

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

HELIO GUALBERTO VASCONCELLOS

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA  
PROPORCIONALIDADE**

Vitória (ES)

2009

HELIO GUALBERTO VASCONCELLOS

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA  
PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação **Stricto Sensu** em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Profº Dr. Geovany Cardoso Jevaux

Vitória (ES)

2009

HELIO GUALBERTO VASCONCELLOS

**A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA  
PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação **Stricto Sensu** em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA:

---

Profº. Dr. Geovany Cardoso Jevaux  
Faculdade de Direito de Vitória – FDV  
Orientador

---

Profº. Dr. Daury Cesar Fabriz  
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

---

Profº. Dr. Manoel Alves Rabelo – Universidade  
Federal do Espírito Santo – UFES

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, dileto ex-aluno da graduação, pela extrema paciência e inigualável dedicação, no exercício do seu mister.

À minha mulher, Nilda, que há quase sessenta anos me conforta e me estimula, nos desafios que tenho aceito, na minha existência.

Aos meus colegas do mestrado, com cujo incentivo sempre contei, aos quais homenageio, nas pessoas de Caleb Salomão, Izabel Cristina, Pedro Ivo de Souza e Wallace Tesch Sabaini.

À Diretoria, ao Corpo Docente e à Coordenação do Mestrado da FDV, pelo acolhimento.

“O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.

(Da Introdução à obra de Fábio Konder Comparato, “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”)

## RESUMO

O estudo elaborado preocupou-se com o fenômeno das colisões de direitos fundamentais, e o atual instrumento jurídico de sua solução. A pesquisa versou, por isto, sobre a máxima da proporcionalidade, valendo-se de consultas bibliográficas, sejam representadas pelos julgados de nossos Tribunais, seja pela doutrina de autores nacionais. O marco teórico foi Robert Alexy, constitucionalista de contribuição mais marcante, nesse tema. Justificou-se o próprio título do trabalho, como decorrência da fixação do marco teórico. Os direitos humanos foram abordados, aí se incluindo a motivação da mudança de terminologia, para direitos fundamentais. A abordagem dos direitos fundamentais confluiu em suas colisões, gerando a necessidade do estudo do instrumento de sua solução. Foram estudados os meios clássicos de sua solução, com o apontamento de sua insuficiência. Chegou-se, assim, à máxima da proporcionalidade, denominada de princípio, por grande parte da doutrina. Da máxima da proporcionalidade, viu-se sua origem e desenvolvimento. Estudou-se, de maneira particular, a teoria de Rober Alexy, que tem, conforme já assinalado, íntima conexão com a proporcionalidade. A obra que orientou o pesquisador, nesse tema, foi “A Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy. Viu-se sua visão da dogmática, à qual aderimos. Foi estudada, igualmente, a contribuição de Alexy, na distinção entre regras e princípios, de interesse para o tema. Isto nos levou à visão, inovadora, de Alexy, dos princípios, como “mandados de otimização”. Foram estudados os meios de solução dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios, como o caráter “prima facie” de uns e outras. Exposta a questão das regras e dos princípios, como razões. Acentuado o caráter de princípio dos direitos fundamentais, como examinada a relação princípio x valor. Apontada a amplitude do conceito de princípios, como examinada a relação da teoria dos princípios com a máxima da proporcionalidade. Face à confusão doutrinária envolvendo as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, foram estudadas as identidades e dessemelhanças entre elas, denominadas, a primeira, de princípio, por boa parte da doutrina, e a assim também a última, pela maioria dos doutrinadores. À indagação (que tem sede na doutrina), se correspondem a única máxima, ou se são, cada uma delas, máxima com

identidade própria, ficamos, e justificamos, com a última opção. Vimos qual a visão da jurisprudência brasileira, sobre a proporcionalidade, concluindo que nossos tribunais têm aplicado a máxima, quando é o caso. Favorável é igualmente a visão de nossos doutrinadores. Face a todas essas conclusões parciais, favoráveis, a conclusão, que expusemos a final, não poderia deixar de ser senão no sentido da utilidade da máxima – que, valorizada pelos tribunais, importa na consequência da valorização da própria jurisdição.

## ABSTRACT

This study was concerned with the phenomenon of collision of fundamental rights, and the current instrument of its solution. The research was focused on the precept of proportionality, whose bibliographic documents consulted, are trials of our courts and also the doctrine of national authors. The theoretical framework was build upon the thought of Robert Alexy, a constitutionalist who gave the most significant contribution in this issue. The title of this work is also a result of the theoretical framework. The human rights were discussed, including the motivation for the change of terminology to fundamental rights. The approach of fundamental rights converged in the collisions, generating the need of studying the instrument of its solution. The classical means of solutions were studied, and their insufficiency to solve the problems were appointed. About he ideal of proportionality, it was studied its origin and development. It was studied, in a particular way, the theory of Robert Alexy, who has, as already noted, intimate connection with the proportionality. The work that guided the researcher in this subject was "The Theory of Fundamental Rights", by Alexy. It has been explained his vision of the dogmatic, which we joined. It was also studied, the contribution of Alexy about the distinction between rules and principles, which is relevant to the topic. This led us to the innovative understanding of Alexy, about the principles as "warrants of optimization." We studied the means of solutions of the conflicts between rules and principles in collisions, as its "prima facie" character and a few others. It was also demonstrated the issue of rules and principles, as reasons. It was equally examined the character of the principles as fundamental rights, as showed by the relation principle x value. It was indicated the extention of the concept of principles, and examined the relationship of its theory with the precept of proportionality. Because of the confusion surrounding the doctrine of the precept of proportionality and reasonableness, we studied the identities and dissimilarities between them, calling the first, principle, for much of the doctrine, and thus also the last because of the majority of doctrine. About the inquiry (based on the doctrine), if they both are, the same precept, or,if each of them, are precepts with their own identity; we chose the last option and justified this choice. We reviewed the understanding of Brazilian jurisprudence on proportionality, concluding that our courts have applied this precept when it is necessary. Favorable to the precept is also the teaching of our doctrine. Given all these partial findings in favor, the conclusion we drew, which outlined the final of this research, could not fail to be for the needed of the precept - which, valued by the courts, should result in the recovery of jurisdiction itself.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>Capítulo I – O TÍTULO DO TRABALHO: UMA PALAVRA, À GUISA DE ESCLARECIMENTO</b> .....	14
1.1 A fidelidade ao marco teórico, no tocante ao uso da palavra “colisão”.....	14
1.2 Ainda a fidelidade ao marco teórico, no tocante, agora, à referência à colisão de “direitos fundamentais”, e não à colisão de princípios .....	17
1.3 “Máxima da proporcionalidade” e não “princípio da proporcionalidade”, segundo Alexy .....	18
1.4 Alexy e a jurisprudência dos conceitos .....	19
<b>Capítulo II – DIREITOS HUMANOS</b> .....	22
2.1 Percurso histórico.....	22
2.1.1 A pré-história dos direitos fundamentais.....	23
2.1.2 A concepção jusnaturalista dos direitos naturais e Inalienáveis do homem .....	24
2.1.3 Século XVI: ponto culminante do desenvolvimento da doutrina jusnaturalista.....	25
2.1.4 A positivação dos direitos fundamentais.....	27
2.2 Direitos humanos e os princípios jurídicos .....	30
2.2.1 Noções introdutórias .....	30
2.2.2 Conceito de Princípio .....	34
2.2.3 O princípio da dignidade humana .....	35
2.2.4 A Constituição de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana .....	38
2.2.5 Dignidade da Pessoa Humana: Valor Fonte do Sistema Constitucional .....	41
2.2.6 A manifestação de outros autores, na linha desenvolvida por Fladimir Martins .....	43
2.2.7 A inexistência dos direitos absolutos, na visão de	

