão para a determinação da(s) preferência(s) condicionada(s) - ou seja, a fixação no caso concreto das condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro - pode ser fundamentada de forma racional e ainda, que desta resultará em uma regra - a qual ele chamará de regra de ponderação.¹⁵³

2.2.5 As posturas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy: diferenças

A análise do pensamento dos dois autores pode dar a entender que ambos trabalham de forma muito semelhante. Porém, num olhar mais apurado, é possível traçar, mesmo que em linhas gerais, alguns dos pontos que distinguem a proposta de cada um deles.

Dentre as diferenças retiradas dos posicionamentos de Dworkin e Alexy tem destaque àquela que diz respeito à origem de cada um deles e as conseqüências deste reconhecimento sobre o desenvolvimento das suas bases teóricas. Ronald Dworkin vem de um sistema jurídico em que o Direito tem origem nas decisões dos juízes – numa inspiração que vem do direito inglês (pela face da *Common Law* e da *Equity Law* existente na Inglaterra, que foi e continua sendo, mesmo que sem a mesma força inicial, fator de grande influência sobre o Direito norte-americano¹⁵⁴) - de forma que estas decisões têm uma força que não se percebe em outros sistemas. Além deste direito não escrito, há, ainda, mesmo que em menor proporção, leis escritas. Ressalte-se, também, que uma das características da *Common Law* que determina a própria forma de se ver o

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 163.

¹⁵³ Ressalte-se, por outro lado, que nem sempre o legislador constitucional deixa ao juiz a operação de sopesamento, mas em alguns casos o faz diretamente e estabelece em regra o Direito Fundamental, eliminado assim qualquer hipótese de colisão.

¹⁵⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

Direito, é o respeito à ordem constituída e, por consequência, à autoridade constituída (o juiz), de quem resultam os precedentes.¹⁵⁵

Deste modo, fica evidente que esta característica não pode ser ignorada posto que marca a própria formulação teórica de Dworkin. Tal influência e concepção acerca do poder de atuação do juiz pode ser observada na afirmação feita por Dworkin que, ao discutir a questão da “força gravitacional” do precedente, aponta que eles exercem grande impacto nas decisões, de forma que a maioria dos juízes busca apoio nestas decisões anteriores para a formulação da sua própria convicção. Ele adverte, porém, que os precedentes, muito embora tenham uma “força gravitacional” reconhecida, não podem ser vistos como propriamente uma lei. Para ele o precedente pode fornecer os princípios que a justificaram e que podem, se for o caso, dar base à nova (e justa) decisão.

A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para decidir em outros casos de maneira similar no futuro.¹⁵⁶

Dworkin, e, neste ponto, em análise sobre a resolução dos casos difíceis e o papel do juiz Hercules, atenta para a construção que este deverá fazer em termos de estabelecimentos dos princípios que irão justificar a sua decisão e que estes devem estar coerentes com o todo legislativo, descrevendo, inclusive, a ordem hierárquica destas disposições com relação àquelas que estão previstas na Constituição. Ele esclarece, portanto, o campo de desenvolvimento da sua teoria.

Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem

¹⁵⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. p. 31-37.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p.171 a 180.

ser consideradas como controle nas decisões tomadas em níveis inferiores. Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível, as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam esta estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte, e abaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro.¹⁵⁷

E mais, a base sobre a qual Dworkin trabalha faz com que a sua idéia do “direito como integridade” (na medida em que persegue um ideal de justiça na formulação da única resposta correta) tenha grande importância para a aplicação judicial do direito, na medida em que, para ele, a prática jurídica é por excelência a prática judicial e, é nos tribunais que a sua teoria será posta a prova.¹⁵⁸

Já Alexy tem sua teoria fundada em um sistema legislado. Ele trabalha sob o pressuposto de que

A análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. (...) Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivados vigentes. Isso a diferencia tanto das teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais *per se* (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã – por exemplo,

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 182.

¹⁵⁸ É neste sentido a contribuição de PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. **Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin**. p. 17 e 18. Segundo a autora: Em realidad, es en la aplicación judicial del derecho donde se manifiesta de forma más significativa la importancia que tiene la idea de integridad para la concepción dworkiana del derecho. Dworkin señala reiteradamente que la práctica jurídica por excelencia es la práctica judicial, que por así decirlo, los tribunales constituyen el escenario idóneo para poner a prueba la superioridad interpretativa de su teoría del derecho. En este sentido, el autor insiste en que la integridad forma parte de las condiciones sobre las que se desarrolla la actividad cotidiana de los jueces de modo que la caracterización del derecho como “integridad” hace justicia a los presupuestos normativos bajo los que opera el trabajo jurisdiccional.

teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos Estados Federados alemães.¹⁵⁹

Assim, Alexy constrói sua tese sobre os Direitos Fundamentais num contexto que, muito embora com fundamento em um Direito que se baseia na legalidade estrita, se viu diante da necessidade de se obter uma justificação racional para as decisões que fugiam da lei estrita e exigiam, ainda assim, uma resposta.

Também deve ser evidenciada a distinção entre as posições dos dois autores relativamente à questão da discricionariedade. Dworkin vê a discricionariedade apenas como decorrente de um modelo de regras, inserindo os princípios como forma de impedir esta abertura dada ao juiz, de criação legislativa, vinculando-o, portanto ao oferecimento de uma (única) decisão com base nos princípios (sem atentar para o caráter de fechamento antidiscricionário dos próprios princípios). Em Alexy, por outro lado, a discricionariedade toma o rumo dos princípios e não das regras, pois estas seriam válidas ou inválidas – o que determinaria a sua incidência ou não – enquanto que os princípios como mandamentos de otimização seriam, submetidos à ponderação (pela máxima da proporcionalidade) no momento de uma colisão entre eles.¹⁶⁰

Outro ponto de importante distinção entre as duas teorias é a questão da aplicação das regras sob a condição do “tudo-ou-nada” apontado por Dworkin e a subsunção¹⁶¹ de Alexy, nos casos simples. Segundo Rafael Tomaz de Oliveira¹⁶², na subsunção há por consequência uma não superação do

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 32.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. p. 29.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Nota de Rodapé n. 39, p. 179.

¹⁶² Interessante a crítica feita por OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *In* **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. p. 201 e ss., sobre a questão do sincretismo metodológico e não diferenciação, no caso, da teses de Dworkin e Alexy. Ele aponta o artigo de Virgílio Afonso da Silva intitulado Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, afirmando que embora absolutamente consistente a denúncia acerca do sincretismo, este “volta-se contra ele mesmo. Com efeito, o autor – como boa parte da doutrina brasileira – aceita uma espécie de “compatibilização” entre as posições de Alexy e Dworkin no que atina ao conceito de princípio destes dois autores. Em nenhum momento chegam a ser esclarecidas as diferenças paradigmáticas que marcam as teorias de Alexy e Dworkin e a

esquema sujeito-objeto, situação que em nada se assemelha à característica dada às regras por Dworkin, que sugere uma aplicação coerente com o modelo de princípios por ele formulado e entendidos como parte de uma comunidade, com vistas à integridade da decisão. O próprio Dworkin se adianta em sua defesa quando, em *Levando os Direitos a Sério*, introduz o estudo acerca dos casos difíceis alertando que

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma parte pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir freqüentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que os juízes e juristas têm que enfrentar, mas não garante que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.¹⁶³

As duas posturas diferem ainda, e esta separação foi apontada pelo próprio Alexy,¹⁶⁴ no sentido de que para este último, a teoria dos princípios de Dworkin, por si só, não tem como sustentar a tese da única resposta correta. Ele argumenta que a forma como Dworkin entende os princípios, ou seja, que embora vinculantes, apontam para uma direção sem que apresentem a resposta correta, somente poderiam sustentar a tese da única resposta correta se fossem definidos como uma “teoria forte de princípios” na qual estariam previstos todos os princípios, todas as relações de precedência abstratas e concretas entre

própria distinção entre regras e princípios efetuada por cada um deles. Desse modo, ele mesmo recai numa espécie de sincretismo, pois não coloca como problema aquilo que, em cada um dos autores determina a formação do conceito, mas somente a distinção/classificação dos princípios em relação às regras. Portanto, todo processo de formação do conceito de princípio permanece escondido nas entrelinhas da argumentação, terminando por velar a radical diferença que existe entre Alexy e Dworkin.”

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 127 e 128.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*. Trad. Manuel Atienza, *In Cuadernos de Filosofía Del Derecho*. Alicante, DOXA n.5, 1988, p. 7.

eles, o que para Alexy resultaria apenas um catálogo de *topoi*. Ainda, para ele, a superação desta condição seria feita por uma “teoria fraca dos princípios” na qual poderia ser estabelecido um sistema de condições de prioridade (a ponderação feita no caso concreto), um sistema de estruturas de ponderação (a ponderação pela adequação e necessidade diante das possibilidades fáticas e àquela procedida pela proporcionalidade em sentido estrito) e um sistema de prioridades *prima facie* (que serão reveladas pela argumentação), os quais possibilitariam a busca de uma resposta fundamentada racionalmente.

Outra diferença revelada por Rafael Tomaz de Oliveira¹⁶⁵ diz respeito ao entendimento de cada uma dos autores sobre o conceito de norma. Segundo ele, “Alexy mantém o conceito de norma de Kelsen, porém substitui seu conceito de interpretação pelo conceito de argumentação racional baseada no discurso prático.” Assim, o conceito de norma presente na obra Teoria dos Direitos Fundamentais é um conceito semântico (que faz uma diferenciação entre norma e enunciado normativo, de forma que uma norma traz o significado de um enunciado normativo). Já Dworkin, primeiramente, não faz menção à norma como gênero que inclui as regras e os princípios. De acordo com o autor tal se dá porque, em primeiro lugar, os anglo-americanos¹⁶⁶ não encaram a norma da mesma forma que os continentais (para eles o conceito de norma corresponde ao conceito de regra (*rule*) e, ainda, porque Dworkin entende norma como a própria interpretação e não através da caracterização tradicional dada ao termo (como

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. p. 194. Este posicionamento foi destacado por Alexy, na Teoria dos Direitos Fundamentais em nota de rodapé de nº10 à p.53, quando ele faz uma comparação entre o seu conceito de norma, apontando em quais pontos as duas conceituações se aproximam e quais se separam.

¹⁶⁶ Importante destacar a diferença apontada por SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. p. 26 e 27, entre as diversas denominações dos sistemas jurídicos inglês, britânico, anglo-saxão e norte-americano. Nas palavras do autor: “o sistema da *Common Law*, (...) não deve ser confundido com o “sistema inglês”, [que pertence à Inglaterra e ao País de Gales] (porque aquele se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com o “britânico” (adjetivo relativo a Gran-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país). (...) Relembre-se que o Direito norte-americano, com exceção do Estado da Louisiana, é considerado como um direito da família da *Common Law* misto, ou seja, pertence àquela família, mas sintonizado muito perto da *Civil Law* (...).”

conceito semântico), de forma que a equiparação entre Alexy e Dworkin, também neste ponto, não se sustenta.

Por fim, é necessário, ante tais colocações e neste ponto do Relatório, olhar para a doutrina¹⁶⁷ constitucional brasileira para entender como tem sido tratado o problema da confronto/colisão de Direitos Fundamentais e como, neste contexto, a Proporcionalidade se insere. Como primeiro passo, é a análise da recepção das teorias de Dworkin e de Alexy que se segue na próxima seção.

2.3 DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E PROPORCIONALIDADE

2.3.1 Doutrina Constitucional brasileira e as teorias de Alexy e Dworkin

A importância de se fazer uma análise conceitual de regras e princípios, está justamente na forma como estes conceitos vêm sendo utilizados na doutrina brasileira que busca, por meio da invocação, sobretudo de um ou outro princípio, dar sustentação aos seus posicionamentos jurídicos¹⁶⁸. Ainda, conforme destaca Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁹, a definição do termo “princípio”, quase sempre é feita no sentido de “mandamentos nucleares”, “disposições fundamentais”, de forma que os “*princípios seriam normas fundamentais do sistema*”, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma

¹⁶⁷ O sentido utilizado para o termo “doutrina” é aquele que diz com o resultado da atividade intelectual dos pesquisadores-doutrinadores, com vistas a sistematizar as normas jurídicas, pela elaboração de conceitos e teorias.

¹⁶⁸ Sobre a influência das teorias de Dworkin e de Alexy, BARROSO, Luís Roberto Barroso e BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 280, afirmam que “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre *regra* e *princípio*, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dado por Robert Alexy.”

¹⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, 2003, p. 613.

concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.”

Estas concepções levam a conseqüências distintas quando da interpretação/aplicação de um dispositivo a um caso concreto, na medida em que dependendo da base teórica adotada o tratamento dado à regra ou ao princípio é diferente.

Em análise à falta de um posicionamento acerca da conceituação dos princípios, Rafael Tomaz de Oliveira¹⁷⁰ observa que

No afã de se determinar conceitualmente o que seja um princípio e, a partir do conceito formulado, tentar elaborar uma distinção entre estes e uma outra figura normativa chamada regra, acaba-se por encobrir, uma série de termos que se sedimentam historicamente na linguagem jurídica, questões e problemas de grande relevo para o direito. Num primeiro momento, há uma falta de clareza conceitual quando se fala de princípio. Seu uso doutrinário e dogmático parece ignorar a multiplicidade de significados com que, no direito, os princípios podem ser utilizados. Cai-se, desse modo, numa espécie de sincretismo conceitual.

O autor segue afirmando que:

Dito de outro modo, não se tem efetivamente presente aquilo que, no uso que se faz do conceito de princípio, se quer significar com ele. Isso acontece das mais diversas maneiras. Há autores que não esclarecem com qual conceito de princípios operam: se com os princípios no sentido de *princípios gerais do direito* – próprio das doutrinas metodológicas oitocentistas – ou se procuram pensá-los em seu significado *pragmático-problemático* de acordo com os contornos que o debate sobre o conceito de princípio recebe no nosso contexto atual.¹⁷¹

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** p. 29.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** p. 30.

É, pois, com este tom que o presente Relatório adota para, mesmo que de forma breve, trazer alguns aspectos distintivos de regras e princípios oferecidos pela doutrina brasileira.

Conforme já apontado nas seções anteriores, as regras e princípios são duas espécies de normas, de forma que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Em análise ao conceito de princípios, Moraes da Rosa¹⁷² anota que “os princípios surgem da impossibilidade de dizer o todo”. O autor continua afirmando, após um resgate de diversos posicionamentos a cerca da distinção entre princípios e regras e que ambos os termos são parte da categoria norma jurídica, que muito embora possa ser objeto de críticas a concepção elástica de princípios é evidente. Para ele

Sua funcionalidade retórica é patente, até porque é de onde se desliza na cadeia de *significantes* para se construir um sistema, dentre eles o jurídico, ciente que é, ademais, um *mito* consensualmente aceito. No caso dos *princípios* constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de *pertinência material* com a principiologia constitucional (...).

No âmbito da caracterização dos princípios, Canotilho¹⁷³ aponta vários critérios capazes de diferenciar princípios de regras, quais sejam:

a) os princípios têm grau de abstração elevado enquanto que as regras, ao contrário, é reduzido; b) os princípios são vagos e indeterminados e carecem de mediações concretizadoras, ao passo que as regras podem se aplicadas diretamente; c) os princípios são normas detentoras de papel fundamental no ordenamento jurídico, por conta da sua posição

¹⁷² MORAES da ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 111.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.160. Ressalte-se que, muito embora a identificação desta seção do presente Relatório de Pesquisa contenha a expressão “doutrina constitucional brasileira”, foi colacionada aqui a obra de José Joaquim Gomes Canotilho, ante a grande aceitação e influência das suas obras no cenário jurídico brasileiro.

hierárquica; d) os princípios são *Standards* juridicamente vinculantes fundamentados na idéia de justiça, enquanto que as regras podem ser vinculativas, mas por caráter meramente funcional; f) os princípios são fundamentos justificadores de regras e desempenham, portanto, uma função normogenética fundamentante.