Alexy. A questão do princípio da dignidade, em particular .....	44
2.3 Direitos humanos/direitos fundamentais .....	46
2.4. Direitos fundamentais e valores da sociedade atual...	50
2.4.1 Introdução .....	50
2.4.2 A lei como reflexo dos valores sociais.....	50
2.4.3 O Estado de Direito .....	51
2.4.4 A conclusão, no particular.....	53
2.5 A colisão de Direitos Fundamentais. Necessidade de Instrumentos que a solucione.....	54
<b>Capítulo III – INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS, PARA SOLUÇÃO DAS COLISÕES.....</b>	<b>57</b>
<b>Capítulo IV – A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE, COMO SOLUÇÃO ATUAL DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>60</b>
4.1 A máxima da proporcionalidade – sua origem e desenvolvimento .....	60
4.2 Robert Alexy e a máxima da proporcionalidade .....	62
4.3 A máxima da proporcionalidade, de maneira particular .....	63
4.4 A “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy .....	64
4.4.1 A “Teoria jurídica dos direitos fundamentais” da Constituição alemã” – teoria dogmática, segundo Alexy .....	64
4.4.2 As três dimensões da dogmática .....	65
4.5 “Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural” .....	66
4.6 Regras e princípios .....	68
4.7 “Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios” .....	69
4.8 “Princípios como mandados de otimização” .....	71
4.9 “Colisões entre princípios e conflitos entre regras” .....	71
4.10 O conflitos entre regras .....	72

4.11 A colisão entre princípios .....	73
4.12 A lei de colisão .....	74
4.13 “O distinto caráter “prima facie” das regras e dos princípios .....	75
4.14 “Regras e princípios como razões” .....	77
4.15 Amplitude do conceito de princípios .....	78
4.16 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade .....	80
4.16.1 O caráter de princípio dos direitos fundamentais....	83
4.17 Princípio e valor .....	84
 <b>Capítulo V – A MÁXIMA DA RAZOABILIDADE</b> .....	87
5.1 Justificativa do capítulo .....	87
5.2 “A nomenclatura “máxima da razoabilidade” .....	87
5.3 Razoabilidade: conceituação .....	89
5.3.1 A visão, nesse tema, de José Sérgio da Silva Cristóvão .....	90
5.3.2 O posicionamento, no particular, de Valeschka e Silva Braga .....	91
5.4 Origem e desenvolvimento da máxima da razoabilidade .....	94
5.5 Acolhimento da máxima, nos Estados Unidos .....	96
5.5.1 Fases que atravessou a máxima, nos Estados Unidos .....	97
 <b>Capítulo VI – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE</b> .....	100
6.1 A “confusão doutrinária” envolvendo as duas máximas.	100.
6.2 Dessemelhanças entre as máximas .....	102
6.3 Semelhanças entre as máximas .....	105
6.4 Conclusões de Valeschka S. Braga, no tocante à relação proporcionalidade & razoabilidade .....	108
6.5 Nossas conclusões, no particular .....	109

## **Capítulo VII – A PROPORCIONALIDADE NA**

### **JURISPRUDÊNCIA NACIONAL .....**

7.1 Está, a máxima da proporcionalidade, sendo aplicada pelos tribunais brasileiros? Tem, a mesma, se refletido na jurisprudência nacional? .....	110
7.2 Caso de aplicação, a nosso ver, irrepreensível, da máxima da proporcionalidade .....	111
7.3 Caso singular, com aplicação, discutível, da máxima .	114
7.3.1 O posicionamento da Ministra Relatora.....	117
7.3.2 Outros entendimentos externados. O voto do Ministro Gilmar Mendes e a invocação da máxima da proporcionalidade (que denomina de princípio) .....	119
7.3.3 O entendimento dos Ministros Joaquim Barbosa e Cesar Peluso .....	119
7.3.4 A máxima da razoabilidade, invocada pelos Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski .....	121
7.3.5 O voto do Ministro Carlos Brito, trazendo ao debate a sustentação de ofensa ao princípio do contraditório .....	122
7.3.6 Nossa conclusão, sobre esse julgamento .....	123
7.4 Nossa conclusão, no tema.....	124

## **Capítulo VIII – A PROPORCIONALIDADE NA DOUTRINA**

### **BRASILEIRA**

8.1 Tem tratado, a doutrina, da máxima da proporcionalidade? Tem a ela dado destaque? .....	125
8.2. Conclusão, sobre o ponto .....	127

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>128</b>
------------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>131</b>
--------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento, na ciência jurídica contemporânea, da importância da máxima da proporcionalidade, acreditamos corresponda a uma unanimidade, dentre os cultores do Direito.

Valeschka e Silva Braga tem trabalho sobre o tema, o qual é por nós invocado, no desenvolvimento da presente dissertação. À máxima da proporcionalidade denomina (nisto não seguindo a correta terminologia de Alexy, conforme nosso entendimento, e conforme também se verá) de princípio. O título de sua obra, por isto, é “Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade”.

Na Introdução de sua obra, refere essa importância da proporcionalidade, ao qual chama de princípio, dele dizendo que “ ... pode ser apontado, atualmente, como o mais importante princípio constitucional”. E fecha o parágrafo, em que trata da questão, sustentando que a proporcionalidade exerce “ ... papel extremamente importante na aplicação do Direito” (Juruá Editora, 2006, p. 16).

Na mesma Introdução, Valeschka S.Braga reproduz expressão de Guerra Filho, que se refere à proporcionalidade como “ engrenagem essencial no ordenamento jurídico” (mesma obra, edição e página).

No desenvolvimento de nosso trabalho, ver-se-á que dedicamos Capítulo à justificação do próprio título, que decorre de fidelidade ao nosso marco teórico, qual seja Robert Alexy. Discorreremos sobre os direitos humanos porque os princípios os acobertam, tutelam-nos. Estes, por vez, entram em colisão. E aí se coloca a proporcionalidade, como instrumento de solução dos mesmos.

Sobre direitos humanos, discorreremos acerca de seu percurso histórico, acerca de sua positivação, de sua relação com os princípios, sobre dignidade humana. Abordar-se-ão as nomenclaturas direitos humanos e direitos fundamentais. Falar-se-á, nesse quadro, do Estado de Direito.

Ao falarmos de colisão de direitos, apontar-se-á, então, a insuficiência dos métodos clássicos de sua solução, chegando-se, naturalmente, à proporcionalidade, como instrumento, atual, de tal solução.

A máxima da proporcionalidade coloca-nos face a face com muitas vertentes, que serão examinadas.

A relação proporcionalidade x razoabilidade será objeto de apreciação. Enfocaremos o parentesco existente entre as duas máximas, apontando as semelhanças entre uma e outra. Indicar-se-ão as dessemelhanças. Afinal, concluir-se-á sobre questão que abriga divergências: constituem uma mesma figura jurídica, ou são conceitos autônomos?

Abordaremos sobre qual seja a visão da jurisprudência brasileira, relativamente à proporcionalidade.

Da mesma maneira, ver-se-á qual seja essa visão, por parte da doutrina.

Afinal, procuraremos externar manifestação própria, sobre o mérito da máxima, com as implicações que decorrem desse posicionamento.

Motiva-nos, enfim, nesse trabalho, a circunstância de estar participando, modestamente embora, de discussão atual, e relevante.

## **Capítulo I - O TÍTULO DO TRABALHO: UMA PALAVRA, À GUIA DE ESCLARECIMENTO.**

1.1 A fidelidade ao marco teórico, no tocante ao uso da palavra “colisão”.

Qual seja o título da dissertação, consta de seus elementos pré-textuais. Se se propõe um esclarecimento, acerca do título do trabalho, disto resulta, a nosso pensar, a necessidade da indicação de quais sejam as razões desse esclarecimento, o que, enfim, o justifica. Daí o registro, que estamos formulando, de forma sumária.

Poder-se-ia, a nosso ver, tratar do mesmo tema, abordar a mesma matéria, sob outra denominação, sob outro título. Poder-se-ia dar ao trabalho, por exemplo, o título de “Conflito de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade”.

Fundamentalmente, optamos pelo título por fidelidade às idéias de Alexy, nesse tema. Embora não se possa pretender, numa dissertação, considerar-se um único autor, como fonte, o marco teórico deste trabalho, conforme nosso planejamento, é a teoria dos direitos fundamentais, de Alexy.

No que respeita à antinomia, às tensões entre direitos fundamentais, ou entre os princípios que os asseguram, nossa doutrina usa, freqüentemente, a palavra “conflito”. Ou fala, indistintamente, de conflito ou colisão, com o mesmo sentido.

Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida, por exemplo, denomina obra de sua autoria, sobre o assunto, de “Conflito entre Normas Constitucionais” (editora América Jurídica). Trata, em várias partes de sua obra, de assunto ao qual denomina de “Conflito de Direitos Fundamentais”.

Ruy Samuel Espíndola, em obra de larga divulgação, (“Conceito de Princípios Constitucionais”) trata igualmente do tema, no item 3.2.6, a que chama de “Antinomias e tensões entre princípios constitucionais”.

No desenvolvimento do item, anota: “A temática do **conflito entre princípios** [grifos do autor] constitui-se num dos elementos de cognição que integram o conceito de princípios constitucionais ...” (Espíndola, 2002, p. 243). Cita Canotilho, na mesma linha, quanto à nomenclatura: “ ... em caso de **conflito entre princípios** [grifos do autor], estes podem ser objeto de ponderação ...” (Canotilho, **Direito Constitucional**, 5ª. ed., p. 174, apud Espíndola, 2002, p. 244).

Rizzato Nunes, denomina, ao Capítulo 6 de sua obra **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**, de “O Princípio da Proporcionalidade”. No desenvolvimento desse tema, expõe: “Isso se deu e se dá porque o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução de aparente **conflito de princípios**” [grifo nosso] (Nunes, 2002, p. 41).

Nunes cita Willis Santiago Guerra Filho:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo **conflito entre princípios constitucionais** [grifo nosso], aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, **um dos princípios em conflito** ...” [grifo nosso] (Guerra Filho, **Processo Constitucional**, apud Nunes, 2002, p. 42).

Muito mais poder-se-ia lembrar, no sentido de demonstrar o uso, pela doutrina brasileira, da palavra “conflito”, nas antinomias entre princípios. Temos, contudo, por suficientes as transcrições feitas.

E o registro está sendo feito para consignar que, no ponto, esse emprego discrepa do magistério de Alexy.

Em sua clássica “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy trata, explicitamente, da questão, no capítulo 3º, item 3 da obra. Segundo seu entendimento,

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões de princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito” (Alexy, 2008, pp. 91/92).

Nos itens 3.1 e 3.2 explica em que se diferenciam, colisões de princípios e conflitos de regras.

Quanto ao conflito de regras, anota que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (Alexy, 2008, p. 92).

Relativamente à colisão de princípios, esclarece:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser incluída uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso ((Alexy, 2008,pp. 93/94).

Não se trata, pois, de questão meramente semântica. Conforme a teoria de Alexy, colisão e conflito representam situações diversas. Se são coisas diversas, devem, por isto, ter denominações diversas.

Vê-se, pois, que, no caso, procurou-se guardar sintonia com o magistério de Alexy. Cuida, a dissertação, da antinomia entre princípios – não se poderia, face a isto, falar-se de “conflito” – como não se fala.

De consignar-se, afinal, no particular, que o próprio Alexy registra, em sua obra, que, quando formulou sua teoria, já ocorria a confusão terminológica:

A terminologia é oscilante. Assim, Paulson, sem distinguir entre regras e princípios, utiliza em geral a expressão “conflito de normas” (S. Paulson, “Zum Problem der Normenkonflikte” em ARSP 66 (1980), págs. 497 ss) e o Tribunal

Constitucional Federal fala às vezes, sem diferenciação alguma, de “colisões de normas” (BVerfGE 26, 116 (135); 36, 342 (363)). A terminologia aqui proposta pretende expressar que, não obstante importantes aspectos comuns, as colisões de princípios e os conflitos de regras são fundamentalmente diferentes” (\*Alexy, 2008, pp. 91/92)

Com respeito à expressão “máxima da proporcionalidade”, que igualmente compõe o título (em vez de princípio da proporcionalidade), será tratada mais à frente, em local que se tem por mais apropriado.

1.2 Ainda a fidelidade ao marco teórico, no tocante, agora, à referência à colisão de “direitos fundamentais”, e não à colisão de princípios.

O Professor Geovany Cardoso Jevaux, em sua obra “Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, dá especial destaque à questão, quando denomina, ao Capítulo IV de seu trabalho, de “A Colisão de Direitos Fundamentais com caráter de princípio e sua solução jurisdicional” (2008, p. 341). Dissertando, didaticamente, sobre a teoria de Alexy, acentua:

Como, para Alexy, direitos fundamentais têm caráter de princípio, que provém do mandato típico dos enunciados /disposições das normas de direitos fundamentais, princípios e regras são o “ ... marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais ... ” ou estrutura dos direitos fundamentais (2008, p. 349) .

A passagem transcrita, na tradução, para o português, da “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy, de Virgílio Afonso da Silva, está encartada em parágrafo de dimensão maior, nos seguintes termos:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (2008, Malheiros Editores, p. 85).

Indica o Prof. Geovany, ainda, afirmativa de Alexy, quando este discorre sobre a sub-máxima da adequação, que está, na tradução em português, à página 120, em sintonia com o que se está sustentando, neste item: “Portanto, o exame da adequação também decorre do caráter princípio-lógico das normas de direitos fundamentais” .

De acrescentar-se, igualmente, que, quando Alexy discorre, em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, sobre o dever de garantir, a Universidade, a liberdade na atividade científica, faz a seguinte afirmativa, absolutamente significativa: “Esse dever expressa com clareza o **caráter principiológico**” [grifos do autor] das normas de direito fundamental” (p. 250, na tradução em português). Na obra do Prof. Geovany, essa passagem está transcrita às fls. 349.

Creemos, ante todo o exposto, que demonstrado o cabimento, no título, da expressão “colisão de direitos fundamentais” – afinal, a estes, em última instância, servem os princípios. Ninguém discute acerca de princípios, em juízo, por questão meramente acadêmica. Discute em razão dos direitos que os princípios envolvem, e refletem.

### 1.3 “Máxima da proporcionalidade” e não “princípio da proporcionalidade”, segundo Alexy.

Destaca-se, ainda aqui, outra circunstância – além, pois, daquelas duas antes assinaladas - que importa em fidelidade a Alexy, ou seja, ao nosso marco teórico.

O próprio Alexy, na nota 84 ao item 8 do Capítulo 3 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, refere-se à diferença da terminologia:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesados contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é se, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas da parcialidade devem ser, portanto, consideradas como regras” (Alexy, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2008, p. 117).

O Prof. Geovany Cardoso Pereira, em sua obra “Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, quando trata do tema “A máxima da proporcionalidade e as duas leis da ponderação” (item 4.5.5 do Capítulo IV), interpreta, a nosso

pensar, com clareza didática, e propriedade, o pensamento de Alexy, acima manifestado:

Como se percebe, Alexy se preocupa em não chamar a própria proporcionalidade de princípio, mas de máxima, por três razões simples: 1) a proporcionalidade é um critério de decisão de princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra e um direito definitivo; 3) a proporcionalidade não entra em colisão com nenhum princípio. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser encarada como regra, e não como princípio no contexto do autor em estudo (Editora Forense, 2008, p. 359).

O que nos parece absolutamente convincente, definitivo, na diferenciação sustentada por Alexy, é a circunstância de que, se a proporcionalidade é critério, é técnica, é meio para dirimir colisão de princípios, disto resulta obvio que não pode, a proporcionalidade, ser ela própria um princípio. Tem que ser, forçosamente, coisa diversa.

#### 1.4 Alexy e a jurisprudência dos conceitos.

No item 1.1, acentuamos que o título se justificava “por fidelidade às idéias de Alexy”, fidelidade essa justificada, de sua vez, porque constituem, as formulações de Alexy, o conjunto de sua obra, o marco teórico deste estudo.

Assim sendo, ocorre que Alexy – repete-se, cuja teoria é o marco teórico de nosso trabalho – esclarece, no último parágrafo do Capítulo I, item 3 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, que “ ... a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos” (Alexy, 2008, p. 49).

Alexy trata, no aludido III do Capítulo I de sua obra, de sua formulação, que denomina de “Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural”, a qual, segundo sustenta, constitui uma “teoria integrativa” (Alexy, 2008, p. 42), acrescentando, mais, que “uma teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica” (Alexy, 2008, pp. 42/43).