O autor prossegue observando que a complexidade da distinção entre princípios e regras está ligada ao fato de não se saber qual a função de um e de outro, bem como se entre eles há um ponto em comum. No que tange à questão da determinação da função de cada um deles, Canotilho inicia a análise, apontando a existência de dois tipos de princípios, os princípios hermenêuticos e os princípios jurídicos. Afirma que os primeiros desempenham função argumentativa. Os segundos são aqueles com que será feita a diferenciação com as regras jurídicas. De acordo com o autor os princípios são normas jurídicas que impõe uma otimização (constituem exigência de otimização) ante determinado grau de concretização. As regras, por sua vez, proíbem ou permitem algo, ou seja, são ou não satisfeitas. Ainda, segundo o autor, há a possibilidade de conflito entre princípios sem impedir que eles coexistam, o que não ocorre com as regras, pois “as regras antinômicas se excluem”.¹⁷⁴

Em posicionamento contrário ao oferecido por Alexy, Streck¹⁷⁵ aponta que há uma diferença genética entre princípios e regras e, por conta desta diferença é que, para ele, os princípios não podem ser vistos como mandamentos de otimização, uma vez que assumem justamente o papel de impedir as múltiplas interpretações e, portanto, as múltiplas respostas. O autor alerta, ainda, que a caracterização e utilização dos princípios como “cláusulas abertas” é dar espaço para a discricionariedade positivista, na medida em que autorizaria o julgador a, no uso da ponderação, escolher o princípio que se aplicaria ao caso.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1.161.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2. ed. rev e ampl. Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.171.

No caso de colisão entre princípios, Moraes da Rosa¹⁷⁶, não obstante reconhecer a possibilidade de que um deles tenha prevalência sobre o outro – sem resultar em invalidação – através da ponderação (Alexy), esclarece que não acolhe a ponderação valorativa, mas sim a “ético-argumentativa a partir de **Drussel** (*critério ético-material*). *De fato a ponderação dos princípios não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto.*”

Deste modo, a distinção entre regras e princípios, embora abundante nas obras jurídicas, não é tarefa simples. Complexo, também, como foi possível observar, é o manejo dos princípios (principalmente porque muitas vezes a sua utilização revela certa ineficácia ou mesmo desconsideração de normas constitucionais), de forma que é possível afirmar que a Proporcionalidade, seja quando considerada regra ou, quando encarada como princípio, padece da mesma indeterminação no que concerne ao seu do caráter jurídico e seu emprego nas questões que envolvam Direitos Fundamentais. É esta imprecisão conceitual que fomenta a discussão que será desenvolvida a seguir.

2.3.2 Proporcionalidade na práxis jurídica brasileira: regra, princípio ou definição persuasiva?

A utilização, sem critérios definidos, da várias acepções do conceito jurídico de Proporcionalidade não permite a interpretação – e por consequência a aplicação - coerente das normas constitucionais? Como pode ser classificada a Proporcionalidade (se é que é mesmo necessário fazer tal classificação) e qual o efeito de tal opção? Pois, quer se considere como regra, quer se considere como princípio, será imprescindível o discernimento adequado sobre a sua função no ordenamento jurídico.

Se a Proporcionalidade for considerada elemento de ponderação (Alexy), isto é, como forma de sopesar Direitos Fundamentais, o seu âmbito de abstração, resultaria reduzido, porquanto propõe um exercício que ele

¹⁷⁶ MORAES da ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. p. 114.

considera racional, para permitir o seu acionamento apenas quando necessário o cotejo axiológico entre tais direitos? Ainda, se Proporcionalidade for considerada elemento de integridade e coerência das decisões (Streck), maior seria a possibilidade de se estabelecer uma distância da discricionariedade e dos decisionismos, na medida em que se buscará uma decisão constitucional?

Entretanto se, e isto parece estar claro, a opção for – como em muitos julgados do Supremo Tribunal Federal (fenômeno que se replica nos demais Tribunais e juízos singulares e, até mesmo na doutrina) – por definir a Proporcionalidade como um mero justificador – ou uma forma de encobrir a discricionariedade/arbitrariedade com um manto de aparente constitucionalidade (pelo uso, em grande parte das vezes do termo “princípio”) para uma decisão já tomada, então o papel da Proporcionalidade se esvazia por completo.

Na doutrina brasileira, conforme já destacado, a utilização da Proporcionalidade como princípio é bastante comum. É bem verdade que muitos dos autores utilizam a expressão “princípio” buscando dar ao termo Proporcionalidade um grau de importância maior, sem, contudo, prender-se ao conceito exato de princípio. Neste sentido é que Bonavides¹⁷⁷ adota o termo Princípio da Proporcionalidade e o classifica como regra fundamental que deve ser observada pelos governantes como pelos governados.¹⁷⁸

Em análise sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁹ atenta para o fato de que, antes de qualquer estudo acerca da Proporcionalidade, é importante fazer um alerta quanto ao uso da Proporcionalidade como princípio. Tal terminologia, segundo o autor, não é correta, uma vez que, e para tanto ele se apegua na concepção de Alexy, o princípio não pode produzir efeitos em variadas medidas, mas, ao contrário, é aplicado de forma constante. Sustenta, ainda, que a

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1996, p. 424 e 425.

¹⁷⁸ Na mesma linha, SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 95.

¹⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In **Revista dos Tribunais**, ano 91, vol. 798, abril de 2002, p. 24.

melhor denominação é de que se trata de uma regra, pois não se observa tais efeitos quando se trata da Proporcionalidade.

Grau¹⁸⁰ também faz uma crítica quanto utilização da Proporcionalidade como princípio, e a define como um critério de interpretação. Acrescenta que tanto a Proporcionalidade como a Razoabilidade já eram, desde muito, utilizadas pelo Poder Judiciário na interpretação e aplicação do direito, porém, o faziam com terminologia diferente, qual seja: a equidade.

Guerra Filho¹⁸¹, em oposição à proposta de Alexy, afirma que a Proporcionalidade não pode ser classificada como regra. Para ele

As diversas manifestações do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) apresentam um grau bem maior de concreção, especialmente àquela referente à “adequação” (*Geeignetheit*), sendo isso o que leva a que se possa subsumir a ela fatos, diretamente, como não ocorre com qualquer princípio – pense-se, por exemplo, em um caso de abuso de poder. Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, com estrutura lógico-deôntica de normas que são regras, por passíveis de neles se subsumirem fatos e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, como recentemente se afirmou entre nós, supostamente com apoio em Alexy.

Steinmetz¹⁸² sustenta que, muito embora o posicionamento de alguns autores acerca da necessidade de definição quanto à utilização da Proporcionalidade como princípio ou como regra, não há comprovação no campo interpretativo-aplicativo da utilidade prática de tal distinção, motivo pelo qual adota a expressão “Princípio da Proporcionalidade”.

¹⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. Equidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade. *In* Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. p. 19/20.

¹⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. 1.ed. Malheiros Editores: 2005, p. 269.

¹⁸² STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. 1.ed. Malheiros Editores: 2005, p. 12.

A questão que se põe é: como ocorrem estas tergiversações conceituais? Como em toda atividade interpretativa mediante definições persuasivas, como adverte Warat:

Interpretar a lei implica sempre na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Definições, ainda, em que não se busca produzir um critério de uso para a expressão definida, mas antes um acordo ético sobre o conteúdo da definição emitida.¹⁸³

Vê-se, portanto, que qualquer tentativa de redefinir Proporcionalidade configurará sempre e necessariamente um comprometimento ético-persuasivo. Não há desta forma, como pensar em Proporcionalidade sem revelar esse comprometimento, pois é esse reconhecimento que imporá limites ao seu uso, restringindo o espaço pernicioso de utilização justificadora de posicionamentos e decisões afastadas da realidade constitucional.

De todo modo, estabelecer parâmetros para a utilização da Proporcionalidade é salutar no contexto de análise dos Direitos Fundamentais, sob pena de que por ela, a Proporcionalidade, se legitimem decisões que nada mais são do que desproporcionadas.

2.3.2.1 Proporcionalidade em decisões judiciais sobre Direitos Fundamentais: dois casos – o *Habeas Corpus* n.º 82.424 e o Mandado de Segurança n.º 053.09.015778-9

Deste modo, é com o objetivo, não de responder, mas apenas de iniciar uma discussão sobre o tema, que se traz à colação o embate travado no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424¹⁸⁴, impetrado em favor de um editor de livros que colocou em

¹⁸³ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei** – temas para uma reformulação. p. 33.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Rio Grande do Sul, Rel. Min. Moreira Alves, Paciente: Siedgfried Ellwanger, Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra, Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 19 de julho de 2009.

circulação um trabalho que trazia a história do Holocausto. Por conta disso, foi denunciado, absolvido em primeira instância e, então, condenado em segunda instância, decisão esta mantida no Superior Tribunal de Justiça, pela prática do crime de racismo, ante a interpretação de que a sua conduta feria a dignidade humana – no caso, do povo judeu.

Já no Supremo Tribunal Federal, a decisão final foi pela denegação da ordem de *Habeas Corpus*. Da discussão restaram vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Brito. A análise que se fará a seguir ficará restrita a um dos votos vencedores (pela denegação da ordem) do Ministro Gilmar Mendes - vez que ao fundamentar sua decisão trouxe como apoio a tese de Alexy, aplicando a sua lei da colisão de princípios – e um dos votos vencidos, o do Ministro Marco Aurélio, que com base também na ponderação de princípios, votou pela concessão.

Os princípios, que neste caso estavam em conflito, eram: a liberdade de expressão e a dignidade humana.

O Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁵, após um estudo interpretativo do alcance do termo “racismo” e a sua recepção como bem jurídico protegido constitucionalmente, analisou a colisão aplicando a Proporcionalidade (Alexy), através da incidência das suas três máximas parciais. Relativamente à *adequação* da medida que condenou do paciente, o Ministro entendeu que este requisito estava preenchido vez que por ela seria possível o alcançar o fim almejado, qual seja: a preservação de uma sociedade plural, na qual a tolerância deve ser o ponto central. Sobre a *necessidade* da condenação, seu argumento foi que não existia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para o alcance do fim já relatado. Por fim, quanto à ponderação propriamente dita – a proporcionalidade em sentido estrito – destacou que, ante a situação de que não se tratavam de textos quaisquer, mas sim de estimuladores da violência e do ódio contra o povo judeu, a dignidade deste povo deveria se sobrepor à liberdade de

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Voto Vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 657 a 692 *passim*.

expressão, sob pena de outros valores constitucionais serem feridos (igualdade, pluralismo e tolerância democrática).

O Ministro Marco Aurélio¹⁸⁶, por sua vez, proferiu voto no sentido de que a condenação não deveria ser mantida. Sua argumentação, dentre outros, teve como base o fato de que, para ele, a obra que suscitou o debate era uma revisão histórica de baixa qualidade, sem, contudo, configurar racismo. Ele atentou que diferente seria se o caso fosse de distribuição de material contendo palavras de ordem com o objetivo de incitar a discriminação. E ainda, que era necessário fazer uma verificação do perigo real e grave que a dignidade do grupo estaria correndo, para que a restrição da liberdade de expressão não sofresse restrição desnecessária. Para ele, a liberdade de expressão deve ser, ao máximo, resguardada, vez que ela se afigura como forma de limitar o Estado. Assim, juntando ainda outros argumentos decidiu pela preponderância da liberdade de expressão.

O interessante nesta discussão travada no STF é que pelos mesmos argumentos foi possível o oferecimento de decisões opostas. A primeira segue passos na busca de reconhecer qual dos direitos em jogo deve prevalecer. A segunda, embora sem a utilização declarada de um “procedimento racional”, pelos mesmos argumentos, citando, inclusive a ponderação de princípios de Alexy e a Proporcionalidade, chega a uma resposta oposta à primeira. O que se indaga, então, é: qual das decisões se apresenta como correta? É possível, mesmo diante da indeterminação conceitual tão freqüente no âmbito jurídico buscar essa resposta correta?

Ainda, com base nestas questões é que se põe, apenas com o objetivo de reforçar o debate, outra decisão que merece análise, porquanto auxilia a reflexão proposta neste Relatório. Ela é resultado de uma discussão feita no Estado de São Paulo acerca da Lei Estadual n.º 13.541/2009 (Lei Anti-Fumo) e seu regulamento - Decreto nº 54.311, da mesma data - que proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Voto Vista do Ministro Marco Aurélio, p. 857 a 925 *passim*.

em recintos de uso coletivo, públicos ou privados, exige a aquisição e afixação de placas indicativas da proibição e a aquisição e distribuição gratuita de formulários para denúncia de infrações.

A batalha judicial teve início com o Mandado de Segurança Preventivo de nº 053.09.015779-9¹⁸⁷ impetrado pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo – ABRESI, junto à 3ª Vara da Fazenda Pública, requerendo a suspensão da ameaça de aplicação a seus associados das sanções previstas na lei estadual. Na decisão, o magistrado concedeu a segurança, argumentando que, dentre outros, que a lei contraria a Constituição Federal e que a imposição feita fere – utilizando-se aqui as palavras do magistrado - o “Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade e a Proibição de Excesso”, pois no caso, “os fins não justificam os meios”. Para o julgador a medida resultante da lei ressalta a restrição à liberdade individual, ao direito de propriedade, ao direito à intimidade. Há, pois, uma evidente controvérsias/colisão entre o direito à saúde e os direitos acima elencados pelo magistrado.

Na solução do caso, o magistrado fez uma interessante observação sobre a forma como irá decidir, ou seja, de que sua apreciação seria feita sem preconceitos, numa clara incompreensão do ato interpretativo e demonstração de que ainda persiste no paradigma da filosofia da consciência, ou como denuncia Streck¹⁸⁸

Predominantemente, ainda vigora na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável e descritível’, a partir do seu *cogito*. Acredita-se, pois, na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. *O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo*. Não se considera já e sempre no mundo, mas, sim, considera-se como

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. 053.09.015779-9. 3ª Vara de Fazenda Pública - Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 21 de julho de 2009.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2007, p. 94.

estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se do ‘*instrumento*’ (terceira coisa) que é a linguagem jurídica...”

Este procedimento pode ser verificado nesta afirmação retirada do corpo da decisão em comento:

Observação inicial necessária e conveniente: qual magistrado seria mais imparcial (com perdão da tautologia) para apreciar a controvérsia o fumante ou o não-fumante? Tenho ouvido opiniões ora num, ora noutro sentido, o que leva à conclusão de que nenhum dos dois pode ser considerado suspeito. Assim também ocorre em relação a questões sobre aborto, pesquisa de células-tronco embrionárias, casamentos “*gay*”, divórcio, guarda de filhos etc. Em todos esses casos, o pressuposto é que a decisão será orientada sem preconceitos morais ou religiosos, ser o magistrado casado, divorciado ou solteiro, nem por abstrações teóricas, mas exclusivamente por fundamentação jurídica, esta mesma não despregada dos princípios éticos e dos fatos da realidade concreta da vida.

E mais, na sua extensa tarefa de fundamentação da decisão tomada – de deferir o pedido liminar e conceder a segurança para suspender os efeitos da lei estadual, nos limites do pedido formulado – lançou mão da Proporcionalidade – como princípio, equiparando-o à Razoabilidade e também à proibição de excesso, tudo com apoio de algumas referências doutrinárias e de julgados, sem que fosse feita qualquer análise mais apurada do que seja cada um dos termos utilizados.

Ao contrário, sob a máxima de que “os fins não justificam os meios”, o uso se fez pela reprodução de exposição doutrinária, num *mix* conceitual que insere na mesma argumentação a Proporcionalidade como limitadora dos atos do Poder Público, com a Razoabilidade da medida legal e, por fim, acrescentando um elemento de ponderação.

O magistrado trabalha a questão da Proporcionalidade e de sua três máximas parciais, com alegações como estas: “aqui se chega à desproporcionalidade e irrazoabilidade da norma estadual. **Os fins não**

justificam os meios” (...) e “E como se manifesta a violação desses princípios na lei estadual examinada? De variadas formas: desde a proibição quase absoluta, sem **prazo razoável de adaptação** aos empresários e aos dependentes do vício (...)” e, ainda, levanta em prol da fundamentação “Onde o princípio (*sic*) da segurança jurídica, em face de normas conflitantes?”¹⁸⁹ (grifos do original).

Não há, pois, qualquer critério na utilização do termo o que revela uma adequação terminológica à subjetividade do próprio intérprete. É neste sentido a afirmação de Warat¹⁹⁰ ao enfrentar a questão da redefinição das palavras da lei no ato de interpretar:

Ora, na interpretação da lei o processo definitório está sempre determinado por fatores axiológicos. O modo de produção significativo da sentença envolve necessariamente uma atividade definitória eticamente condicionada. E quando um juiz altera a modalização deôntica convencionada, pra uma conduta, está redefinindo persuasivamente. De forma mais ampla podemos dizer que toda vez que no uso contextual de um termo são alterados os critérios de relevância regularmente explicitados, isto é, a significação de base do aludido termo, ocorre uma redefinição. É neste sentido que se atendendo a razões circunstanciais e ideológicas transmuda-se, muitas vezes, o significado das palavras da lei mantendo-se inalterados os seus grafismos ou significantes. Tal mecanismo facilita a adequação da jurisprudência, às exigências, reais ou supostas, de um dado momento histórico.