Esclarece, linhas à frente, que “a atividade na dimensão analítica coincide em grande medida com aquilo que é denominado pela jurisprudência dos

conceitos, de “tratamento lógico do direito” (Alexy, 2008, p. 46). Após extensas considerações, sobre o tema, é que o fecha com aquela conclusão, aqui já antes transcrita, de que, “nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos” (Alexy, 2008, p. 49).

Face à vinculação de Alexy com a jurisprudência dos conceitos, parece-nos pertinente – e até necessário – relembre-se, aqui, qual a linha, ou o que constitui tal corrente doutrinária.

O Professor Geovany Cardoso Jevaux, em seu “Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, disserta, didaticamente, sobre a jurisprudência dos conceitos:

A jurisprudência dos conceitos surgiu na Alemanha, no século XIX, e tem sua origem na escola histórica, da qual pertencem os pandectistas e Savigny (para quem o direito era baseado nos costumes populares – “espírito do povo”, ou **woksgaist**, conforme interpretado pela doutrina - - “direito dos professores). A escola histórica surgiu em França, no início do século XIX, com o objetivo de limitar a competência interpretativa do Judiciário, sendo também conhecida como estatalidade, porque todo o direito devia ser criado pelo Estado. Dela nasceram a dogmática e o positivismo. Já os pandectistas eram historicistas alemães que interpretavam o Código de Justiniano, buscando nele a identificação dos costumes germânicos. A jurisprudência ds conceitos também se assimilou ao formalismo por criar uma “genealogia dos conceitos”, com base numa lógica indutiva (de princípios) e dedutiva (de conceitos), onde as premissas lógicas preferem as normas jurídicas. A subsunção tem origem nessa escola (Jevaux, 2008, pp. 343/344).

Prossegue o autor, abordando, agora, com a mesma clareza didática, a “genealogia dos conceitos”:

O autor dessa “genealogia dos conceitos” foi Puchta, que trabalhava com a idéia abstrata ou lógico-formal de sistema (outra idéia era a de “organismo, na versão de Savigny) por meio de uma pirâmide de conceitos, assim esquematizada: 1) “cada conceito superior autoriza certas afirmações”; 2) “por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele “forçosamente” todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior”; 3) a “genealogia dos conceitos” ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, co-determina os restantes através do seu conteúdo”, nas palavras de Karl Larenz. O conteúdo dos direitos fundamentais é predeterminado pela filosofia do direito. Como esses conceitos superiores são fixos e invariáveis, os demais conceitos são deduzidos deles (Jevaux, 2008, p. 344).

Conclui sua exposição, sobre o tema, com o seguinte parágrafo:

Alexy reconhece, ainda, que a vinculação de sua teoria à tradição analítica da jurisprudência dos conceitos vem acompanhada de uma índole deontológica,

em comparação com a índole antropológica da jurisprudência dos interesses e com a índole axiológica da jurisprudência dos valores. Tal correlação assume papel decisivo em sua teoria, já que os princípios são por ele chamados de mandados de otimização, e mandados (proibição e permissão) são parte da deontologia, ou seja, tudo o que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios não são tratados desde o início como uma categoria axiológica ou antropológica, mas sim deontológica (Jeveaux, 2008, p. 344).

Certamente que justificado o presente item, que trata da vinculação de Alexy à jurisprudência dos conceitos. O rigor lógico da jurisprudência dos conceitos explica, torna compreensível o rigor linguístico de Alexy.

## **Capítulo II - DIREITOS HUMANOS.**

### 2.1 Percurso histórico.

Versa, o presente trabalho, sobre colisão de direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, como meio de solução da colisão. Pano de fundo, pois, nessa questão, os direitos fundamentais. A colisão deles é circunstância.

Tendo em consideração, pois, que, no cerne, no fundo da questão estão os próprios direitos fundamentais, inicia-se a dissertação com uma visão, tão ampla quanto possível, sobre tais direitos. E essa visão, que se pretende geral, inicia-se por seu percurso histórico.

Sobre direitos humanos – compreendendo, evidentemente, seu percurso histórico, há, na literatura nacional (como, obviamente, na literatura estrangeira) vasta e rica literatura, há literatura de excelente conteúdo. Dentre as obras, tratando desse tema, cito, em primeiro lugar, a “Eficácia dos Direitos Fundamentais”, de Ingo Wolfgang Sarlet.

Ingo Sarlet trata, no capítulo 2, 1ª. parte de seu livro, do que chama de “perspectiva histórica “ dos direitos humanos, com este sub-título: “dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais”.

Nas “considerações preliminares” (item 2.1) do aludido capítulo, registra:

A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo do tempo é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses (Sarlet, 2007, p. 42).

Aderimos ao entendimento, colocado com justeza e exposto com brilho.

Com respeito ao “itinerário a ser percorrido” (Sarlet, 2007, p. 43), salienta o autor:

No que concerne ao itinerário a ser percorrido, uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se ressalte onde, por que e como

nasceram os direitos fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias. Cuida-se, nessa etapa, de destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento, em nível de direito constitucional positivo, dos direitos fundamentais no final do século XVIII. Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático (material) de Direito, bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados (Sarlet, 2007, p. 43).

Mais à frente, sintetiza o “devir histórico dos direitos fundamentais”:

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos (Sarlet, 2007, p. 43).

### 2.1.1 “A pré-história” dos direitos fundamentais.

Considerada aquela periodização, formulada por K. Stern, sobre a “pré-história” dos direitos fundamentais consigna Sarlet que consolidada, a esta altura, a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram aqueles direitos. Contudo, registra ainda:

... não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chaves que, posteriormente, vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis ... De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão (Sarlet, 2007, p. 44).

Relativamente à democracia ateniense, assinala que “constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade” (Sarlet, 2007, pág. 44). Modelo, pois, que sintoniza com a concepção de direitos fundamentais.

Acentua que “do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus” (Sarlet, 2007, p. 44). Mais uma circunstância, ajustando-se à idéia dos direitos humanos.

Finalmente, no tocante à “pré-história” dos direitos humanos (conforme a nomenclatura a que aderiu) , destaca: “Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus) (Sarlet, 2007, p. 44)

Ultrapassada aquela “pré-história”, chega-se, então, “à concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem”, palavras que Sarlet coloca no item 2.2 de sua obra (Sarlet, 2007, p. 44).

2.1.2 A concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem.

Já consignamos que, na abordagem do que estamos chamando de “percurso histórico” dos direitos fundamentais, a primeira palavra, a primeira visão que estamos considerando é a de Ingo Sarlet, exposta em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”. Estamos, em razão disto, procurando guardar fidelidade, inclusive, com a terminologia adotada por aquele autor. Por isto, a denominação dada, aqui, ao sub-item, que é a mesma de Sarlet.

Em sua exposição, Sarlet divide o jusnaturalismo, praticamente, em três fases. Da primeira fase, destaca Santo Tomás de Aquino:

De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte do governante poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (Sarlet, 2007. p. 45).

Alude Sarlet, ainda, a Picco della Mirandola, que, a partir e na linha de Santo Tomas, ofereceu contribuição à formulação da concepção:

Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola que, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem (Sarlet, 2007, p. 45).

2.1.3 Século XVI: ponto culminante do desenvolvimento da doutrina jusnaturalista.

É exatamente isto o que Sarlet assinala, na exposição que estamos acompanhando:

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista (Sarlet, 2007, p. 45).

Cita os teólogos espanhóis do século XVI (Vitória y a las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez):

... pugnaram pelo reconhecimento dos direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade, além de servirem de inspiração ao humanista racionalista de H. Grócio (Sarlet, 2007, p. 45).

Quanto a Hugo Grócio, salienta que “divulgou seu apelo à razão como fundamento último do Direito, e, neste contexto, afirmou a sua validade universal, visto que comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas” (Sarlet, 2007, p. 45).

Refere dois jusfilósofos alemães: Hugo Donellus, ensinando a seus alunos em Nuremberg, em 1589, “que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem” (Sarlet, 2007, p. 46). Ainda Johannes Althusius:

... no início do século XVII (1603), defendeu a idéia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à

autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência (Sarlet, 2007, p. 46).