Debates como estes acima relatados ensejam soluções judiciais conflitantes e se reproduzem por todo o país, pois parece não haver consenso quanto à forma de solução de tais conflitos, seja pela dificuldade de caracterização conceitual de regras ou princípios, ou por conta da ausência de critério determinantes da forma de empregá-los. No que concerne à Proporcionalidade, verifica-se, mais uma vez, que o uso, em muitas das vezes,

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. 053.09.015779-9. p. 18 a 23 *passim*.

¹⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei** – temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 38.

se presta à justificação de qualquer das decisões e, é com este viés que o presente Relatório de Pesquisa prossegue.

2.3.3 Razoabilidade ou Proporcionalidade: mais um jogo de palavras

Outro ponto que merece destaque é que, na doutrina brasileira, quando se fala em Proporcionalidade logo se percebe a presença de outro termo: a Razoabilidade. É como se a Proporcionalidade não tivesse força para se sustentar sozinha e necessitasse de um apoio retórico dado pela Razoabilidade. Tal postura reflete contradições argumentativas que devem ser analisadas.

Assim, do mesmo modo que é utilizado o termo princípio (para a Proporcionalidade), o uso indistinto dos termos Razoabilidade e Proporcionalidade é corrente na doutrina e na jurisprudência pátria¹⁹¹. Aqueles que o fazem justificam a opção afirmando que as duas expressões, em seu conteúdo, mantêm relações de fungibilidade e que, portanto, podem ser consideradas como sinônimas. Sobre este ponto, veja-se o entendimento de Barroso ao esclarecer que:

De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.¹⁹²

Seguindo a mesma linha, em obra que analisa justamente as decisões do Supremo Tribunal Federal, Costa¹⁹³ anota que, não obstante alguns autores façam a diferenciação entre os termos Razoabilidade e Proporcionalidade, com base na sua origem distinta, a jurisprudência deste

¹⁹¹ Neste sentido, aponta-se, por todos, BARROS, Suzana de Toledo de. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003, p. 59.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁹³ COSTA, Alexandre de Araújo. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do STF**. Brasília: Ediora Thesaurus, 2008, p.15.

tribunal superior não se preocupa com tal diferenciação. O próprio autor afirma que “(...) embora consideremos como sinônimas as expressões, daremos preferência ao termo Razoabilidade.”

A propósito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais os termos Proporcionalidade e Razoabilidade são utilizados como se sinônimos fossem, Virgílio Afonso da Silva¹⁹⁴ faz uma crítica precisa apontando que

O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar uma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”.

A Proporcionalidade não pode ser utilizada como mero justificador. Na verificação da inconstitucionalidade de um ato, o papel da Proporcionalidade está, não em apoio retórico, mas na demonstração da falta de coerência e integridade do ato em relação à Constituição e porque destoante deste contexto é que deverá ser considerado inválido. Não é preciso, pois, recorrer à Proporcionalidade como se a simples menção ao termo tivesse o poder de esclarecer e apontar o descompasso do ato.

É possível ainda observar o uso da Proporcionalidade e da Razoabilidade em diversos dispositivos legais, dentre os quais se destaca o art.156, I, do Código de Processo Penal brasileiro¹⁹⁵, recentemente modificado para incluir o inciso aqui em análise, ao tratar da questão das provas, embora

¹⁹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. 2002, p. 31.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n.º 3.689/1941. Art. 156, I: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, antes mesmo de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Art. 438: A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto: § 2º: o juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

mantenha a imposição de que a comprovação dos fatos caberá a quem os alegar, abre a possibilidade para que o juiz, antes mesmo de iniciada a ação penal, ordene a produção antecipada de provas urgentes, desde que observe a adequação, necessidade e Proporcionalidade da medida. Na mesma linha o art. 438, § 2º, do Código de Processo Penal brasileiro, ao dispor sobre a função do jurado e da punição quando da sua recusa apoiada em convicções religiosas, filosóficas ou políticas, pelo cumprimento de serviço alternativo, que juiz determinará, atendendo aos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Outra vez, o que se verifica nestes exemplos é que o uso da Proporcionalidade e da Razoabilidade, definido pela própria lei, nada mais faz do que autorizar a discricionariedade da decisão do magistrado. Não há qualquer critério diferenciador dos termos Proporcionalidade e Razoabilidade e nem tampouco limita a decisão do juiz ao contorno constitucional. É como se a menção aos termos Proporcionalidade e Razoabilidade, por si só, desse credibilidade/justiça ao dispositivo. É sim uma cláusula de abertura que seve para nada mais do que justificar, de qualquer forma, a restrição imposta, o que justamente deve ser combatido. E a indagação que se põe é: qual é o limite do uso da Proporcionalidade? É preciso, portanto, definir os contornos (constitucionais) da Proporcionalidade e, mesmo da Razoabilidade, para que o seu uso saia do contexto retórico e assuma o papel no Estado Democrático de Direito como, antes de qualquer coisa, assegurador dos Direitos Fundamentais, impondo, quando da sua restrição, a observância de critérios constitucionais.

Esta (re)definição da Proporcionalidade e seus elementos caracterizadores, como já mencionado, está longe de ser pacífica – veja-se a variedade de posicionamentos doutrinários - ora porque se confunde com a Razoabilidade, ora porque, sem qualquer critério é usada como “carta-na-manga” para justificar uma decisão. É neste contexto que Virgílio Afonso da Silva, reforça o argumento para que se atente à necessidade de se diferenciar Proporcionalidade de Razoabilidade. Sustenta que o uso das duas expressões como sinônimos só é aceitável quando em sentido laico. Sob o ponto de vista jurídico, porém, devem ser tidos como detentores de conotação técnico-jurídica que expressam construções diferentes. Afirma o autor que um ato

desproporcional nem sempre é irrazoável e que “pode-se admitir tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos”.¹⁹⁶

A idéia de Proporcionalidade teve origem e confunde-se, de acordo com Guerra Filho¹⁹⁷, com o próprio nascimento do moderno Estado de Direito, com respaldo em documento constitucional que tinha como propósito estabelecer limites ao Estado pelo reconhecimento e respeito a alguns direitos fundamentais do indivíduo.

No que tange à função e o vínculo constitucional da Proporcionalidade, Streck acrescenta que, além da idéia de coibir excessos por parte do Estado, a Proporcionalidade se presta a ser instrumento contra a omissão e proteção insuficiente:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinado bem jurídico.¹⁹⁸

O mesmo autor conclui que “este duplo viés do princípio da Proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.”¹⁹⁹

¹⁹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. 2002, p. 30.

¹⁹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. p. 255.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol.1, n.2: Porto Alegre, 2004, p. 254.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. p. 254.

Na mesma linha, Sarlet afirma que:

a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.²⁰⁰

Virgílio Afonso da Silva²⁰¹, por outro lado, atenta para a impossibilidade de utilização dos termos a Proporcionalidade e a proibição de excesso como sinônimos. Para ele a Proporcionalidade vai além do controle dos atos estatais e alcança, também, a omissão do Poder Público, a qual é em última análise, desproporcional.²⁰²

Relativamente à Razoabilidade, o mesmo autor a distingue da Proporcionalidade, não só estruturalmente, conforme já apontado, mas também, por conta da origem dos termos. Segundo o autor,

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na *Magna Carta* de 1215. Esse documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação história é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade – não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86 e segs.

²⁰¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. 2002, p. 27.

²⁰² A utilização do termo proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso também pode ser observada em: MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, vol. 1, Salvador, 2001, p. 2. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 17 de novembro de 2008.

questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento.²⁰³

Ele acrescenta que na Inglaterra o que se fala é em irrazoabilidade e não em princípio da Razoabilidade e, que a origem deste princípio não se deu em 1215, mas sim em uma decisão judicial proferida em 1948 que tratou da rejeição de atos considerados absurdamente irrazoáveis. E prossegue apontando que “a não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do *Human Rights Act* de 1988 na Inglaterra”, quando a doutrina jurídica deste país passou a conhecer e discutir o papel da Proporcionalidade.²⁰⁴

Afora a questão da origem dos termos Proporcionalidade e Razoabilidade, Barroso prossegue classificando a Razoabilidade como princípio e esclarecendo que ela atua como parâmetro de valoração dos atos da administração pública na medida em que por ela se pode medir se tais atos estão revestidos de justiça, que segundo o autor é um valor superior inerente ao próprio ordenamento jurídico. Para Barroso, o princípio da Razoabilidade é “(...) mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”.²⁰⁵

De acordo com o autor na produção de normas jurídicas, o Estado precisa observar determinados pontos, quais sejam: os motivos (as circunstâncias de fato), os fins a atingir na situação em concreto e os meios pelos quais serão alcançados. E mais, nesta operação há de se ter em conta valores

²⁰³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. 2002, p. 29.

²⁰⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. 2002, p. 29. Em sentido oposto GUERRA FILHO, Willis Santiago. *in* Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. p. 255, aponta a origem do princípio da proporcionalidade, justamente na Magna Carta de 1215. Para ele este reconhecimento está claro no estabelecimento de que “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.” Luis Roberto Barroso *in* Interpretação e Aplicação da Constituição, 2004, p. 218, por sua vez, afirma que razoabilidade “(...) tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”. De acordo com o autor, posteriormente, a razoabilidade teve reconhecimento na Constituição norte-americana, por meio das emendas 5ª e 14ª, com a consagração na suprema corte do devido processo legal.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2004, p. 224.

sociais, como ordem, segurança, paz, solidariedade e justiça. A Razoabilidade é que fará a adequação de sentido entre estes pontos. Ainda, existe a razoabilidade interna, que pode ser medida na lei – pela adequação de motivos, meios e fins e, técnica – e a Razoabilidade externa, que é a adequação aos meios e fins determinados constitucionalmente.²⁰⁶

Camargo, por outro lado, agora contextualizando a Proporcionalidade e a Razoabilidade no processo hermenêutico – e associando a interpretação com contornos “gadamerianos” à racionalidade “alexiana”, dá à Proporcionalidade, nos moldes construídos por Alexy, a função de oferecer critérios para a consideração daquilo que se pode tomar como razoável.

Distinguimos razoabilidade e proporcionalidade entendendo a primeira, no âmbito da pragmática, como fazer concreto conforme determinado resultado; e a segunda, como juízo conformador do processo hermenêutico. A tese que procuramos sustentar é que: a razoabilidade corresponderia ao momento da pré-compreensão, na visão de Hans-Georg Gadamer; a proporcionalidade corresponderia à interpretação, como exteriorização da compreensão para, finalmente, alcançarmos um resultado que possa ser apresentado como razoável.²⁰⁷

Ferraz Júnior²⁰⁸ faz uma análise precisa da ligação existente entre a Proporcionalidade e a Razoabilidade, apontando que na origem há entre

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2004, p. 226.

²⁰⁷ CAMARGO, Margarida M. Lacombe. O Princípio da Proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. In *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n.3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 230.

²⁰⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio, In **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. 2007, p. 45-46: “Segue daí que os ideais de justiça (justiça dos procedimentos) tenham a ver também com “segurança jurídica”: um procedimento de Estado de Direito deve não só assegurar um resultado justo em um processo de decisão, mas também, e ao mesmo tempo (por meio de determinadas normas e de modo suficiente), um decorrer previsível desse procedimento decisório. Essa conjugação dos aspectos formal e material justifica, assim, a classificação da justiça de um procedimento como um caso independente, ao lado da justiça material e da segurança jurídica, que se qualifica, então, como proporcionalidade. Essa, afinal, em termos dos seus conhecidos atributos (necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*), conquanto não possua nenhuma conexão com o *due process law* nem com a *rule of reasonableness*, poderia sugerir uma certa afinidade com a *equal protection* contra injustiças, própria do *due process Law*, permitindo e explicando, assim, o

elas diferença substancial (a Razoabilidade como produto da jurisprudência norte-americana, pelo *due process of Law*, e a Proporcionalidade, com raízes na doutrina e jurisprudência alemã – ligada à questão da justiça), mas atenta para a possibilidade de conjugação dos dois termos na doutrina brasileira – não como sinônimos, mas sim como uma ligação entre a “justiça realizada através de um proceder”, como requisito de um Estado de Direito.

Por outro lado, diante das divergências apontadas, o que se pode indagar é se é possível trabalhar com a idéia de Proporcionalidade de forma que ela passe a exercer o papel que, em última análise, todos desejam, ou seja, servir de elemento de coerência e integridade na busca de garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados.

É neste sentido, pois que Cademartori acrescenta:

Os princípios que operam, em última análise, como balizadores do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal são, basicamente, o da razoabilidade e a máxima da proporcionalidade. Estes instrumentos, embora invocados para tal fim, ainda encerram alto grau de ambigüidade na sua determinação, o que acarreta muitas polêmicas quanto à sua correta incidência.²⁰⁹

Não há, portanto, como dar continuidade a um sem número de definições e posicionamentos acerca de Proporcionalidade, sob pena de o termo servir (como de fato já tem se prestado) de mero justificador de decisões já tomadas e que, nem sempre, estão em conformidade com as disposições constitucionais. E mais, a idéia que se revela de todo este contexto de divergências é que a questão do uso da Proporcionalidade é maior do que a simples (in)adequação metodológica, mas sim de um posicionamento hermenêutico-filosófico que requer o seu uso dentro de um contexto integrador, sob o ponto de vista constitucional.

amálgama, no Brasil, entre proporcionalidade e razoabilidade e, por consequência, a utilização da proporcionalidade no entendimento do devido processo legal substantivo.

²⁰⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.119.

Tendo, então, esta assertiva como fio condutor é que se passará, no próximo capítulo, a trabalhar a Proporcionalidade como fator limitador/impulsionador do poder estatal, pela proibição do excesso e da proteção deficiente.

CAPÍTULO 3

A PROPORCIONALIDADE E SUAS DUAS FACES: DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

3.1 VERDADE, MÉTODO E PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO

De toda a análise feita até aqui, está evidente o desgaste sofrido pelo termo Proporcionalidade. Tal fato é, em parte, fruto da característica da doutrina brasileira que tem, numa mistura conceitual, adotado posturas estrangeiras (especialmente Dworkin e Alexy), como se compatíveis fossem e, sem adaptação ao contexto constitucional pátrio. Este tipo de abordagem presente no cenário jurídico brasileiro traz como consequência uma diversidade de conceitos que em nada contribui para concretização dos direitos e que alimenta ainda mais a discricionariedade que recobre as decisões.

O desgaste da Proporcionalidade também pode ser observado em muitas das decisões judiciais proferidas no Brasil, vez que se tornou uma espécie de “carta coringa” e, portanto, utilizada como forma de justificação, tornando possível, sob o argumento da Proporcionalidade, o a fundamentação de sentenças, no mesmo caso (em diferentes instâncias), contrapostas.

As questões que se põe, então, nesta etapa do presente Relatório são: qual a perspectiva para o emprego da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito? Há, entre este termo, alguma ligação com assuntos como globalização, transnacionalidade, sustentabilidade, Direitos Fundamentais, dentre outros? É possível a utilização da Proporcionalidade como forma de retomar as promessas não cumpridas na Modernidade? Seria correto direcionar a Proporcionalidade como forma de limitação do poder estatal e condição de possibilidade de concretização dos Direitos Fundamentais no âmbito da hermenêutica constitucional?

É então, a partir destas indagações que se inicia este capítulo e se propõe a análise e interpretação do conceito de Proporcionalidade como condição de possibilidade de traçar limites ao poder estatal, não apenas na face da imposição de restrições aos Direitos Fundamentais de garantia, mas, também, naquela que concerne à sua obrigação de concretizar os direitos prestacionais.

Com essa concretude é que a Proporcionalidade passaria a ser empregada, ou seja, abandonaria a marca de “carta-coringa-que-serve-para-justificar-tudo” e retomaria o papel de fator de equilíbrio originalmente previsto, pela (re)definição da Proporcionalidade com contornos de condição de possibilidade, no âmbito dos Direitos Fundamentais.

É certo, conforme já discutido, que a Proporcionalidade (no modo como tem sido apresentada e utilizada) sofre de vagueza e ambigüidade conceitual, de forma que permite ao intérprete/aplicador da lei um campo fértil à discricionariedade. Ainda, que a Proporcionalidade, na configuração que tem recebido, assenta-se em elementos puramente abstratos, concebidos em estufa, no e para o mundo do direito. Este aparato conceitual permitirá que decisões desproporcionadas sejam casuisticamente tomadas sob o manto sagrado da Proporcionalidade.

E mais, que esta Proporcionalidade desproporcionada, curiosamente, servirá para flexibilizar outros conceitos jurídicos aparentemente (ou que deveriam ser tidos como) rígidos, como o da Legalidade e Taxatividade, em Direito Penal, ou mesmo do Contraditório e da Ampla Defesa, em todos os campos.

Mas como (re)definir então a Proporcionalidade? Talvez a resposta a este questionamento passe pela análise da “verdade”, “do método”²¹⁰

²¹⁰ Note-se que a contraposição aqui destacada aponta para a forma como o método é aplicado, vez que Gadamer não rechaça totalmente a ciência e com ela o método. Nas palavras dele, declaradas no Posfácio referente à 3ª edição do *Verdade e Método* de 1972, in GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. p. 308, “Foi certamente um grande mal-entendido querer acusar o lema “verdade e método” de estar ignorando o rigor metodológico da ciência moderna. O que dá validade à hermenêutica é algo bem diferente, e isso não tem nenhuma tensão com o *ethos* rigoroso da ciência.(...) Além do mais, a reflexão hermenêutica que se levou a cabo em

e do “procedimento”, no âmbito do processo interpretativo. Antes, porém, é necessário que se faça, ainda que sucintamente, a distinção entre método e procedimento. Neste ponto, traz-se o posicionamento de Rafael Tomaz de Oliveira²¹¹, que ao fazer esta diferenciação, afirma que “enquanto pela idéia de *método* tradicionalmente desenvolvida, estava também implicada uma pretensão de certeza e verdade ao final de sua correta aplicação; quando falamos de *procedimento* temos que o *conteúdo* da decisão tomada conforme o procedimento é, em princípio, irrelevante.” Há, pois, neste último caso uma legitimação pelo procedimento. Assim, a discussão que se põe é em que e como se distancia a interpretação resultante da compreensão integral e coerente do Direito (e daí parte a fundamentação), do mero cumprimento de um método, ou mesmo da leitura interpretativa que se perfaz através do cumprimento de determinados passos procedimentais (para quem o problema da justificação passa a ser um problema de validade)?

Ante tal perspectiva é que se inicia a análise, mesmo que limitada ao essencial, para alcançar o objetivo proposto neste Relatório, do conceito de verdade proposto por Gadamer²¹², em sua obra *Verdade e Método*, na medida em que ele afirma que

O fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido não são apenas um problema específico da teoria dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Desde os tempos mais antigos, sempre houve uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tanto teórico-científico, mas correspondia e servia muito mais ao procedimento prático do juiz ou do sacerdote instruídos pela ciência. Por isso, desde a sua origem histórica, o problema da hermenêutica ultrapassa os limites que lhe são impostos pelo

Verdade e Método pode ser tudo, menos um simples jogo de conceitos. (...) Se quisermos caracterizar o lugar do meu trabalho dentro da filosofia de nosso século, devemos partir diretamente do fato de que tentei oferecer uma contribuição mediadora entre a filosofia e as ciências (...). Numa época em que a ciência penetra sempre mais decisivamente na práxis social, esta mesma ciência só poderá exercer adequadamente sua função social quando não ocultar seus próprios limites e as condições de seu espaço de liberdade. É justamente isso que a filosofia deve esclarecer a uma geração que a credita na ciência até os extremos da idolatria.”

²¹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. p. 208-209.

²¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 29.

conceito metodológico da ciência moderna. Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo.

Com a hermenêutica filosófica operada por Gadamer, a busca da verdade acontece sem que se fique sob o estreito controle de uma metodologia científica (que se pretende universal), na medida em que o pensar não se limita ao matemático, mas se dá envolto na compreensão de todo um contexto jurídico que terá ao fim o objetivo de alcançar uma interpretação equilibrada e justa (correta). É, portanto, uma experiência humana.

Ainda, na análise do conceito de “verdade”, Gadamer²¹³ inicia abordando a questão da compreensão e destacando que tal não se faz por meio de um método. Não há, pois, sob este enfoque, a possibilidade da hermenêutica ser compreendida como uma instrumentalidade passiva capaz de tornar compreensível o objeto de estudo. Mais que isso, por ela é possível revelar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que se avalia. Isso porque, para ele o conceito de verdade pode ser obtido (reconhecido) através da hermenêutica que se fundamenta e deve ser vista levando em conta a “linguagem”, a “pertença do intérprete à tradição histórica”, os “preconceitos”, a “fusão de horizontes” e o “circulo hermenêutico”, aspectos que serão, de forma breve, abordados a seguir.

A “linguagem”, de acordo com Gadamer é um dos aspectos estruturais mais importantes, relacionados à compreensão. A linguagem é reveladora, pois traz com ela as perspectivas do interlocutor e do seu mundo, na medida em que “a conversação tem seu próprio espírito e a linguagem que empregamos ali carrega em si sua própria verdade, ou seja, “desvela” e deixa surgir algo que é a partir de então.”²¹⁴ A linguagem se põe como meio de compreensão.

²¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. p. 57.

²¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 497.

No campo da hermenêutica, em que está em jogo a compreensão de textos, Gadamer faz uma análise a partir da tradução de um texto em língua estrangeira, apontando que a tradução, por mais fiel que seja sempre resulta em interpretação, na medida em que implica numa reiluminação do texto, a qual é uma responsabilidade assumida pelo tradutor, num verdadeiro comprometimento com o texto e a sua tradução. Neste sentido é que ele afirma que “a situação do tradutor e do intérprete no fundo são a mesma coisa.”²¹⁵

Assim, “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação.”²¹⁶ Neste aspecto é que Gadamer afirma que no mundo tudo é texto e este é uma estrutura criada e compreendida pela linguagem.

Como pertença do intérprete à tradição histórica, Gadamer aponta o caso de que o intérprete do fato ou o texto ou objeto que ele irá interpretar são oriundos do mesmo mundo ao qual ambos pertencem e, essa pertença deve ser reconhecida. É neste sentido que Stein²¹⁷ assevera que

É assim que a filosofia de Gadamer encontra na força civilizatória da tradição a autoridade de uma razão diluída do ponto de vista da história efetiva. Gadamer, portanto, não traz de volta a metafísica nem mesmo uma ontologia salvadora; o que lhe importa é mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na auto-compreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Na definição dos preconceitos, o autor sustenta que toda compreensão da realidade de si mesmo se dá segundo um projeto prévio, resultante da sua história (opiniões prévias de conteúdo) ou da linguagem. Ele afirma, por outro lado, que as opiniões prévias não podem ser motivo para que se imponha arbitrariamente ao texto. É preciso, pois, ouvir também o que diz o texto,

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 501.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 503.

²¹⁷ STEIN, Ernildo. **A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica**. p.1. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br>, acesso em 28/09/2009.

confrontando-o com as opiniões do intérprete. Não há arbitrariedade e nem tampouco neutralidade, mas uma receptividade recíproca.

E mais, na hermenêutica,

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consciente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele lhe diga alguma coisa.²¹⁸

Segundo ele, “se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos.”²¹⁹ Assim, não é necessário negar os preconceitos, que desde sempre estão presentes no homem, mas reconhecer que há preconceitos que podem ser considerados legítimos, porquanto pertencentes a um contexto histórico legítimo. Não obstante, os preconceitos falsos (que não refletem esta historicidade verdadeira) devem ser descartados para permitir um acesso objetivo ao texto, isto é, a confrontação da história do texto com a própria tradição do intérprete. Nesse sentido, cada vez que um texto é compreendido, a pré-compreensão do intérprete se modificará.

Por outro lado, toda a herança de conhecimento se dá na perspectiva do horizonte, que é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado com o presente²²⁰.

A “fusão de horizontes” foi concebida por Gadamer como uma forma de explicar que a compreensão não é resultado, apenas, do reconhecimento dos conceitos prévios (a pré-compreensão), mas de um momento atual em que se evidencia que sujeito e objeto vem de um mesmo mundo e que

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 358.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 368.

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 400.

neste contexto, ambos se (re)encontram fundindo suas perspectivas. Há, então, o estabelecimento de um diálogo hermenêutico.

Não há, na relação entre sujeito e objeto, o colocar-se um no lugar do outro, pois cada um traz seus condicionantes que lhe individualizam, porém não ao ponto de torná-los inalcançáveis, mas, ao contrário, são passíveis de aproximação pela compreensão, que tem como papel preencher este espaço, fundindo os horizontes. Na conceituação do autor:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e da sua relação consigo mesmos e com as suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.²²¹

Tudo, porém, deve se dar no âmbito do “círculo hermenêutico”, na medida em o intérprete consciencioso de seus preconceitos resultantes da tradição histórica, bem como do reconhecimento da dinâmica entre sujeito e objeto (que não se encontram em mundos separados), realiza a interpretação (a compreensão de um texto) da parte tendo em conta o todo e do todo à parte, numa relação de circularidade,

Recordamos aqui a regra hermenêutica, segundo a qual tem-se de compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transferiu da arte de falar para a arte de compreender. Aqui como lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega à

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p.404.

uma compreensão explícita através do fato de que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo.²²²

Por fim, importa ainda destacar que para Gadamer a aplicação não é um terceiro momento em que primeiro se interpreta em seguida se compreende e, por fim, se aplica. Ao contrário, são etapas que se movimentam conjuntamente, na medida em que a interpretação é forma de explicitar a compreensão a qual resulta não como ato posterior, mas tem como parte de si mesmo a aplicação²²³. “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação.”²²⁴

Por tudo que foi dito até então, fica evidente que a questão do método (forma) a ser utilizado para alcançar esta compreensão interpretativa, não significa uma releitura do procedimento mecânico prévio que procura estruturar um conhecimento, pois através da base hermenêutica de Gadamer o problema da interpretação transcende a questão metodológica²²⁵, e se põe como um problema filosófico, porquanto a interpretação não é concebida como uma forma de alcançar conhecimento, mas como um modo de ser. Neste aspecto o próprio Gadamer observa que

Em verdade, a palavra “método” soa muito bem em grego. Todavia, enquanto uma palavra estrangeira moderna, ela designa algo diverso, a saber, um instrumento para todo conhecimento, tal como Descartes a denominou em seu *Discurso do método*. Enquanto um termo grego, a palavra tem em vista a multiplicidade, com a qual se penetra em uma região de objetos, por exemplo, enquanto matemático, enquanto mestre de obras ou alguém que filosofa sobre ética.²²⁶

²²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p.436.

²²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p.446.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p.432.

²²⁵ Nas palavras de Gadamer, em **Verdade e Método I**, p. 23: “Foi por isso que mantive o conceito de “hermenêutica” empregado pelo jovem Heidegger, mas não com o sentido de uma doutrina de método. Mas como uma experiência real, que é o pensamento.”

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em perspectiva: a virada hermenêutica**. Marco Antônio Casanova. trad. 2. ed. v. 2, Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 164.

Ainda, relativamente ao método, a dificuldade em transportá-lo sem o devido cuidado (vale dizer, com as características de procedimento mecânico) para o campo da interpretação é que, nas palavras de Gacki, em certo aspecto pode-se afirmar “que a ciência ergueu um muro entre o sujeito e o objeto, sentenciando uma total desintegração entre o investigador e o objeto investigado”²²⁷, situação que justamente se procura evitar, pois, conforme já salientado, a separação destrói a compreensão, e imprescindível é o reconhecer do intérprete como parte do processo interpretativo.

Como bem adverte Moraes da Rosa,²²⁸ não há como se obter um método que seja universal, de forma que “manipula-se (este é o termo) o método, conforme as necessidades prévias do sentido, a saber: os métodos servem de argumento manifesto do processo de compreensão latente, existente desde sempre e rejeitado por uma tradição inautêntica do Direito.”

No âmbito da Proporcionalidade, sobretudo no formato proposto por Alexy (como máxima de ponderação) – mesmo que se diga não ser um método nos termos acima apontados, trata-se de um procedimento, porquanto a justificação da fundamentação da decisão tomada sob a observação dos passos prescritos pelo procedimento resulta em uma desoneração quanto à imposição de justificação no conteúdo. E nesta justificação pelo procedimento, muitos problemas podem ser identificados. Isso porque, a despeito de todo o esforço empreendido por Alexy para demonstrar que se trata de uma forma racional de estabelecimento de critérios que servirão de base à ponderação, a Proporcionalidade somente será invocada quando se estiver diante de um “caso difícil” – uma colisão entre princípios - momento em que o intérprete terá como função primordial a escolha dentre os princípios colidentes, qual deles irá

²²⁷ GACKI, Sérgio Ricardo da Silva. **Perspectiva do Diálogo em Gadamer: a questão do método**. Instituto Humanitas Unisinos, n.º16, 2006, p. 9. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em 27 de setembro de 2009.

²²⁸ MORAES da ROSA, Alexandre. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck, *In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1):1-8, p. 5. Disponível em <http://www.rechtd.unisinos.br>, acesso em 27 de setembro de 2009.

preponderar. É justamente nesta escolha que a possibilidade de um retorno à discricionariedade aparece, pois, e tomando aqui a contribuição de Streck²²⁹

se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio (ou a regra) aplicável, a pergunta que cabe é: *qual é a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação?* Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero.

Há, então, a possibilidade de um retorno, mesmo que com nova roupagem, ao velho problema da delegação ao intérprete, que decidirá na “zona de incerteza”²³⁰, qual é o direito a ser aplicado. Tal se dá pela fragilidade que é inerente ao método/procedimento, pois frente à incapacidade de retirar do processo interpretativo toda e qualquer incursão subjetiva (vez que não há como impor métodos para a utilização do método), (re)cai no obstáculo que procurava transpor.

No dizer de Rafael Tomaz de Oliveira²³¹, a ponderação moldada por Alexy, em alguns aspectos, se aproxima do positivismo no sentido em que, os “casos fáceis” são resolvidos na forma subsunção, num processo de justificação interna do próprio sistema jurídico (em que a aplicação das regras se dará por meio dos tradicionais métodos de interpretação). Ou seja, são casos que não demandam a utilização de uma prática discursiva, como acontece nos casos de justificação externa em que os princípios entram em colisão e exigem do intérprete a aplicação da ponderação. Segundo o autor, esta distinção entre justificação interna e justificação externa em muito se assemelha àquela feita por Hart de “*hard cases*” e “*easy cases*”, ressaltando-se, contudo, que Alexy, por meio do procedimento racional de ponderação, não admite a discricionariedade judicial, como fazia Hart. Nas palavras do autor:

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. p.183.

²³⁰ O “termo zona de incerteza” está empregado em referência àquelas situações em que há ausência de uma regra/déficit de previsões.

²³¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. p. 184.

Alexy cria, na sua intenção em tornar “racional” o discurso prático, uma espécie de “elemento camaleônico” que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseado em valores se dá por um meio matemático de fundamentação que é a ponderação. No fundo o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação.²³²

Pode-se dizer, com Cattoni²³³ que este retorno, representado pela ponderação, à discricionariedade positivista, ocorre pela necessidade de se optar, quando da otimização de um princípio, por um ou outro valor que supostamente faria parte de uma ordem concreta de valores socialmente aceitos, o que leva a uma decisão baseada em proposições axiológicas, que em última análise são representantes dos valores do próprio julgador.

Sobre este pretenso “consenso social” que daria base à escolha feita no momento que a ponderação, de qual princípio deverá prevalecer, Maria Luiza Streck faz uma análise precisa ao afirmar que “isso é admitir discricionariedades, e o nosso direito, entendido a partir do debate de Dworkin - Hart, deve procurar superar a tese de que, nos casos difíceis, o juiz está autorizado a fazer a escolha da melhor resposta.”²³⁴

Neste passo Streck é enfático ao afirmar que:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) - reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denominou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma

²³² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. p. 184.

²³³ CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, Política e Filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 116.

²³⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85.

representacional. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ram) da teoria da argumentação de Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da “delegação” em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa “escolha” subjetiva. **Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica**, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se da antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas). (sem grifo no original).²³⁵

Assim, a Proporcionalidade, que é usada por Alexy como regra (procedimento) de ponderação, pode tomar novos contornos se empregada, não mais como esse balizador que leva inexoravelmente ao decisionismo, mas como elemento de fechamento interpretativo. Com Streck pode-se dizer que “por isso, a proporcionalidade *não* será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”²³⁶.

Há, então, uma clara diferenciação do sentido que tem a argumentação. Por outro lado, é certo que a Proporcionalidade não poderá seguir, apenas, o caminho esboçado por Aristóteles. Porém, também é certo que a busca de uma decisão coerente e harmônica com o conteúdo constitucional resultará no equilíbrio e justiça²³⁷ traçados originalmente pelo filósofo grego e, é justamente com este traçado que a Proporcionalidade pode ser retomada no duplo aspecto da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente pois,

uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos constitucionais a ela impostos pelos princípios constitucionais:

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. p.180.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. p.187 e 188.

²³⁷ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio, *In Direito constitucional*: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. 2007. p. 40-46, faz ligação entre Proporcionalidade e a noção de justiça ao traçar a relação entre esta e a Razoabilidade, distinguindo-as, tanto na sua origem, quanto no conceito, mas admitindo a relação entre ambos, na medida em que estão ligados à busca de uma solução justa.

vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos²³⁸.