No tocante ao século XVII, destaca, Sarlet, além de Grócio, Pufendorf, John Milton e Thomas Hobbes. Assinala, quanto a Milton, que “reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade da manifestação oral e da imprensa, bem como da supressão da censura” (Sarlet, 2007, p. 46). Conclui o parágrafo de que feita a transcrição acima, com esta observação:

Cumprе ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência as diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período (Sarlet, 2007, p. 46).

No parágrafo seguinte, Sarlet fala de John Locke, fazendo-o nestes termos:

Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), **primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder [grifei] ...** (Sarlet, 2007, p. 46).

Prossegue, com pertinência a Locke, linhas à frente:

Na lição de Perez Luño, com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo. Cumprе salientar, nesse contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governos, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites do poder estatal (Sarlet, 2007, p. 47).

Com respeito a Locke, pensamos, de nossa parte, que há de ter um lugar de relevo, na concepção de governo que afinal prevaleceu, no mundo ocidental, qual seja a concepção do governo democrático.

Hobbes, embora contratualista (concepção de que a sociedade organizada resulta de um pacto entre os indivíduos), era absolutista. Sustentava que “o

poder, para ser eficaz, deve ser exercido de forma absoluta” (Marcondes, 2004, p. 198).

Oposta, diversa, era a visão de Locke:

Com essa tese de um Estado concebido expressamente como garantia dos direitos individuais, **Locke funda o paradigma do liberalismo político**, [grifo nosso] mesmo que ele tenha tido precursores, principalmente entre os Monarcômanos protestantes ou no católico Marcílio de Pádua (Billier & Maryoli, 2001, p. 147).

Billier & Maryoli concluem suas observações, sobre Locke, com as seguintes considerações, que temos por absolutamente adequadas:

Com Locke, parece se efetuar uma notável tomada de consciência da modernidade política por ela mesma: o direito, que comanda, prescreve, limita, etc., em sua própria essência, tem também fundamentalmente por essência assegurar a liberdade. Esta essência aparentemente antinômica vai atravessar doravante o pensamento político, mas também, em diversos graus, as instituições no desenvolvimento histórico do liberalismo político (Billier & Maryoli, 2001, p. 76).

Voltamos, contudo, a Ingo Sarlet, para o fechamento de suas considerações acerca do que chama de “concepção jusnaturalista dos direitos naturais”. De seu último parágrafo, sobre o ponto, destaco as seguintes palavras: “É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase dos direitos humanos” (Sarlet, 2007, p. 47

Refletido, na palavra do respeitado Bobbio, o entendimento, generalizado, da doutrina acerca dos direitos fundamentais.

Mas conclui, Sarlet, sua exposição, sobre o magistério, definitivo, de Kant, conforme o entendimento de Bobbio:

Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico (Sarlet, 2007, p. 47).

#### 2.1.4 A positivação dos direitos fundamentais.

Sarlet denomina, a essa questão, de “o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo”, com um sub-título: “dos direitos estamentais aos direitos fundamentais constitucionais do século XVIII”. Numa palavra, a positivação desses direitos, daí a simplificação a que procedemos.

A **Magna Carta**, “pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses” (Sarlet, 2007, pp. 47/48)), constitui o marco inicial, nessa positivação.

O desenvolvimento desse ponto, na palavra de Sarlet:

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da **Magna Charta Libertatum**, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha servido apenas para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o **habeas corpus**, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a **Magna Charta** não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis (Sarlet, 2007, pp. 47/48).

Após aquele “marco inicial”, constituído pela **Magna Charta**, o fato que Sarlet relata, como “de suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa” (Sarlet, 2007, p. 48).

Quanto à “próxima etapa” (palavras textuais de Sarlet), este assim a coloca:

Como próxima etapa, impende citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente a **Petition of Rights**, de 1628, firmada por Carlos I, o **Habeas Corpus Act**, de 1679, subscrito por Carlos II, e o **Bill of Rights**, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d’Orange, como resultado da assim denominada “Revolução Gloriosa”, de 1688, havendo, ainda, quem faça menção ao **Establishment Act**, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo (Sarlet, 2007, p. 49).

Sarlet faz, contudo, ressalva que nos parece relevante:

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isto se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais. Ressalte-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal) (Sarlet, 2007, p. 50).

À etapa seguinte, a ela se refere Sarlet como “transição dos direitos de liberdades legais inglesas para os direitos fundamentais constitucionais” (Sarlet 2007, p. 50).

Aborda essa fase nos termos que se seguem:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos (Sarlet, 2007, p. 50).

Fala Sarlet, a seguir, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de

1789:

Igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento (sarlet, 2007, p. 51).

Sobre a diferença – de natureza e de objetivos – entre as Cartas americanas e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tenho como lapidar texto de Fábio Comparato, constante de sua obra, “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”:

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos **bill of rights** dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomaz Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos ...

Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros. Nos debates da Assembléia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, multiplicaram-se as intervenções de deputados nesse sentido. Dèmeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto, que “esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações. Mathieu de Montmorency repetiu, em 8 de agosto: “os direitos do homem em sociedade são eternos, (...) invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todas as nações”. Pétion, que foi **maire** de Paris, considerou normal que a Assembléia se dirigisse a toda a humanidade: “Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral (Comparato, 2007, pp. 133/34).

Ao que pensamos, não há, nos dias atuais, que falar, ou concluir o que aqui estamos chamando de “percurso histórico” dos direitos humanos (ou de “evolução” desses direitos, como o faz Comparato, ou de “perspectiva histórica” dos mesmos, como prefere Sarlet), sem lembrar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Comparato, quando fala do sentido histórico daquele documento, finaliza suas observações com o seguinte parágrafo:

Seja como for (e a ressalva ele a faz porque os países comunistas, mais a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar ), a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu art. 1. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos (Comparato, 2007, p. 226).

Permitimo-nos, contudo, encerrar nossas anotações, nesse tema, com outras palavras de Comparato, quais sejam aquelas – manifestadas com beleza e sabedoria, ao que cremos – com as quais abre sua obra, sobre Direitos Humanos:

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual

respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. E o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais (Comparato, 2007, p. 1).

Pela sabedoria nelas contida (o que acima já referimos), aderimos, com entusiasmo, às palavras de Comparato.

## 2.2 Direitos humanos e os princípios jurídicos.

### 2.2.1 Noções introdutórias.

Sobre direitos humanos está-se dissertando, desde nossas primeiras palavras. Segue-se, por conseqüência, que, no presente título, há que ver-se como se situam, no tema dos direitos humanos, os princípios jurídicos – numa primeira visão. Afinal, examinar-se-á, de maneira particular, o princípio da dignidade humana – por sua óbvia importância, no quadro dos direitos humanos. Ver-se-á, então, em que consiste, seu nascedouro, sua importância, enfim, tudo o que, especificamente, possa interessar.

No que respeita, de maneira geral, aos princípios jurídicos, evidente que não se pretende, neste passo, esgotar o assunto. Será, tão só, visão introdutória. No que concerne ao princípio da dignidade, então, será necessário exame mais longo, e mais aprofundado – porque este, a nosso ver, tem ligação mais próxima, mais direta, com nosso tema, qual seja os direitos humanos e suas colisões, e os meios de sua resolução.

Dentro de tal orientação - exame de menos profundidade dos princípios - vamos nos socorrer da conhecida obra de Ruy Samuel Espíndola, “Conceito de Princípios Constitucionais”. E vamos nos valer, exatamente, de sua “Introdução” à obra.

Anota, de princípio, Ruy Espíndola:

O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser, Jean Bourlanger, Jersy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Ensich, Wilhelm-Canaris, Genaro Carrió, entre outros,

proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma função auxiliar integrativa na aplicação do Direito, cabível aos princípios enquanto “princípios gerais de Direito”. Expressão concreta dessa superada posição positivista, constituiu a consagração, em várias legislações, do enunciado normativo: “**Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**”[grifos do autor] (Espíndola, 2002, pp. 33/34).

Relevante, ao que pensamos, a observação de Espíndola. Uma guinada significativa, sem dúvida, aquela do entendimento de que tinham, os princípios, “mera posição subsidiária”, para o entendimento de sua força normativa.