Por ocasião das decisões que envolvam situações de confronto entre direitos fundamentais, o julgador terá que ponderar (no sentido de refletir) acerca do “todo” que envolve este caso, numa clara identificação de preconceitos legítimos (conformados com a história constitucional). Aqui é que poderá ser utilizada a Proporcionalidade, vez que através dela se estabelecerá a exigência de coerência com a Constituição.

Até porque, quem (qual método/qual regra) poderá garantir a racionalidade da regra de ponderação? Com que critério se fará a escolha do princípio/direito que irá prevalecer? Sem que se deixe de reconhecer o esforço lógico empreendido e explicitado por Alexy na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, não há como fugir de uma certa discricionariedade no uso da Proporcionalidade por ele proposta, na medida em que o simples seguir os passos da ponderação/proporcionalidade em sentido estrito não garante a interpretação correta do caso, vez que

Enquanto tentativa de elaboração de um discurso crítico ao normativismo, a metodologia limita-se a procurar traçar as “regras” para uma “melhor” compreensão dos juristas (v.g autores como Coing, Canaris e Perelman), sem que se dê conta daquilo que é o *calcanhar de Aquiles* da própria metodologia (que tem um cunho normativo): a absoluta impossibilidade da existência de uma regra que estabeleça o uso dessas regras, portanto, a impossibilidade da existência de um *Grundmethode*. Daí o contraponto hermenêutico: *o problema da interpretação não é epistemológico, tampouco metodológico ou procedimental; é, antes, fenomenológico; e, mais do que tudo, existencialidade*.²³⁹

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2007, p. 49.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)**: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p. 245.

Assim, é de se perquirir se a ponderação e com ela a Proporcionalidade - na sua concepção como elemento de sopesamento formulada por Robert Alexy - resultam na conclusão de que a interpretação somente se faz necessária quando se está diante de um caso difícil? No mais, de nada serviria o exercício da hermenêutica, vez que a subsunção bastaria. Parece que a resposta a esta questão deve ser negativa, pois em qualquer caso (fácil ou difícil na medida em que tal distinção pode ser completamente obliterada pela compreensão) é imperioso que se exercite a interpretação, justamente pela (pré)compreensão. Isto porque compreender é atribuir sentidos e não impor sentidos e, assim, é possível ultrapassar qualquer método ou procedimento.

Essa compreensão antecipada e legítima do todo é que dá a possibilidade para que se estabeleça a leitura interpretativa acerca de um fato, um ordenamento, tudo vinculado inexoravelmente à Constituição e na acepção que o intérprete deu a ela. E aí entram os princípios²⁴⁰ e também a Proporcionalidade: como forma de imprimir coerência e integridade a esta interpretação ou, seja, como condição de possibilidade para o respeito aos Direitos Fundamentais.

²⁴⁰ Este novo papel dado aos princípios é destacado por STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e Discricionariedade Judicial em Tempos Pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição do Brasil. In O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito.* (coord.) Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p.95, quando coloca que: “Os princípios passam a ter a função antitética aos velhos princípios gerais do direito: enquanto estes tinham a função de assegurar/incrementar o exercício da discricionariedade interpretativo-judicial, aqueles vem para “fechar” as “possibilidades advindas da abertura semântica dos textos”, a partir da introdução do mundo prático no direito. Assim, se tanto o positivismo (em suas variada as faces) como o pós-positivismo aposta(va)m nos princípios, essa aposta acontece em pólos postos, isto é, de um lado, reforçando a delegação em favor das posturas solipsistas, e, de outro, institucionalizando um (providencial) grau de autonomia para o direito, agora preocupado com o “mundo da vida”. Com efeito, se o constitucionalismo compromissório e diretivo altera substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios demandam uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se “desvencilhar” do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn*, que, no plano da hermenêutica filosófica, pode ser chamado de *ontologische Wendung* - giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista e subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão. Destarte, esse *déficit* de realidade e produzido pelas posturas epistemo-metodológicas - ainda presas ao esquema sujeito-objeto - será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade, bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger.”

3.2 PROPORCIONALIDADE E DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA APROXIMAÇÃO

A Proporcionalidade pode ser entendida como metáfora²⁴¹, no sentido de que ela é uma forma de revelar que a interpretação não pode ser realizada isoladamente, como que fruto de uma única mente pensante, mas deve, sempre, emergir como resultado de uma reconstrução integral do Direito, com vistas a evitar decisões discricionárias. Mas o que vem a ser a integridade, na acepção de orientadora de toda e qualquer decisão (em todos os planos, no campo jurídico), que tenha em conta os Direitos Fundamentais? A partir deste questionamento é que se situa o exame acerca da integridade proposta por Dworkin e que se traz, nesta etapa do presente Relatório, uma aproximação adaptada entre a Proporcionalidade e as metáforas por ele apresentadas para a construção da tese do “Direito como integridade”.

Dworkin trabalha a integridade a partir do sistema jurídico norte-americano, apontando, inicialmente e através de diversos exemplos, a ausência de integridade nas chamadas “conciliações internas” que resultam em leis, nas quais ele destaca uma incoerência de princípios, pois nestes casos o “Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte de seus atos, mas deve rejeitá-los para justificar o restante.” Há uma espécie de corrupção interna em que o Estado compromete os seus próprios princípios.

Segundo o autor, a integridade é violada quando uma comunidade “estabelece e aplica direitos diferentes, cada um dos quais coerentes em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em um conjunto como expressão de uma série de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido

²⁴¹ O conceito operacional de metáfora foi trabalhado por ECO, Humberto in **Os limites da interpretação**. Pérola de Carvalho. Trad. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 116 e ss, da seguinte forma: “A metáfora não institui uma relação de comparação entre os referentes, e sim de identidade sêmica entre os conteúdos das expressões, e só de modo mediato pode referir-se ao modo pelo qual consideramos os referentes. As tentativas de aplicar à metáfora uma lógica formal dos valores de verdade não explicam seu mecanismo semiótico”. Ressalte-se que nesta mesma obra é possível encontrar um estudo aprofundado da utilização das metáforas.

processo legal”²⁴². Assim, para ele, a integridade deve ser vista a partir de dois princípios: o legislativo e o jurisdicional. O primeiro estabelece a exigência de que os legisladores ofereçam um ordenamento legal moralmente coerente e o segundo impõe que este mesmo ordenamento seja interpretado de forma coerente e uniforme.

Neste sentido é que Casalmiglia afirma que na concepção formulada por Dworkin, “a virtude da integridade exige, portanto, que as leis não sejam fruto de um compromisso de concepções de justiça subjetivas e contraditórias, mas sim que respondam a uma concepção coerente da justiça pública”²⁴³, de forma que a própria construção do Direito deve se dar sob este enfoque. No que diz à construção do Direito, Casalmiglia, esclarece que o entendimento de Dworkin não resulta numa atividade estática, mas reconhece a dinamicidade histórica desta construção, na medida em que “o direito como integridade é um enfoque que permite ao cidadão uma atitude ativa frente ao direito” que nem de longe pode ser considerado um produto acabado.²⁴⁴

Com efeito, nesta compreensão de Direito como resultante de um entendimento compartilhado e coerente do que seja justo é que Dworkin afirma que a integridade “protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial.”²⁴⁵ Para desenvolver a idéia de integridade do Direito, Dworkin se utiliza da metáfora do “romance em cadeia” e do “juiz Hércules”, ambas já mencionadas neste trabalho e, que serão neste ponto, apenas lembradas com a finalidade de firmar a ligação entre a integridade e a Proporcionalidade.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 224.

²⁴³ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 12. Alicante, 1992, p. 167: “La virtud de la integridad exige, por tanto, que las leyes no sean el fruto de um compromiso entre concepciones de justicia subjetivas contradictorias, sino que respondan a uma concepción coherente de la justicia pública.” No corpo deste trabalho foi feita uma tradução livre.

²⁴⁴ CASALMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad em Dworkin**. p. 168: “El derecho como integridad es um enfoque que permite al ciudadano uma actitud activa frente al derecho.” No corpo deste trabalho foi feita uma tradução livre.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 228.

Pela primeira metáfora, o juiz deve ser, na interpretação do Direito, ao mesmo tempo, crítico e autor, pois teria como tarefa analisar as decisões tomadas anteriormente, numa perspectiva crítica e, escrever a sua própria construção, mas sempre em uma continuidade lógica, que resultaria no respeito a um conjunto coerente de normas. Isso porque

o direito como integridade é um enfoque que exige justificar mediante razões o abandono de princípios anteriores. A integridade não tolera a irracionalidade. As normas que compõe um ordenamento jurídico estão sustentadas em um conjunto de princípios justificadores. O elemento fundamental do direito não é a norma, mas sim o princípio justificador. A fidelidade à lei é uma fidelidade ao conjunto de princípios que identificam esta comunidade.²⁴⁶

Nesta leitura da lei através da figura do Juiz Hércules, Dworkin²⁴⁷ descreve como o Direito como integridade opera, nos casos controversos. Ele imagina que este magistrado, que tem capacidades sobre-humanas, selecionará as hipóteses interpretativas a partir do filtro da integridade, ou seja, neste aspecto

os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e repositório complexo.²⁴⁸

Dworkin afirma ainda, que as reflexões feitas pelo juiz quando da sua decisão não podem, de forma alguma, tornar-se imutáveis ou caracterizar um método a ser cegamente seguido. Ao contrário, “é possível que

²⁴⁶ CASALMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad em Dworkin**. p. 171: “El derecho como integridad es un *enfoque* que exige justificar mediante razones el abandono de principios anteriores. La integridad no tolera la irracionalidad. Las normas que componen um ordenamiento jurídico están sostenidas em um conjunto de principios justificadores. El elemento fundamental del derecho no es la norma sino el principio justificador. La fidelidad a la ley es una fidelidad al conjunto de principios que identifican la comunidad.” No corpo deste trabalho foi feita uma tradução livre.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 275-304.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 305.

um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade”²⁴⁹ e, assim, deve estar aberto a novas análises em cada caso que lhe é apresentado, num movimento de ponderação reflexiva responsável (e de interpretação construtiva) como se requer daquele que trata de direitos alheios. É claro que no uso destas metáforas, conforme já apontado, deve ser feita a devida contextualização, sobretudo porque não se trata de uma mera reprodução de idéias (até porque criada para um sistema jurídico próprio, conforme já explicitado), mas sim de fonte de inspiração, na qual se faz a transposição para o direito brasileiro, que tem como elemento vinculativo, a Constituição.

No exercício da judicatura, o papel do magistrado é cercado de exigência de coerência e, tal reivindicação se faz justamente pelas possibilidades que esta tarefa encerra, pois, como bem ressalta Grau:

Na tarefa de concretização da Constituição, o Judiciário há de aplicar-se a prover a força normativa da Constituição e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto.²⁵⁰

E o mesmo autor complementa:

Ao interpretar/aplicar o direito – porque aí não há dois momentos distintos, uma só operação – ao praticar essa única operação, isto é, ao interpretar/aplicar o direito, o Judiciário não se exercita no mundo das abstrações, porém trabalha com a materialidade mais substancial da realidade. Decide não sobre teses, teoria ou doutrinas, mas a respeito de situações do mundo da vida. Não cumpre seu ofício visando à prestar contas a MONTESQUIEU ou a Kelsen, porém para vivificar o ordenamento, todo ele. Por isso o toma na sua totalidade. Não procede como mero leitor de seus

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 308.

²⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Futuro do Direito**. In **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p 603.

textos – para o que bastaria a alfabetização – mas produzindo normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.²⁵¹

A exigência de integridade, como já mencionado, se estende, também, à produção legislativa, na medida em que ela deve resultar de prognose, a qual leva em conta ordenamento como um todo e, acima de tudo, deve ser elaborada sob a ótica constitucional. É a partir desta reflexão que se traz à análise, como forma de exemplificação, um ato legislativo - Lei nº 12.015/09 - objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 4301 – 3/600²⁵²), pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, na qual é argüida a inconstitucionalidade da previsão de ação penal pública condicionada à representação, nos casos de estupro com resultado de lesão corporal grave e morte, sob o argumento que a condição de procedibilidade prevista na nova redação dada ao dispositivo legal fere o “Princípio da proibição de deficiente”²⁵³. A ação trata da reforma realizada na descrição da condição de procedibilidade referente ao delito de estupro, que tenha como resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, para qual o legislador determinou que a ação penal que lhe dará processamento é condicionada à representação do ofendido. A alteração promovida pela Lei nº 12.015/09 no Título VI, do Código Penal, alcançou ainda a Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos – e, a Lei nº 8.069 – Estatuto da Criança e do

²⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **O Futuro do Direito**. p 605.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI n.º 4301 – 3/600. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da república. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de novembro de 2009.

²⁵³ O exemplo neste ponto colacionado tem como objetivo a análise da necessidade de coerência e integridade na produção legislativa. Não será objeto de discussão, não obstante a argumentação expendida na ADIn de que houve quebra do “Princípio da Proibição de Proteção Deficiente”, se a segurança (no campo penal) é, ou não, um Direito Fundamental, posto que o tema ultrapassa os limites da proposta deste Relatório de Pesquisa. Este assunto tem sido debatido no Brasil, dentre outros, por SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005, Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal – a necessária e permanente busca da superação dos “Fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em: www.esmesc.com.br; STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n.2: Porto Alegre, 2004.

Adolescente, com vistas a estabelecer um novo tratamento aos crimes, agora denominados, conta a dignidade sexual. Dentre outras providências, determinou a junção dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, sob a mesma descrição típica e aliando a esta, as formas qualificadas, resultando na seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O dispositivo que determina o tipo de ação penal, assim ficou descrito:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Assim, ante tais inovações, a *persecutio criminis*, tanto no caso de estupro na sua modalidade fundamental, como na forma qualificada, será, de acordo com o art. 225, *caput*, mediante ação penal condicionada à representação. A possibilidade de ação pública incondicionada fica restrita à hipótese em que o estupro é praticado contra vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, conforme previsão do parágrafo único do mesmo artigo.

A argumentação de base explanada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, aqui analisada, em resumo, acusa o legislador ter operado, ao fazer previsão de que a ação penal a se intentada neste tipo de delito é condicionada à representação da vítima ou do seu representante legal, em proteção deficiente, uma vez que, segundo o autor da referida ação, a imposição

de tal condição de procedibilidade ao invés de beneficiar a vítima, privilegiaria o autor do crime, quando em sede de um delito de gravidade e reprovabilidade reconhecida, deixa de oferecer a proteção necessária aos bens jurídicos vida e saúde, bem como à dignidade humana.

Porém, não obstante a fundamentação calcada em questões de segurança no âmbito penal (pela proteção insuficiente) e expostas pelo autor da ação, o que se observa na Lei nº 12.015/09 é uma clara quebra da coerência e da integridade que deve permear a produção legislativa, situação que está diametralmente oposta aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

A determinação - como condição de procedibilidade para o crime de estupro qualificado - retrata uma incoerência flagrante no tratamento dado aos diferentes delitos e bens jurídicos protegidos, sem qualquer justificativa, e aqui, citando apenas como forma de exemplo, o fato de que o delito de lesão corporal de natureza grave, previsto no art. 129, § 1º e 2º, do Código Penal, e o crime de homicídio, descrito no art. 121, do Código Penal, se procedem mediante ação penal pública incondicionada, enquanto que o delito de estupro que tem como resultado a lesão corporal de natureza grave ou morte previsto no art. 213, §1º e 2º, do Código Penal – conforme modificação operada pela Lei n.º 12.015/09 – se procede mediante ação penal pública condicionada à representação. Tem-se, então, que dois delitos tutelam os mesmos bens jurídicos (vida e integridade física), sendo que ao último se inclui, ainda, a dignidade sexual, recebem tratamento diferenciado no que diz à admissibilidade.

É por isso, que uma das exigências para o campo do Direito que se retira do Estado Democrático é que seja observado, em qualquer que seja o plano de atuação, a coerência e integridade e, aqui se retoma a concepção de Dworkin já discutida anteriormente, de que a integridade política se perfaz em dois princípios, quais sejam: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio

jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente neste sentido.”²⁵⁴

É neste sentido, pois, que Dworkin critica as - por ele denominadas - “conciliações internas” das quais resultam leis que violam a integridade e a coerência, porquanto não trazem em seu conteúdo o equilíbrio e a justiça (na correta proporção). Para ele “as leis conciliatórias são as mais clamorosas violações do ideal de integridade (...)”²⁵⁵.

Não há dúvidas, deste modo, do importante papel a ser exercido pela Proporcionalidade, ou seja, de exigir que a produção legislativa – bem como a interpretação e aplicação de um dispositivo legal - não seja feita em descompasso com a Constituição, mas sim com respeito aos princípios que dela se retira, numa interpretação coerente e integrativa, tão necessárias para a proteção dos Direitos fundamentais, seja na sua face de proibição de excesso, seja pela proibição de proteção deficiente.