Prossegue o autor:

Atualmente, entende-se que os princípios estão inclusos tanto no conceito de **lei** [grifo do autor] quanto no de **princípios gerais de direito** [grifos do autor], divisando-se, nessa forma, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica, respectivamente (Eros Grau e Norberto Bobbio). Essa tendência tem sido chamada de pós-positivista. Seus postulados vão muito além: entendem os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros princípios encontráveis na ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas. Essas colocações constituem apenas alguns postulados dessa inovadora e progressista corrente do pensamento jurídico contemporâneo, como se verá nos capítulos subseqüentes (Espíndola, 2002, pp. 33/34).

Corrente “inovadora e progressista”, denomina-a Espíndola. Endossamos o entendimento. Temos essa mudança por um avanço, e teremos oportunidade de, mais adiante, neste trabalho, aduzir razões, pertinentes ao tema.

Foi no Direito Constitucional, contudo, que a nova postura mais repercutiu. Espíndola coloca essa questão, nestes termos:

Porém, é no Direito Constitucional que essa tendência ganhou prestígio e estabeleceu aprofundadas e conseqüentes reflexões, com autores como Vézio Crisafulli, Robert Alexy, Eduardo Garcia de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros. Nesse campo da Ciência Jurídica, os princípios assumiram estruturas e funções normativas muito diferentes das próprias a outros ramos do Direito. Na Ciência Constitucional, os postulados da posição hierárquico-normativa da Constituição, da peculiar natureza das normas constitucionais e dos discursos jusconstitucionais contemporâneos, que advogam as teses da **força normativa da Constituição** [grifos do autor] (Konrad Hesse) e da **Constituição como norma** [grifos do autor] (Enterría), ao lado de outros fatores teóricos, dogmáticos e normativos, imprimiram novo matiz metodológico e vigor teórico às posições pós-positivistas, relativamente

aos princípios jurídicos – agora princípios constitucionais (Espíndola, 2002, p. 35).

Sobre as conseqüências dessa mencionada inserção dos princípios no texto constitucional, Espíndola também estabelece reflexões:

Colocados na Constituição – cúspide normativa dos estados democráticos de direito – os princípios transmudaram de juridicidade e propuseram novas, instigantes e complexas questões à jurisconstitucionalística contemporânea. **Conceituá-los, classifiicá-los, defini-los, imiscuí-los em adequada base metodológica, lançando luzes para sua correta compreensão, interpretação e aplicação** [grifos do autor], constitui alguns dos desafios contemporâneos colocados aos juristas. Ou melhor: teorizá-los para estabelecer uma compreensão constitucionalmente adequada, inerente ao modelo democrático-social de Constituição, preponderante em nosso tempo, e, ainda, para estatuir um conceito em bases constitucionalmente aptas para dizer da normatividade dos princípios “na” Constituição e dos problemas teóricos e dogmáticos ligados à existência jurídica dos princípios constitucionais, [grifos do autor], é dever-tarefa dos constitucionalistas da atualidade (Espíndola, 2002, p. 35/36).

Espíndola, ao final de sua Introdução, fala dos objetivos de sua obra, e de seu **modus operandi**, para atingi-los. Antes, contudo, refere a bibliografia nacional, respeitante aos princípios, como refere o tratamento da jurisprudência de nossos Tribunais, dado ao tema. Mas o faz em razão de uma circunstância: acentuar a influência de Canotilho, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, assinalar a importância do mestre português, no Direito Constitucional contemporâneo, e, particularmente, no pertinente aos princípios.

Após enumerar os estudos de autores nacionais, sobre os princípios jurídicos, faz esta ressalva, com referência a Canotilho:

Todavia, não obstante esse considerável número de estudos e reflexões respeitante à temática dos princípios constitucionais, a doutrina nacional e a jurisprudência brasileiras (principalmente do Supremo Tribunal Federal) têm recorrido, de forma acentuada, após o advento da Constituição de 1988, aos ensinamentos de uma das maiores expressões do Direito Constitucional contemporâneo, e, sem dúvida, o maior autor da Ciência Constitucional da língua portuguesa: José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista português, professor da Faculdade de Direito de Coimbra (Espíndola, 2002, p. 42).

Com relação à influência da obra de Canotilho, na doutrina e jurisprudência brasileiras, prossegue:

No Brasil, têm sido raros os estudos produzidos após o advento de nossa lei fundamental, que não contenham referências, citações, e mesmo não tenham como norte teórico (expresso ou implícito) os ensinamentos, teses e reflexões

desse autor. Recentes congressos e encontros nacionais sobre Direito Constitucional, ou temas afins, têm requisitado a presença do mestre português. Pode-se dizer, sem exageros, que falar em Direito Constitucional no Brasil, hoje, é, necessariamente, dizer, dentre tanto autores nacionais, da obra do Professor de Coimbra, cujo ensino já conquistou outra nacionalidade, tornando-o autor de docência **luso-brasieira** [grifos do autor]. A influência de Canotilho tem sido tão grande, em nosso País, que José Afonso da Silva chegou a afirmar que, para entender a atual Constituição brasileira, os operadores jurídicos nacionais precisariam ler suas obras, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ney Prado chegaram a atribuir responsabilidade pelos matizes “socialistas” em nossa lei fundamental, além de outros fatores, à doutrina do autor português (Espíndola, 2002, pp. 42/43).

Quanto a Canotilho – e sua influência, sua importância, no que diz respeito aos estudos sobre os princípios constitucionais – Espíndola conclui suas observações com as seguintes palavras:

Quanto ao conceito de princípios constitucionais e sua normatividade, pode-se dizer que a obra de Canotilho apresenta uma ampla e profunda proposta para sua compreensão, constituindo-se numa das mais elaboradas e originais contribuições do Direito Constitucional contemporâneo à problemática, segundo é lícito deduzir da globalidade dos textos empregados na feitura desta dissertação (Espíndola, 2002, p. 44).

Pelo que se observou, e transcreveu, visto que a menção a Canotilho, no presente item, tratando de princípios, teve – a nosso pensar – inteira pertinência, e mais que isto, particular relevância.

### 2.2.2 Conceito de Princípio.

À primeira parte, deste item, denominamo-la de “noções introdutórias”, acompanhando, neste passo, Ruy Samuel Espíndola, ou seja, com considerações desenvolvidas a partir, exatamente, da “Introdução” de Espíndola, à obra indicada.

No item seguinte é que Espíndola trata de princípios jurídicos e Constituição. Nesse tema, o primeiro ponto de que cuida tem este título: “Conceito de Princípio no Direito”. Na mesma linha é que se trilhará, neste passo.

Há três visões através das quais podem ser examinados os princípios: uma visão ampla, ou seja, aquela que toca às várias áreas do conhecimento

humano, que, portanto, diz-lhes respeito; uma visão mais restrita, qual seja aquela que diz respeito à Ciência do Direito; por fim, aquela ainda mais específica, que interessa ao Direito Constitucional.

Genericamente, sobre **princípio**, Espíndola invoca, em primeiro lugar, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, quando aborda o verbete, nestes termos:

“Princípio. [Do lat. **Principiu**] S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...) 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe (...) 6. Filos, Fonte ou causa de uma ação. 7. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável” (apud Espíndola, 2002, p. 52).

Anota, ainda, Espíndola:

... noutra passagem do referido dicionário, registra-se o significado de **princípios** – agora no plural - : “Princípios. (...). Filos. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta ciência deve estar subordinado (Espíndola, 2002, p. 52).

Sobre a significação, lata, de princípio, prossegue Espíndola:

Para o jurista Luis Díez-Picazo, “a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras” ... Exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo as “premissas de todo um sistema que se desenvolve **more geométrico** (Espíndola, 2002, p. 52).

Cita, a seguir, Carmem Lúcia Antunes Rocha: “Na opinião da constitucionalista Carmem Lúcia Antunes Rocha, “O Princípio é o Verbo (...) No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado (Espíndola, 2002, p. 52)

Por fim, o autor oferece sua própria conceituação, acerca de princípio:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam (Espíndola, p. 53)..