Deste modo, sob esta concepção de integridade é que se retorna à Proporcionalidade e ao seu papel de conferir coerência e integridade, que impõe o estabelecimento de sentidos conformados com a Constituição. Assim, a Proporcionalidade assume o encargo de servir de balizador interpretativo para assegurar a proibição de excesso e de proteção deficiente por parte do Estado, mormente no trato dos Direitos Fundamentais.

3.3 A PROPORCIONALIDADE E SUAS DUAS FACES: DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Conforme já destacado, a Proporcionalidade pode servir de elemento de integridade e coerência, nas decisões que envolvam colisões/confrontos entre Direitos Fundamentais, na medida em que ela se prestará a auxiliar na busca da concretização (pela limitação ou pela imposição de ação por parte do Estado) dos Direitos Fundamentais de garantia e dos direitos

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 212.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 223.

prestacionais. Antes, contudo, de ingressar nesta análise, é necessário que se faça uma breve referência ao contexto no qual a questão está inserida, por uma definição objetiva dos Direitos Fundamentais para então, retomar a dupla perspectiva da Proporcionalidade como proibição de excesso e de insuficiência.

3.3.1 Proporcionalidade e Direitos Fundamentais

3.3.1.1 Elementos iniciais para a caracterização dos Direitos Fundamentais

A importância do estabelecimento, proteção e implementação dos Direitos Fundamentais está expressa na Constituição da República de 1988, em seu art. 1º, quando se declarou um Estado Democrático, de onde se retira, claramente, que não se pode mais pensar qualquer que seja a área de conhecimento no âmbito do Direito, sem ter em conta estes direitos incorporados (embora na maioria das vezes não concretizados) na Carta Constitucional. Pode-se dizer, ainda que a situação topográfica dos Direitos Fundamentais, expressos em seguida ao preâmbulo e os princípios fundamentais, resultam da compreensão de que “os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, que também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.”²⁵⁶.

É certo, como bem esclarece Maria Luiza Streck²⁵⁷ que, a Constituição do Brasil de 1988 “proporcionou a inserção de um arcabouço principiológico, responsável por conferir, ao indivíduo e à sociedade, uma “blindagem” contra as arbitrariedades estatais, bem como garantias de efetivação dos direitos fundamentais.”

Tais direitos, embora blindados, estão longe de ter sua efetivação. Ao contrário, os Direitos Fundamentais enfrentam a insólita situação

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.66.

²⁵⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. p. 53.

de detentores de um *status* constitucional, acatado e defendido por muitos, como protagonistas da grande maioria dos discursos, mas que na prática estão relegados a um papel que, por vezes, sequer podem ser chamados de figurativos e, por isso se faz tão necessária a análise do papel do Estado diante da realidade teórica e prática dos Direitos Fundamentais.

Na mesma linha, Moraes da Rosa, ao debater a questão das decisões judiciais ante o estabelecimento dos Direitos Fundamentais e as demandas sociais, destaca a dificuldade de concretização dos Direitos Fundamentais, não obstante a sua prescrição constitucional. Para ele

A Constituição da República de 1988 instituiu um grande rol de Direitos Fundamentais cuja factibilização se mostrou e se mostra complicada, mormente após o levante neoliberal, com a paulatina retirada do Estado de funções essenciais, mormente numa sociedade à margem do capitalismo central. Relembre-se que, para o modelo neoliberal, o Estado deve ser mínimo no social e forte na repressão. É certo que a Constituição do Brasil de 1988 é uma Constituição Dirigente, na linha do que defende Canotilho, reiterada recentemente. Assim, as normas ditas programáticas são cogentes, a se realizar, pois, no plano da *praxis* forense. Mesmo assim, os discursos de normas programáticas e de não aplicabilidade ganharam contornos impressionantes diante do dilema de personalidade da magistratura pós-88. Por outras palavras, embora a mudança de uma ordem constitucional, no plano decisório, até recentemente, diante da rígida (e equivocada) compreensão Republicana de separação de poderes e vontade da maioria, pouca coisa havia mudado (Cattoni, 2000, p. 26). É verdade que o constituinte partiu da lógica da compensação ao elencar uma generosa declaração de Direitos Sociais e Fundamentais, cujo cumprimento era (e é) de difícil alcance, normalmente deixando para a legislação complementar – na maioria, não editada – a regulamentação das promessas enunciadas.²⁵⁸

Neste sentido é que a compreensão do que sejam os Direitos fundamentais e qual o alcance desta conceituação - numa (re)leitura

²⁵⁸ MORAES da ROSA, Alexandre. **O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck**, p. 3.

hermenêutico-constitucional - se torna imprescindível para que se estabeleça o papel a ser exercido pela Proporcionalidade, nos moldes propostos neste Relatório.

Sarlet oferece a seguinte conceituação de direitos fundamentais, afirmando que são:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possa lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).²⁵⁹

No que diz respeito ao caráter fundamental material, apontado no conceito acima, importa enfatizar, mais uma vez, que a ligação desta nota de fundamentalidade se dá com o conteúdo do direito e, não apenas, com a

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p.77. Ainda sobre a conceituação e terminologia dos Direitos fundamentais, vide, neste sentido, a lição de MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais, Tomo IV, 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 8, que afirma que os direitos fundamentais são “toda posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental” e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393. “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são direitos do homem, jurídico-insitucionalmente garantidos e limitados temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Sobre o mesmo assunto, GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais, *In Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*, (org.) Valle, Julianio Keller do e Marcellino, Julio César. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 190, NR nº3, aponta que ‘Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto à sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são as expressões corretas para serem utilizadas atualmente: *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*. Respalamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos o homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direitos fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado’.

sua inclusão aos textos constitucional, isso porque, no caso da atual Constituição brasileira, admite-se expressamente a existência de outros Direitos Fundamentais que não os integrantes do catálogo. Trata-se, pois, de um catálogo aberto. A fundamentalidade está relacionada, pois com o conteúdo do qual decorre o seu reconhecimento. Sobre a fundamentalidade formal, o seu reconhecimento ocorre pela inclusão ao texto constitucional escrito como direitos referenciais, porquanto se situam no ápice de todo o ordenamento, pelas limitações impostas no que tange à possibilidade de modificação destes direitos (cláusulas pétreas ou mesmo procedimento diferenciado para reforma), bem como pela característica de aplicabilidade direta e vinculativa.²⁶⁰

Ainda na tarefa de compreensão do que sejam os Direitos Fundamentais, sempre é recordada a evolução histórica e sucessiva de tais direitos, apresentada por Bobbio, para quem “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas.”²⁶¹ Na classificação oferecida por Bobbio,

os direitos de primeira geração, correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado (...); Nos direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.²⁶²

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p.75.

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho. trad. nova ed. 8. Reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 01. Título original: *L'età dei Diritti*.

²⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 5-6. Sob este mesmo aspecto da democracia é que RUIZ, Alicia. Futuro, democracia y discurso jurídico. In **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 383, aponta que: “La democracia ES la realización histórica de una forma de organización política cuyas notas más características han sido el estado de derecho, las garantías individuales, la soberanía popular, el derecho al disenso y la desobediencia.”

No Brasil, Bonavides²⁶³, acolhe a classificação proposta por Norberto Bobbio, e à semelhança dele, divide os Direitos Fundamentais em quatro dimensões²⁶⁴, de forma que na primeira dimensão estão os direitos relativos à liberdade do indivíduo. Constan do ordenamento constitucional como direitos civis e políticos. Assim, os direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Na segunda dimensão estão os direitos econômicos, culturais e sociais, e, ainda os direitos coletivos ou das coletividades, os quais resultam de uma concepção do indivíduo como ente social. Como direitos de terceira geração são apontados o direito ao desenvolvimento (com todos os seus desdobramentos), meio ambiente e na quarta dimensão estão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. O autor alerta que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Acerca da divisão dos Direitos Fundamentais em dimensões, Fábio Oliveira²⁶⁵ ressalta que tal classificação não exprime uma independência entre eles, mas que “as dimensões se somam obrigatoriamente para a compreensão fiel do que sejam os direitos fundamentais: há uma dependência intrínseca entre elas”, de forma que cada uma delas atua sobre a outra exigindo a integridade “ao todo” e concretização “pelo todo” constitucional.

²⁶³ BOVAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 562 a 572.

²⁶⁴ O uso do termo “dimensão” em substituição à “geração” se dá no sentido de que o vocábulo geração poderia sugerir uma sucessão cronológica que resultasse na substituição de dos direitos determinantes da geração anterior, por outros direitos. O próprio Paulo Bonavides, na obra acima referenciada à p.563, afirma que: “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.”

²⁶⁵ OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos Princípios – o Princípio Constitucional da Razoabilidade**. 2ª ed. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 67.

Por outro lado, na linha do que assevera Brandão²⁶⁶, os Direitos Fundamentais são fruto de uma conquista histórica e, justamente por conta desta característica, estão abertos às modificações provenientes da evolução (modificações de tempo, espaço e compreensão acerca da vida sob o aspecto individual e coletivo) da Sociedade e dos seus cidadãos. Porém o reconhecimento desta “abertura” em termos evolutivos, jamais pode ser interpretado como uma ordem de relativização, pela qual estariam autorizados, seja pela aplicação da ponderação ou não, a restrição ou mesmo a falta de efetividade, por parte do Estado, dos Direitos Fundamentais. Ao contrário, o aspecto histórico próprio destes direitos, exige, ainda mais, a busca da sua implementação e o cuidado extremo quando da análise de possível restrição. Essa é a visão de Bobbio ao que afirmar que

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades e contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²⁶⁷

Camargo, numa revisão da importância dos direitos fundamentais e do cuidado que deverá ter o intérprete quando da análise de uma situação que implique em qualquer restrição a estes direitos, (embora a autora trate tais direitos como otimizáveis, em clara referência ao posicionamento construído por de Alexy), adverte que

Desta forma, os direitos fundamentais, de alto teor valorativo, apresentam-se constitucionalmente sob a forma de “princípios”, como espécies normativas cujo grau de generalidade e abstração não é apenas maior, como demandam do intérprete o máximo do seu aproveitamento. Por isso, toda decisão levada a restringir um direito fundamental, ainda que em benefício de outro (ou mesmo sob interesse de outrem), deve estar suficientemente amparada num juízo de proporcionalidade. E, como orientação geral do

²⁶⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Futuro do Direito e Direito do Futuro: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. In **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 519.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 5.

Estado Democrático de Direito, os parâmetros capazes de construir tal juízo traduzem-se numa norma maior a ser denominada “princípio da proporcionalidade”.²⁶⁸

Em análise à questão da flexibilização dos Direitos Fundamentais, Brandão afirma que há na Constituição brasileira de 1988, Direitos Fundamentais que não podem, no momento histórico de sua existência, sofrer limitações. Como exemplo aponta o Direito Fundamental de não submissão à pena de morte em tempo de paz, à pena perpétua, à pena a trabalhos forçados, à pena de banimento ou a qualquer pena cruel, as quais, não podem nestas condições sofrer ponderações. Nas palavras do autor:

Em tempos de paz nem mesmo o princípio que contém o Direito Fundamental da segurança pode ser contraponto para a proporcionalidade da vedação da pena de morte. Para o Direito Fundamental de não ser submetido às penas acima referidas, a Constituição não previu nem autorizou qualquer limitação e, por isso, nem a lei infraconstitucional e nem qualquer proporcionalidade pode estabelecer limites.²⁶⁹

De acordo com o autor qualquer restrição aos Direitos Fundamentais deve estar prevista na própria Constituição, “por autorização da Constituição ou, quando possível e levando em conta os próprios limites constitucionais, a ponderação entre dois Direitos Fundamentais de mesma ordem.”²⁷⁰ Os Direitos Fundamentais, portanto, guardam uma acepção absoluta, de forma que a relativização é excepcional e, ainda, assim, nos limites definidos em lei, e neste ponto, é de ser ressaltado a obrigatoriedade de que a legislação seja produzida em observância à Constituição, ou seja de forma a integra e coerente. Para Ferraz Jr, nem mesmo a lei poderá operar restrição à Direito Fundamental, cabendo-lhe apenas a adequação diante de outro Direito Fundamental que deverá ser também respeitado. Segundo o autor,

²⁶⁸ CAMARGO, Margarida M. Lacombe. **O Princípio da Proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa**. p. 229.

²⁶⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Futuro do Direito e Direito do Futuro**: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. p. 525.

²⁷⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Futuro do Direito e Direito do Futuro**: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. p. 527.

Só um direito fundamental pode “restringir” um outro direito fundamental. Cabe à lei, assim, apenas disciplinar seu exercício para proteção da própria pessoa, quando algum outro valor igualmente pungente estiver envolvido ou, ainda, equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência. Ou seja, a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada. Note-se, por exemplo, que a Constituição brasileira veda taxativamente a prisão perpétua, posto que ela significaria não restrição, mas eliminação da liberdade (art. 5º, XLVII, *b*).²⁷¹

A par da discussão da possibilidade de opor restrição aos Direitos Fundamentais, insere-se a precisa observação de Sarlet de que a crise que afeta estes direitos

não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os “sem-terra” e os “com-terra”, os “sem-teto” e os “com-teto”, bem como os “com-saúde” e os “com-educação” e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como praticado em alguns pontos do EUA, tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos

²⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito constitucional:** liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. p. 195.

fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.²⁷²

Assim, é imprescindível o reconhecimento de que os Direitos Fundamentais não apenas não podem ser flexibilizados, mas, devem sim ser concretizados por parte do Estado pois,

não há a menor dúvida de que o Estado assume constitucionalmente uma série de compromisso com os Direitos Fundamentais conquistados historicamente pelos cidadãos, consagra-os em regras e princípios e eles são e devem ser cobrados do próprio Estado de forma que não sejam meros “programas” para atendimento quando bem entender. Os Direitos Fundamentais são previstos na Constituição para serem cumpridos, e a sua previsão constitucional é um instrumento importante de que dispõe a Sociedade Civil e os cidadãos para a implementação da promessa.²⁷³

Isso porque, como já evidenciado, a própria concepção de Estado Democrático de Direito não pode ser entendida sem a ligação inexorável à realização dos Direitos Fundamentais sociais e é justamente esta característica que faz com que o Estado Democrático de Direito se diferencie das formas de Estado que lhe antecederam e resulte em uma “síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade de resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos fundamentais.”²⁷⁴

Ademais, no contexto da implementação e manutenção deste Estado Democrático de Direito está inclusa a necessidade de que o Estado atue de modo eficiente, possibilitando a efetivação dos Direitos Fundamentais

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade:** o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005, p. 9. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 12 de setembro de 2009.

²⁷³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Futuro do Direito e Direito do Futuro:** Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. p. 528.

²⁷⁴ STRECK, Lenio. **La Jurisdicción Constitucional y las Possibilidades de Concretización de los Derechos Fundamentales-Sociales.** p. 7.

Sociais, pois e, se valendo aqui, da contribuição de Sarlet, quando afirma que a proteção da dignidade é um dever do Estado e da comunidade como um todo, num movimento contínuo de estabelecimento de garantias e exercício respeito recíproco. Segundo ele a dignidade da pessoa é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁷⁵

Importa, então, conferir ao art. 1º e 5º, da Constituição Brasileira de 1988, uma interpretação coerente e integradora, conforme as características da própria Proporcionalidade, como condição de possibilidade de dar concretude aos Direitos Fundamentais - pois “a força normativa da Constituição não pode ser esvaziada por lei ordinária ou por decisões judiciais. Por isso é preciso levar a sério o texto constitucional”.²⁷⁶

3.3.1.2 A proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

Assim, é certo o compromisso do Estado na realização dos Direitos Fundamentais, sob pena de se desconsiderar os seus fundamentos. Por outro lado, neste ponto do presente Relatório, necessário se faz ressaltar que, não obstante tenham sido apontadas as diversas dimensões dos Direitos Fundamentais, para que se alcancem os objetivos traçados para esta etapa, o enfoque ficará adstrito aos direitos de primeira e segunda dimensão.

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O Dever de Proteção do Estado (*schutzpflicht*)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes. p. 12.

Estas configurações dos Direitos Fundamentais guardam entre si elementos de aproximação²⁷⁷ e de afastamento, pois enquanto os direitos de defesa (primeira dimensão) têm natureza preponderantemente negativa, porquanto exigem que o Estado se abstenha de interferir na autonomia pessoal, os direitos prestacionais (de segunda dimensão) reclamam uma posição ativa do Estado, consistente em uma prestação de natureza fática (pela criação ou colocação à disposição daquilo que em que se materializará o direito social). A feição de aproximação entre os direitos de defesa e de prestação, na lição de Sarlet, se apresenta na verificação de que, como os direitos de defesa, também os direitos prestacionais possuem um caráter negativo, na medida em que a prestação que constitui seu objeto, não pode ser imposta ao titular do direito. A ele, é dado, portanto, a liberdade de fruição. Da mesma forma, pode ser identificado um traço positivo nos direitos de defesa, “como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa (...)”. Por fim, o autor acrescenta que o objetivo dos direitos sociais, como direitos a prestações, “consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou *status positivus socialis*.”²⁷⁸

Por isso, e conforme já evidenciado, é que se pode afirmar que a proteção que é exigida do Estado não se restringe apenas à limitação que se impõe a ele mesmo (o Estado) de não ultrapassar as fronteiras legitimadoras de suas ações, mas tem também, o dever de desenvolver comportamentos positivos destinados à concretização dos Direitos Fundamentais. Esta perspectiva dos Direitos Fundamentais é que, para Sarlet, pode ser chamada de “eficácia dirigente” em relação aos deveres estatais, de forma que “neste contexto é que se

²⁷⁷ Neste sentido é que CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. O processo histórico de ampliação da cidadania. In **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**, (org.) Valle, Juliano Keller do e Marcellino, Julio César. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 26, ao analisar o conceito de cidadania, aponta a ligação existente entre as diversas faces dos direitos do cidadão com o próprio conceito de Democracia, ao afirmar que: “No entanto, direitos civis e direitos políticos não garantem a democracia sem os direitos sociais, os quais possibilitam a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, uma velhice tranqüila.”

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p.283.

afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”²⁷⁹.

Tal postura é (e dever ser, na medida em que não se pode mais admitir uma leitura dos Direitos Fundamentais que impõe ao Estado, tão-somente, uma limitação de ação restritiva, mas também, imposição positiva²⁸⁰) reflexo do próprio Estado Democrático de Direito, que pelo reconhecimento dos direitos de prestação, estabelece para si o dever de efetivá-los.

Nesta linha, em análise dos Direitos Fundamentais e sua proteção é que Streck assevera:

Como se sabe, a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão **frente ao Estado**; a duas, **através do Estado** - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.²⁸¹

E essa exigência que recai sobre o legislador omissor é a mesma que ele suporta quando da interferência ilícita de um direito de liberdade, de forma que a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente se equiparam. É por isso que, no dizer de Canotilho, é preciso reconhecer que a

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005, p. 18. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 12 de setembro de 2009.

²⁸⁰ Neste sentido é que GARCIA, Marcos Leite, *in* **Efetividade dos Direitos Fundamentais**, p. 205, alerta que para a necessidade de se dar efetividade aos Direitos Fundamentais, sob pena de estabelecimento de uma realidade apenas simbólica. Nas palavras do autor: “Numa sociedade na qual a realidade social é desfavorável aos direitos fundamentais, seja por motivos de diferenças culturais, econômicas ou vícios na formação política e na estrutura social, ou ainda pela existência da dominação de uma elite dona do poder de fato e que não tem interesse na divulgação dos direitos fundamentais, uma vez que estes são inclusivos e igualitários, podemos ver que apesar de as pretensões morais justificadas ainda que positivadas como direitos fundamentais, e seguidas de suas respectivas garantias, não é possível assegurar um grau de efetividade de fato dos direitos fundamentais. Estaríamos diante de uma constitucionalização simbólica dos direitos fundamentais, de uma legislação simbólica ou de uma legislação-álibi.”

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. p. 20. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>, acesso em 02 de setembro de 2009.

problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza mais na fórmula: <<a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais>>; exige um complemento; <<a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais>>, no sentido de que o problema da violação de tais direitos está intrinsecamente relacionado com a ausência de prestação por inércia do legislador e que desta constatação é possível retirar um direito de “exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações ao cidadão.”²⁸²

Neste contexto de Estado e de Direitos fundamentais é que se insere a Proporcionalidade como fator vinculador, porquanto estabelece a necessária obrigação²⁸³ daquele em relação aos direitos prescritos na Constituição. Mas a Proporcionalidade não se presta, apenas, e mais uma vez se destaca, a impor ao Estado o respeito/proteção dos Direitos Fundamentais individuais, mas, reclama, também, que o Estado não seja omissor na concretização dos Direitos Prestacionais (direitos econômicos, sociais e culturais), pois “a omissão passa a ser tão violadora dos direitos fundamentais como os excessos”²⁸⁴. Assim, uma leitura constitucionalmente adequada da Proporcionalidade deverá ter em conta que se

no liberalismo, o patamar é o indivíduo e no Estado Social é o grupo, no Estado Democrático de Direito é o conjunto dos cidadãos envolvidos na transformação social, que implica até

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. p. 364.

²⁸³ Sobre a responsabilidade do Estado na concretização dos Direitos Fundamentais, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado Garantidor: claros-escuros de um conceito. **In O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito.** (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 574 e ss, faz uma interessante análise acerca do conceito de “Estado-garantidor”, descrevendo as incertezas conceituais decorrentes das mudanças mundiais e questionando se no âmbito das relações com o desenvolvimento da economia e regulação do mercado se, de fato, o “Estado é ponto de articulação correcto para dar arrimo político à idéia de garantia”, vez que “a liberação da economia e a regulação do mercado ultrapassam as competências e as capacidades de decisão do Estado e colocam novos desafios à capacidade de prestação de normas vinculativas do Estado.” O autor coloca a esta discussão como forma de buscar uma compreensão acerca da responsabilidade do Estado no cumprimento das garantias previstas na Constituição, no contexto de uma economia global, porquanto as pressões advindas deste momento mundial poderão deslocar a tarefa do Estado do patamar de materializador dos direitos para coordenador de direitos (ou de Estado subsidiário), situação esta que altera completamente a concepção de Estado constitucionalmente conformado.

²⁸⁴ FREITAS, Juarez. A melhor Interpretação Constitucional *versus* a Única Resposta Correta. **In Interpretação Constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 344.

mesmo, no limite, considerar inconstitucional determinadas omissões do legislador.²⁸⁵

Esta mudança da Proporcionalidade, como já assinalado, decorre de uma transformação do próprio Estado, na medida em que “a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*).”²⁸⁶

O princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas guardam conexão com as noções de necessidade e equilíbrio.²⁸⁷

Na esteira do que afirma Freitas, que reclama prudência no uso da Proporcionalidade, porquanto, conforme já discutido neste Relatório de Pesquisa, o uso da Proporcionalidade foi levado a extremos, ao ponto de, num desvirtuamento total do seu conceito, servir de fundamento para – no mesmo caso fático – conceder ou negar direitos. Por isso é que o autor alerta que:

Destacadamente, o princípio da proporcionalidade, vinculativo em relação a todos os atos do poder público (não apenas os discricionários), deve ser hierarquizado com o escopo de coibir abusos (carências ou excessos). Por isso, não faz sentido invocá-lo de maneira abusiva, pois inadmissível combater desproporcionalidade com outras. O princípio da proporcionalidade quer dizer, finalística e essencialmente isto: fazer concordar os valores e princípios, e, quando um tiver que preponderar sobre outro, cumpre salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, o princípio em

²⁸⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. p. 74.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. p.21.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005, p. 40. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 12 de setembro de 2009.

colisão. Mormente em sede constitucional, fácil constatar tensões deste jaez. A constituição, interpretada em meio às turbulências sociais e políticas, não terá, na sua tensão interna, um defeito, antes uma virtude, qual seja, a de incorporar as contradições que propulsionam o intérprete a encontrar soluções proporcionais e justas.²⁸⁸

O mesmo autor afirma, também, que

*os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separadamente, como se estivessem todos encartados no art. 5º da CF. De outra parte, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais de várias gerações, donde segue que, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente os direitos sociais, vedados os retrocessos.*²⁸⁹

Há, assim, como resgatar o valor da Proporcionalidade como forma de integridade²⁹⁰ das decisões, de modo que ela possa sair do espectro da “escolha discricionária” e passar ao campo da possibilidade de exigir coerência de toda e qualquer decisão no campo dos Direitos Fundamentais (seja quando limita o poder estatal para preservar a liberdade individual, seja quando lhe impõe comportamento positivo, no sentido de se colocar como protetor e concretizador dos Direitos Fundamentais).

No âmbito da proteção negativa (proibição de excesso) e da proteção positiva (proibição de proteção deficiente) o parâmetro foi estabelecido pela Constituição que determina que os Direitos Fundamentais devam ser protegidos frente ao Estado e através do Estado, porquanto prevê limitações ao poder estatal e, também, impõe a este, o desenvolvimento de ações prestacionais materializadoras dos direitos constitucionalmente prescritos.

²⁸⁸ FREITAS, Juarez. A melhor Interpretação Constitucional *versus* a Única Resposta Correta. In **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 330.

²⁸⁹ FREITAS, Juarez. **A melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta**. p. 339.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. p. 314, alerta que: “A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte forma: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.”

Esta tem a sido a interpretação dada por Sarlet, à Proporcionalidade, ao traçar um panorama acerca da obrigação do Estado de oferecer proteção suficiente. Sob este argumento ele afirma que

Neste contexto, constata-se o quanto é correta a afirmação de que a assim designada proibição de insuficiência (proibição de proteção insuficiente/deficiente) constitui, em termos gerais, uma adaptação da proporcionalidade à função prestacional (positiva) dos direitos fundamentais. Além disso, considerando que os direitos fundamentais em geral (e não apenas os direitos sociais) apresentam uma dupla função positiva e negativa, visto que implicam posições jurídico-subjetivas correspondentes, também há que ter sempre presente que a proibição de insuficiência não constitui categoria peculiar a apenas uma modalidade de direitos, mas incide tanto para os direitos civis, quanto para os assim chamados direitos sociais e políticos.²⁹¹

E o autor continua para estabelecer a estreita ligação entre a Proporcionalidade guarda com a exigência de que o Estado assuma o seu dever de materializar os Direitos Fundamentais:

A aplicação da proporcionalidade, inclusive na sua acepção mais controversa, que é a da proibição de insuficiência (proteção insuficiente!) constitui um importante instrumento para assegurar que a Justiça (como expressão da noção de equilíbrio e de justa medida, mas também como mecanismo compensatório) não seja apenas um valor abstratamente consagrado, mas concretizado nas relações entre o Estado e a sociedade.²⁹²

E Maria Luiza Streck complementa, buscando apoio nos princípios constitucionalmente previstos e que, por certo, vinculam a atividade de produção legislativa:

²⁹¹ SARLET. Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal – a necessária e permanente busca da superação dos “Fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em: www.esmesc.com.br acesso em: 15/10/2009. p. 61.

²⁹² SARLET. Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal – a necessária e permanente busca da superação dos “Fundamentalismos” hermenêuticos. p. 42.

Observe-se que a proporcionalidade está ligada a diversos princípios, especialmente aos do devido processo legal, o contraditório e a igualdade. Uma lei ou decisão deixa de ser proporcional quando viola esses princípios. E, ressalte-se: ou a violação se dá porque a lei (ou a decisão) foi além, ou porque ficou aquém da Constituição. Ora, se isso é correto, toda a proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição deficiente.²⁹³

De toda forma, seja qual for a postura adotada, pelo uso da Proporcionalidade como método ponderativo ou como forma de exigência de integridade e coerência, é certo que nenhuma das roupagens que venha a ser conferida à Proporcionalidade, pode ser utilizada com o fim de referendar decisões discricionárias ou para negar Direitos Fundamentais. Mesmo porque, como já mencionado neste Relatório de Pesquisa, a Proporcionalidade evoluiu, inicialmente como forma de equilíbrio e após, como forma de proteção de direitos (na face de proteção negativa contra ingerências indevidas cometidas pelo Estado, e como efetivadora de dever de proteção por parte do Estado) e, desta proteção não poderá se separar, sob pena de um desvirtuamento inaceitável.

Não se pode, portanto, abrir mão da noção da Proporcionalidade como garantidora dos Direitos Fundamentais, numa leitura que respeita a integridade e que é a única compatível com o próprio Estado Democrático de Direito, sobretudo no seu viés Constitucional²⁹⁴.

Neste aspecto é que se torna possível estabelecer que a noção de Proporcionalidade não pode ser interpretada senão numa leitura constitucional, sob a ótica das suas duas faces: a proibição de excesso e

²⁹³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. p. 87.

²⁹⁴ Nesta mesma linha é que COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Devido Processo Legal (Penal) e o Poder Judiciário. In **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 294, ao discorrer sobre o devido processo legal penal e o judiciário, no que tange à questão da eficiência como princípio da administração pública faz a seguinte colocação sobre o uso da proporcionalidade como forma de justificar a supressão de direitos. “Afim, persiste a máxima ética de que os fins não justificam os meios, embora já se faça necessário glosar o furor com que se venha usando a razoabilidade/proporcionalidade em favor da eficiência e contra a legalidade, não raro para justificar o injustificável, máxime a sonegação dos direitos e garantias individuais.”

proibição de proteção deficiente, na medida em que, reconhecidas como forma de impor limites ao poder estatal e de impulsionar o Estado no cumprimento de seus deveres relacionados à concretização dos Direitos Fundamentais prestacionais, possibilitarão o resgate e concretização dos compromissos assumidos pelo Estado em favor da Sociedade. Isso porque, essa é a tarefa primeira do Estado Democrático de Direito, que não é separado da Sociedade. Ao contrário, ele existe para a Sociedade e em função dela deve ser o seu caminhar e, portanto, as sua obrigação de realização dos Direitos Fundamentais. Este, então, é o norte que deve orientar toda e qualquer decisão que envolva tais direitos.

Por outro lado, a despeito de qualquer divergência teórica que possa existir, há um ponto sobre o qual deverá haver consenso: há que se empreender todo esforço para garantir a preservação dos Direitos Fundamentais. Como afirma Streck:

se existe algo que une os substancialistas e procedimentalistas (...) Nossas divergências não obnublam a contradição principal, pois. Os caminhos é que são diferentes. E estes são diferentes porque calcados em paradigmas filosóficos distintos. Daí o esclarecimento necessário: o debate não deve criar falsas questões e demonizações de teorias, deixando que perspectivas por vezes reacionárias sobre o direito (mormente as que advém da dogmática jurídica – da mais conservadora àquela que se pretende crítica), venham a “pegar carona” em uma ou outra perspectiva. Dito de outro modo: apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo ou no substancialismo para justificar posturas *self restraining* do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais. *E tampouco para incentivar decisismos e arbitrariedades* (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva soa inimigos figadais).²⁹⁵

É esta consciência que deve permear qualquer estudo acerca da Proporcionalidade e dos Direitos Fundamentais, seja no âmbito acadêmico, nas lides forenses ou na atuação legislativa, pois, mais do que um jogo de forças, o que está em pauta é a condição do indivíduo de detentor de

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. p. 37.

direitos, consagrados num reconhecido esforço social, não admitindo, por isso, retrocessos e, cuja responsabilidade de implementação e manutenção recai sobre todos. Pois, como bem coloca Cittadino²⁹⁶, o trabalho de concretização dos Direitos Fundamentais e sociais é de responsabilidade dos Tribunais e da jurisdição constitucional, os quais se movem conforme as pressões políticas que lhe chamam ao compromisso e, justamente neste ponto, que a responsabilidade se amplia e alcança a toda a Sociedade.

Assim, pode-se dizer com Brandão, que está mais do que na hora de fazer valer a Constituição vez que, “se a Constituição, como o Direito e o Estado, não é mais do que um instrumento a serviço da Sociedade Civil, manusear o instrumento e dar a ele a finalidade de sua existência é dever de todos e, por óbvio, de forma muito especial do jurista.”²⁹⁷

Reconhece-se, é bem verdade, que a adequada aplicação, numa perspectiva de coerência e integridade destas duas faces da Proporcionalidade, na busca do equilíbrio entre o excesso e a insuficiência é um grande (e não raras vezes tormentoso) desafio que se lança ao intérprete. Porém, as vantagens que advirão desta tarefa servirão de alento, porquanto se buscará alcançar a máxima eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais como direitos a prestações e direitos de defesa, objetivo maior do Estado Democrático de Direito.

²⁹⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política - Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 39.

²⁹⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Vinte Anos de Constituição, É Hora de Fazê-la Valer**. p. 381.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, foi traçado, inicialmente, um panorama do uso da Proporcionalidade a partir da concepção aristotélica, passando, após, pela Modernidade e, nesta, fixando atenção na recepção, pela doutrina brasileira, das concepções estrangeiras e na forma como a Proporcionalidade tem sido aplicada no campo jurídico nacional. Muitas reflexões foram formuladas, sem, contudo, chegar a efetivas conclusões, porquanto concluir é encerrar o tema, tarefa que não é possível e nem tampouco recomendável em sede de uma discussão jurídica, na qual a ausência de consenso é mais do que salutar. É a exigência de oxigenação que enriquece os debates acadêmicos.