Parece-nos correta a conceituação. E – se assim é – o conceito de princípio jurídico, ou, especificamente, de princípio constitucional, encaixam-se nesse modelo. Têm os mesmos matizes, os mesmos contornos.

### 2.2.3 O princípio da dignidade humana.

No item 1.2 do presente trabalho (percurso histórico dos direitos humanos), assinalamos que, na literatura nacional (como na estrangeira), há vasta e rica literatura sobre o tema (direitos humanos). O mesmo, evidentemente em menor proporção, pode-se dizer do princípio da dignidade humana – pela importância, obviamente, que tem o princípio, dentro do quadro dos direitos humanos.

Falamos, contudo, de uma “vasta e rica” literatura, sobre a matéria. Entre as obras, sobre o assunto, que consideramos de bom conteúdo, está a de Flademir Jerônimo Belinati Martins, “Dignidade da Pessoa Humana”, com o sub-título “Princípio Constitucional Fundamental”.

No item 1.1 de seu trabalho, Martins fala da dignidade da pessoa humana no pensamento ocidental. Já abordamos o aspecto, quando falamos do percurso histórico dos direitos humanos, e o fizemos com base, sobretudo, nas considerações de Ingo Sarlet. Não vemos porque retornar a esse ponto.

Já no item 1.2 trata do Direito Comparado, ou seja, como outros sistemas jurídicos tratam do tema. Seja no plano teórico, seja numa visão mais pragmática, temos o ponto por relevante. Daí dele cuidarmos, neste trabalho.

Começa, Martins, suas anotações, sobre a questão (item 1.2.1), referindo-se à Alemanha, e o faz nestes termos:

Conforme já mencionado, a Carta constitucional alemã, de 2 de maio de 1949, foi a primeira a constitucionalizar o valor da dignidade humana sob a forma de princípio, estando em seu art. 1º, nº I, que **“A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”** [grifos do autor] (Martins, 2008, p. 36).

Aduz, ainda: “Sua constitucionalização decorre, em grande medida, de uma franca reação aos horrores provocados pelo Estado nazista” (Martins, 2008. p. 36).

O autor assinala, no último período do item em exame, a importância do princípio: “... pode-se identificar a grande importância que se atribui ao valor inserto no princípio da dignidade humana, tendo em vista o entendimento de que se trata de valor fonte do sistema constitucional” (Martins, 2008, p. 37).

Depois de ter abordado o tratamento constitucional dado ao princípio, na Alemanha, refere-se a Portugal. Destaca a “ampla repercussão” do constitucionalismo português, no constitucionalismo brasileiro. Literalmente, sustenta:

A ampla repercussão que o constitucionalismo português causou, e causa, no constitucionalismo brasileiro pode ser facilmente constatada pela comparação não só entre as duas Constituições, como pelas numerosas referências a autores portugueses encontradas na doutrina nacional.

Lembre-se que a Constituição portuguesa, promulgada em 25 de abril de 1976, estabeleceu em seu art. 1º, referente aos princípios fundamentais, que: **“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”** [grifos do autor]. Destarte, a redação portuguesa em muito se assemelha à redação do princípio na Constituição brasileira (Martins, 2008, p. 40).

Fecha suas considerações, no respeitante ao direito português, no que toca ao princípio da dignidade humana, com este parágrafo: “Verifica-se, portanto, que na doutrina portuguesa a dignidade da pessoa humana é concebida não apenas como valor que confere sentido ao catálogo de direitos fundamentais, mas também como fundamento da própria República” (Martins, 2008, p. 41).

Martins analisa, ainda, o princípio, face ao direito espanhol, e ao francês. Quanto ao direito espanhol, acentua, no primeiro parágrafo:

A Constituição espanhola parece ter deixado expresso que seu ordenamento constitucional consiste em um sistema de valores, posto que o art. 1º, nº 1, estabelece que **“A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo jurídico”** [grifos do autor]. Esta dimensão valorativa da Constituição ganha relevo quando cotejada com o art. 10, nº 1, o qual expressa que: **“A**

**dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”** [grifos do autor] (Martins, 2008, p. 41).

Os textos transcritos autorizam, a nosso pensar, a conclusão de Francisco Fernandes Segado, que Martins transcreve:

Francisco Fernandes Segado refere que a Constituição espanhola de 1978 reconheceu a dimensão axiológica do Direito, visto que o ordenamento não se legitimaria por si, por proceder do Estado e obedecer a procedimentos formais de produção de normas, mas sim, encontraria legitimidade enquanto instrumento de realização dos fins que a Norma Suprema enuncia como valores (Martins, 2008, p. 43).

Quanto ao direito francês, consigna, de início:

Na França, o princípio da dignidade humana não está expresso na Constituição, mas foi reconhecido tanto pelo Conselho Constitucional quanto pelo Conselho de Estado. A diferença, com efeito, de outros países, está no fato de o princípio ser uma criação jurisprudencial, já que não figura expressamente em nenhum texto constitucional (Martins, 2008, p. 43).

O que acentua é que, não obstante não corresponder a texto constitucional expresso, tem, na França, o princípio da dignidade humana, **status** constitucional.

Literalmente, isto está na passagem seguinte, de sua obra:

Mesmo na ausência de norma expressa o Conselho Constitucional decidiu, em 1994, ao analisar a constitucionalidade de lei que disciplinava a doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, que o princípio da dignidade humana tem o **status** de princípio constitucional (Martins, 2008, p. 43).

Destaca, por fim, ao tratar do tema: “Percebemos, portanto, que também na França, ainda que o princípio tenha sido “descoberto” pela Jurisprudência, a dignidade da pessoa humana guarda intrínseca relação com os direitos fundamentais” (Martins, 2008, p. 45). Não tem, portanto, relevância menor que naqueles outros países que antes indicou.

#### 2.2.4 A Constituição de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana.

Duas vezes, anteriormente, neste trabalho (item 1.2 e 1.3.3), fizemos referência à existência, sobre o tema de direitos humanos (e suas implicações, seus desdobramentos) de abundante e valiosa literatura. Voltamos ao ponto, neste item, para destacar que, na abordagem a que estamos procedendo, continuamos, quanto às questões tratadas, seguindo o roteiro de Martins, na obra já aludida. Não porque seja a única, ou a melhor, a tratar da matéria. Mas porque é uma delas, e de bom nível. Dito isto, acrescentamos que a denominação que demos ao item (“A Constituição de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana”), corresponde, exatamente, ao item 2 do trabalho de Martins, com um sub-título: “Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito”.

O primeiro ponto, tratado por Martins, é de caráter histórico, e relevante, a nosso pensar.

Transcrevamos, então, as colocações de Martins:

A primeira Constituição brasileira a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui, foi a de 1988; isto muito em função da franca influência que as Constituições Alemã, Espanhola e Portuguesa exerceram em sua elaboração, conforme já estudado. Todavia, a primeira referência ao tema da dignidade da pessoa humana pode ser encontrada, ainda que de modo incipiente e em outro contexto, já ao tempo da Constituição de 1934, na qual se observa expressa referência à necessidade de que a ordem econômica fosse organizada de modo que possibilitasse a todos “existência digna” (art. 115). Já a Constituição de 1937, até mesmo em função de suas características autoritárias, não faz qualquer referência ao tema A idéia de organizar a ordem econômica e social de forma a garantir a todos existência digna é retomada pela Constituição de 1946, fazendo-se, entretanto, expressa alusão à garantia do trabalho humano como meio de possibilitar esta existência digna (art. 145) (Martins, 2008, pp. 47/48).

Relativamente à Constituição de 1967, evidentemente que Martins assinala a distância ocorrente entre a retórica da letra da Constituição e a prática autoritária do regime.

A respeito, registra:

... foi ao tempo da Constituição de 1967 que pela primeira vez se mencionou a “dignidade humana” (art. 157, inciso II) numa formulação principiológica (Martins, 2008, p. 48).

Não deixa de ser relevante observar que a simples exortação à dignidade da pessoa humana prevista na Constituição de 1967, e mantida pela Emenda Constitucional 1/69, não foi suficiente para afastar o caráter autoritário destes textos. Chega mesmo a ser paradoxal a referência existente no preâmbulo do Ato Institucional 5 – documento responsável pela legitimação formal do autoritarismo então reinante – no sentido de que a Revolução de 1964 teve a intenção de dar ao país um “ (...) regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana (...)”(Martins, 2008, pp. 48/49).