Neste caminhar foi possível observar que uma questão basilar no processo de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, na linha do que entende Gadamer, abrange o reconhecimento por parte do intérprete de que interpretar é dar sentido a algo e que esta tarefa exige, na relação entre aquele que faz a leitura interpretativa e o objeto interpretado, a compreensão do universo de cada um deles, num constante questionamento e busca de transformações, na qual o equilíbrio (pela interpretação coerente e integradora) dará o tom de justiça.

A procura por este equilíbrio hermenêutico fez com que a pesquisa se voltasse para conceitos clássicos, especificamente aqueles desenvolvidos por Aristóteles, para quem a idéia de justiça coexiste com as noções de excelência moral, saberes teórico e prático, cumprimento das leis e equidade e que todos estão reunidos em uma concepção maior: a ética. Através deste exame é que se iniciou o estudo acerca da Proporcionalidade, para perceber que, mais do que representar o literal “meio termo”, a Proporcionalidade importa um processo de aquisição concreta de virtudes, na medida em que não está separada do ambiente político e social no qual é empregada. Ao contrário, é justamente este espaço que a especifica e, por isso, sua aplicação segue os contornos dos textos legislativos produzidos neste ambiente. Foi assim que o papel da Proporcionalidade foi se desenvolvendo no contexto jurídico da

Modernidade. Há então, neste ponto, a fixação de uma estreita ligação entre a Proporcionalidade e o constitucionalismo que lhe deu uma feição própria na medida em que, é levando em conta os direitos prescritos nas Constituições, que a Proporcionalidade assumirá as características de equilíbrio e integridade.

Por outro lado, ficou claro, ainda, que muito embora a noção de Proporcionalidade no Estado de Direito Contemporâneo relacione-se diretamente à compreensão, interpretação e aplicação do Direito, não há um postulado unívoco sobre o que seja compreender, interpretar e aplicar e, também não há uma concordância de pensamento sobre a figura de protagonista (ou de coadjuvante) da Proporcionalidade nas questões hermenêuticas. O fato de ser freqüentemente acionada para fundamentar questões judiciais – casos concretos em que se exija uma solução supostamente “mais justa”, “mais correta”, “mais ponderada” –, principalmente quando se está diante de situação em que dois direitos se encontram em pólos opostos – não significa que seja suficientemente bem determinada conceitualmente e coerentemente aplicada pelos operadores do direito.

A permeabilidade conceitual do termo Proporcionalidade e seu alto grau de indeterminação permitem que a doutrina constitucional brasileira trabalhe o tema sob as mais variadas formas, tratando-a ora como regra, ora como princípio (ou mesmo como máxima ponderativa e ou método de interpretação, dentre outros termos) ou, ainda, como se a sua definição guardasse completa similitude com outro termo: a razoabilidade. Nesta profusão de entendimentos, a Proporcionalidade assumiu o papel de argumento justificador, ao ponto sustentar decisões judiciais conflitantes, pois, num mesmo caso e através de igual fundamento – a Proporcionalidade – cada uma delas pode determinar soluções opostas. Foi o que ocorreu nos julgamentos colacionados neste Relatório.

É possível que esta indeterminação seja resultado da falta de contextualização quando do acolhimento de entendimentos de autores estrangeiros, como foi o caso das teorias de Ronald Dworkin, com a construção de direito como integridade e a tese da única resposta correta e, Robert Alexy,

através da defesa da valoração e ponderação dos princípios com a utilização da regra da Proporcionalidade. Ambas as teorias são referências acolhidas na doutrina jurídica brasileira. No entanto, para compreender estas construções, é preciso reconhecer, antes de tudo, que os dois autores desenvolveram suas teorias em ambientes diferentes e que esta distinção de origem traz conseqüências sobre a elaboração das suas bases teóricas. Ronald Dworkin vem de um sistema jurídico em que o Direito tem origem nas decisões dos juízes – numa inspiração que vem do direito inglês (pela face da *Common Law* e da *Equity Law* existente na Inglaterra, que foi e continua sendo, mesmo que sem a mesma força inicial, fator de grande influência sobre o Direito norte-americano) - de forma que estas decisões têm uma força que não se percebe em outros sistemas. Este ambiente, do qual resultou a concepção de Ronald Dworkin, confere um critério psicológico determinante da própria forma de se ver o Direito, qual seja, o respeito à ordem constituída e, por conseqüência, à autoridade constituída (o juiz). Robert Alexy, por sua vez, trabalha em um sistema legislado e diante de conflitos entre Direitos Fundamentais positivados ele propõe um modelo de racionalidade jurídica que oferece critérios – dentre os quais está a aplicação da Proporcionalidade - a se observar quando da decisão que inclui uma colisão entre direitos. Estas características lhe distanciam de um sistema de precedentes, no qual está inserido Ronald Dworkin.

Outras distinções também se fizeram necessárias para a compreensão das concepções destes autores, dentre as quais se destaca a forma de ver o conceito de princípio. Dworkin relaciona os princípios como forma de vinculação do julgador, com vistas a evitar a discricionariedade, o que lhe faz superar o modelo positivista. Os princípios, segundo ele, levam a um horizonte de comunidade, na qual não se insere apenas a mera aplicação de uma regra, mas exige uma análise de integridade que resultará em uma única resposta correta. Alexy, concebe os princípios como mandamentos de otimização, submetidos, portanto, à ponderação através da máxima da Proporcionalidade. É por meio da ponderação, então, que Alexy trabalha o problema da discricionariedade e a resposta correta, neste caso, será o resultado da análise fática e jurídica operada pela aplicação da Proporcionalidade. Há deste modo, clara diferença entre a

forma de problematização das questões que envolvem os, por eles chamados, “casos difíceis” em que não existe regra determinado a incidência sobre um caso concreto. O reconhecimento destas distinções se mostrou crucial para a compreensão do posicionamento destes autores e, assim, possibilitar a transposição contextualizada a fim de que sirva de base para as reflexões feitas no cenário jurídico brasileiro.

Seguindo estas considerações é que se traçou uma discussão que envolveu “método”, “procedimento ponderativo” e o conceito de “verdade” trabalhado por Hans-Georg Gadamer, para constatar que, de acordo com este autor, a busca da verdade ultrapassa a utilização de um método, ou o seguir fielmente os passos de um procedimento, pois o pensar não se limita ao matemático, mas se dá envolto na compreensão de todo um contexto jurídico que terá, ao fim, o objetivo de alcançar uma interpretação equilibrada e justa (correta). É, por assim dizer, uma experiência humana.

Foi neste contexto que se chegou a uma compreensão da Proporcionalidade em um duplo aspecto: o da proibição de excesso e o da proibição de proteção deficiente. Com efeito, a Proporcionalidade passou por um processo de evolução análoga ao desenvolvimento do próprio Estado e, por isso, é que ela pode chamar para si, inicialmente, o papel de impor limites ao poder estatal, vedando ações que resultem em restrições indevidas nas garantias de liberdade e, posteriormente, exigindo uma atuação efetiva para a concretização dos direitos prestacionais. Destarte, a partir do constitucionalismo e do desenvolvimento dos Direitos Fundamentais - através da construção e ampliação do seu catálogo - é que a Proporcionalidade ganhou força e se tornou elemento de aferição das ações estatais.

Ainda, é possível dizer, diante deste quadro de evolução, que esta concepção de Proporcionalidade resulta da compreensão de que a limitação do poder do Estado (proteção negativa) e exigência de uma atuação concreta (proteção positiva) decorre justamente da necessidade de imprimir coerência e integridade a toda decisão que envolva Direitos Fundamentais. E é neste ponto, que se retomou o conceito de integridade proposto por Ronald

Dworkin, para quem o Direito é uma prática interpretativa, pela qual se impõe uma reflexão acerca de tudo o que o envolve, numa efetiva “construção em cadeia”, que não suporta as rupturas e incoerências de uma ação isolada. O Direito exige integridade e neste contexto, invocar princípios para a resolução de um conflito entre direitos não pode ser um ato *a priori* fruto de condições preestabelecidas, mas resultado de uma análise de possibilidades diante de um quadro jurídico completo.

Este papel pode ser muito bem desempenhado pela Proporcionalidade: de exigir que a produção legislativa – bem como a interpretação e aplicação de um dispositivo legal - não seja feita em descompasso com a Constituição, mas sim com respeito aos princípios que dela se retira, numa interpretação coerente e integrativa, tão importantes para a proteção dos Direitos fundamentais, seja na sua face de proibição de excesso, seja pela proibição de proteção deficiente.

Assim sendo, diante das reflexões que resultaram neste Relatório de Pesquisa, é possível sustentar que um dos caminhos para a possível superação do problema da indeterminação do termo Proporcionalidade pode passar pelo reconhecimento de que por ela pode-se avançar na busca da resposta constitucionalmente adequada à resolução de questões que envolvam Direitos Fundamentais.

E por fim, importa destacar que as hipóteses formuladas na parte introdutória deste Relatório de Pesquisa foram confirmadas, na medida em que se observou que:

a) através do exame da concepção clássica acerca do termo Proporcionalidade – que neste Relatório foi fixado em Aristóteles - foi possível reconhecer algumas diretrizes para a sua utilização na interpretação e aplicação das normas constitucionais;

b) a utilização, no campo jurídico brasileiro, de entendimentos estrangeiros, como tem sido feito em relação às bases teóricas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy e apontado neste Relatório, sem a devida

contextualização, resulta em indeterminação conceitual acerca da categoria Proporcionalidade o que importa em incoerência no que tange às decisões que envolvem Direitos Fundamentais;

c) se a categoria Proporcionalidade for compreendida como forma de imprimir coerência e integridade ao ordenamento jurídico e decisões judiciais, resultará em limitação do poder estatal no trato dos Direitos Fundamentais, bem como na imposição de uma realização prestacional com vistas a materialização destes direitos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 396.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 669p.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. 334p.

_____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Trad. Manuel Atienza, *In Cuadernos de Filosofía Del Derecho*. Alicante, DOXA n.5, 1988.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: 3. ed. Lisboa: Quetzal Editores, 2009. 315p.

_____. **Ética a Nicômaco**. trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007. 319p.

_____. **Éthique de Nocomaque**. trad. Jean Voilquin. Paris : Librairie Garnier Frères, 1940. 528p.

_____. Metafísica. *In Coleção Os Pensadores*. Trad. (direta do grego) Vincenzo Coceo. São Paulo: Victor Civita Editor, 1984, 329p.

BARROS, Suzana de Toledo de. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* **Interpretação Constitucional**. (org.) Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 280p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. vol. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 767p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. nova ed. 8. Reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1996. 357p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 320p.

_____. Futuro do Direito e Direito do Futuro: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais. *In* **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 607p.

_____. Vinte Anos de Constituição, É Hora de Fazê-la Valer. *In* 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, nº.6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. 430p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI n.º 4301 – 3/600. Origem: Distrito Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da república. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 82.424. Rio Grande do Sul, Rel. Min. Moreira Alves, Paciente: Siedgfried Ellwanger, Impetrantes: Werner

Cantalício João Becker e outra, Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n.º 053.09.015779-9. 3ª Vara de Fazenda Pública - Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>.

BRUNNER, Emil. **La Justicia**: doctrina de las leyes fundamentales del orden social. Traducción de Luis Recaséns Siches. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, 353p.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. O processo histórico de ampliação da cidadania. In **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**, (org.) Juliano Keller do Valle e Julio César Marcellino. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 282p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2 ed. ver e atual. Curitiba: Juruá, 2008, 184p.

CAMARGO, Margarida M. Lacombe. O Princípio da Proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. In *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n.3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. 302 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1.160.p.

_____. O Estado Garantidor: claros-escuros de um conceito. In **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 607p.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539p.

CASALMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad em Dworkin.** *In* Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 12. Alicante, 1992.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, Política e Filosofia:** contribuição para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

COSTA, Alexandre de Araújo. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do STF.** Brasília: Editora Thesaurus, 2008. 326p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 130p.

_____. O Devido Processo Legal (Penal) e o Poder Judiciário. *In* **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 500 p.

DIAS, Maria da Graça Dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 236 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** 5. ed. atual. Trad. António José Brandão, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. 643p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 586p.

_____. **Uma Questão de Princípios.** Trad. Luís Carlos Borges, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513p.

ECO, Humberto. **Kant e o ornitorrinco**. trad. Ana Thereza B. Vieira, Record: Rio de Janeiro, 1998. 431p.

_____. **Os limites da interpretação**. trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008. 315p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. ver. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 925p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 286p.

_____. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007. 587p.

FREITAS, Juarez. A melhor Interpretação Constitucional *versus* a Única Resposta Correta. *In* **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 392p.

GACKI, Sérgio Ricardo da Silva. **Perspectiva do Diálogo em Gadamer**: a questão do método. Instituto Humanitas Unisinos, n.º16, 2006, 26p. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br>.

GADAMER, Hans-Georg Gadamer. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Editora Vozes, 2008. 631p.

_____. **Verdade e Método II** – complementos e índice. 3. ed. trad. de Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Editora Vozes, 2007. 621p.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica.** 2. ed. trad. Marco Antonio Casanova, V. 2, Rio de Janeiro: Vozes, 2007. 212p.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva.** 2. ed. trad. Marco Antonio Casanova, V. 1, Rio de Janeiro: Vozes, 2007. 132p.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais. *In* **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**, (org.) Valle, Juliano Keller do e Marcellino, Julio César. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 282p.

GRAU, Eros Roberto. Equidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade. *In* Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** vol. 1, n.3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. 302p.

_____. O Futuro do Direito. *In* **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito.** (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 611p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional.** 1.ed. Malheiros Editores: 2005. 392p.

GÜNTER, Klaus. **Teoria da Argumentação do Direito e da Moral-** justificação e aplicação. trad. Cláudio Molz, Landy Editora: São Paulo, 2004, p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico.** Ano I, vol. 1, Salvador, 2001. 25p. Disponível em: www.direitopublico.com.br.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** Direitos Fundamentais, Tomo IV, 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 470p.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. 208p.

MORAIS da ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 412p.

_____. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. *In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1):1-8, p. 3. Disponível em <http://www.rechtd.unisinos.br>.

MURACHO, Henrique. **Língua Grega**: visão semântica, lógica, orgânica e funcional. vol. 1. 3. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2007. 733p.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos Princípios** – o Princípio Constitucional da Razoabilidade. 2ª ed. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 321p.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 248p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. ampli. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. 128p.

_____. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. 243p.

PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 6. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984. 1054p.

PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *In Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Alicante: Doxa, n. 26, 93p.

REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. 10^a ed. Artur Morão, trad. Lisboa: Edições 70. 1997, 90p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. 749p.

RUIZ, Alicia. Futuro, democracia y discurso jurídico. *In* **O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito**. (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 611p.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998. 164p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 412p.

_____. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. *In* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**,1(1):1-8, p. 3. Disponível em <http://www.rechtd.unisinos.br>.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini e revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003. 430p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. Cortez: São Paulo, 1996. 348 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003. 86p.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal – a necessária e permanente busca da

superação dos “Fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em <http://www.esmesc.com.br>

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, 170p.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493p.

_____. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005, 40 p. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal – a necessária e permanente busca da superação dos “Fundamentalismos” hermenêuticos. *In Revista da ESMESC*, v. 15, n. 21, 2008. Disponível em: www.esmesc.com.br acesso em: 15/10/2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 928p.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão** - Reflexões. 1 ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. 200p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *In Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 798, abril de 2002. 25p.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. *In Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 392p.

_____.Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e Crítica da Modernidade** – proposições sobre a ciência de Martin Heidegger. 3. ed. rev. Editora Unijui: Ijuí, 2001. 107p.

_____. **A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica**. 2002. 3 p. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br>.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In SILVA, Virgílio Afonso da (org).* **Interpretação Constitucional**. 1. ed. Malheiros Editores: 2005. 392p.

STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol1, n.2: Porto Alegre, 2004. 254p.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: *Lumen júris* Editora, 2008. p.435.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 366p.

_____. **O Dever de Proteção do Estado (*schutzpflicht*)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes. 2008. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>.

_____. **La Jurisdicción Constitucional y las Possibilidades de Concretización de los Derechos Fundamentales-Sociales.** Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>.

_____. **A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista-classico. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>.

_____. Decisionismo e Discrecionariade Judicial em Tempos Pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição do Brasil. *In O Direito e o Futuro – o Futuro do Direito.* (coord.) António José Avelãs Nunes e Jacinto de Miranda Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2008. 611p.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 174p.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. 232p.

_____. **O Direito e a sua Linguagem.** 2. ed. aumen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 120p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas:** da antigüidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 232p.