Assinala, na continuação do parágrafo:

Na verdade, o Ato Institucional nº 5, em que pese a exortação à dignidade da pessoa humana, referendou um período de grande repressão política e desrespeito aos direitos fundamentais e, por que não dizer, à dignidade da pessoa humana. Com efeito, a simples referência à dignidade da pessoa humana, na doutrina, nas leis e até mesmo nas Constituições, demonstrou ser incapaz de preservar a pessoa humana da violação e aviltamento de sua dignidade (Martins, 2008, p. 49).

Especificamente, no tocante à elaboração da Carta de 88, observa:

... o processo constituinte foi marcado pela ativa participação de constitucionalistas brasileiros – contrários à cultura jurídica positivista prevalente e influenciados pelo constitucionalismo português e espanhol contemporâneo – que pretenderam não apenas reconstruir o Estado de Direito após anos de autoritarismo militar, mas principalmente **“dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta”** [grifos do autor] (Martins, 2008, p. 50).

Com tintas cada vez mais claras, vai retratando o quadro em que elaborada, vai colocando os pressupostos que a informaram:

Foi neste contexto de instauração de um Estado Democrático de Direito, em franca reação ao período autoritário que então findava, que se desenvolveram os trabalhos constitucionais, culminando na promulgação da Constituição de 1988. Uma Constituição cuja pretensão não se resume apenas a restaurar o Estado de Direito, mas “reencantar o mundo”, voltando-se contra o positivismo na busca de um fundamento ético para ordem jurídica e contra o privatismo na busca da efetividade do amplo sistema de direitos assegurado (Martins, 2008, p. 50).

Compara a Constituição de 1988 com as anteriores:

E quando cotejada com as Constituições anteriores não deixa de ser uma ruptura paradigmática a solução adotada pelo constituinte na formulação do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica, declarando-a, em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da

República Federativa do Brasil, a qual se constitui em Estado Democrático de Direito ... (Martins, 2008, p. 50).

Pensamos que, no ponto em exame (“ruptura e superação dos padrões até então vigentes”), a passagem que se segue, de Martins, é absolutamente verdadeira, absolutamente esclarecedora:

Com efeito, a Constituição de 1988 representa para a ordem jurídica brasileira um marco de ruptura e superação dos padrões até então vigentes no que se refere à defesa e – principalmente - promoção da dignidade da pessoa humana. O constituinte não se preocupou apenas com a positivação deste “valor fonte” do pensamento ocidental, buscou acima de tudo estruturar a dignidade da pessoa humana de forma a lhe atribuir plena normatividade, projetando-a por todo sistema político, jurídico e social instituído. Não por acaso atribuiu ao princípio a função de base, alicerce, fundamento mesmo da República e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui: um princípio fundamental. A fórmula, embora não totalmente inovadora, haja vista a redação da Constituição Portuguesa, atribui ao valor expresso na dignidade da pessoa humana uma proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Constituição (Martins, 2008, p. 51).

#### 2.2.5 Dignidade da Pessoa Humana: Valor Fonte do Sistema Constitucional.

É, esta, a denominação que Martins dá ao item 2.2. de sua obra. Acreditamos que, pela simples denominação, pode-se concluir a importância que dá ao princípio – no que não está só, evidentemente, antes sintoniza com outros doutrinadores.

“Valor fonte” é expressão de si mesma significativa. “Fonte”, na palavra de Buarque de Holanda, é “aquilo que origina ou produz; origem, causa” (Ferreira, 1ª. edição, p. 643). É fundamento, pois (como o diz a Constituição), do sistema.

Sobre o ponto (“dignidade da pessoa humana como valor fonte do sistema”), Martins desenvolve numerosas considerações, discorre em várias páginas. Pretendemos, entretanto, de nossa parte, sobre a questão, pinçar, do texto de Martins, passagens, apenas, que consideramos mais significativas, e que, por isto, reflitam o espírito, ou a essência do seu pensamento.

Começamos pelo trecho em que o autor fala da relação princípios x valores:

... apesar de concebermos, junto com a doutrina constitucional contemporânea, que o sistema é formado por princípios e regras, desde já, registramos nossa inteira recusa às doutrinas que negam conteúdo normativo aos valores. Se é certo que a normatividade dos valores constitucionais não se apresenta direta, não menos certo é que ela existe, ainda que indireta e reflexamente. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona, por exemplo, que o fato de a dignidade da pessoa humana ter sido reconhecida pela Constituição de 1988 como princípio fundamental não afasta o seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica, mas, ao contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade (Martins, 2008, p. 56).

Prosseguimos quando o autor sustenta a incorporação dos valores ao sistema jurídico, através dos princípios e regras. Cita, então Carmen Lúcia Antunes Rocha, nesta passagem:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em cada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulamentação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico, e melhores condições de ter efetividade jurídica e social (Martins, 2008, pp. 57/58).

Ricas, a nosso ver, as reflexões de Martins, sobre o princípio da dignidade humana, como “valor fonte” do sistema constitucional. Vamos transcrever, a seguir, duas dessas reflexões.

A primeira:

A idéia de valor fonte nos conduz, portanto, não a um valor do qual se extrai todos os demais valores, mas sim, de um valor dotado de proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Constituição. Um valor que sem afastar outros valores essenciais adotados, como o da liberdade, da justiça social, etc., fundamenta, orienta e limita criticamente a interpretação de toda a Constituição, inclusive, dos demais valores acolhidos (Martins, 2008, p. 61).

A segunda, das reflexões a que aludimos:

... quando analisamos a Constituição brasileira percebemos que o valor fonte do nosso sistema constitucional radica na dignidade da pessoa humana. Não apenas pela própria colocação topográfica dos dispositivos constitucionais, que tratam – pela primeira vez, diga-se de passagem – da pessoa humana já na parte inicial do texto ou pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, mas principalmente pelo amplo catálogo de direitos fundamentais instituídos e protegidos pela Constituição (Martins, 2008, pp. 61/62).

Martins conclui suas observações, sobre o ponto (A Constituição de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana) com as palavras que se seguem:

E em face da Constituição de 1988, por força de sua proeminência axiológica sobre os demais valores, temos que uma das principais funções do princípio da dignidade humana repousa, então, na circunstância de ser elemento que confere “**unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional**” [grifos do autor, citando Ingo Sarlet]. Em suma, o valor fonte dignidade da pessoa humana confere uma unidade axiológica-normativa de sentido à Constituição brasileira (Martins, 2008, p. 62).

Martins não fecha sua obra até onde a examinamos, com transcrições. Contém um outro capítulo, e conclusões. Cremos, contudo, que tratamos da parte mais relevante – pelo menos, no que interessa ao presente trabalho. Por isto, passaremos a outras observações, e reflexões, já considerando outros autores, que tratam do tema.

2.2.6 A manifestação de outros autores, na linha desenvolvida por Flademir Martins.

De maneira geral, os demais autores seguem a linha de Martins, quando este aponta o princípio da dignidade humana como “valor fonte” do sistema constitucional, ao qual dá a “unidade axiológica” também sustentada por Martins.

Apenas para ilustrar vamos apontar o entendimento de alguns outros eminentes autores:

O Egrégio Jose Afonso da Silva tem artigo publicado na “Revista de Direito Administrativo”, nº 212, ao qual dá o título de “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia” (1988, pp. 89-94).

Pensamos que o título da matéria seja auto-explicativo. O que é supremo está em plano mais alto, acima de confrontos e de sopesamentos.

Daniel Sarmento, em sua obra “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”, tem, sobre o ponto, esta passagem:

**O princípio da dignidade humana representa o epicentro da ordem jurídica**, [grifo nosso], conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais. O Estado e o Direito não são fins, mas apenas meio para a realização da dignidade humana ... (Sarmento, 2003, p. 197)

Nessa linha, a afirmativa de Celso Bastos e Ives Gandra Martins, em seus comentários ao art. 1º da Constituição: “O Estado se erige sob a noção de dignidade da pessoa humana” (Bastos & Martins, 1988, 1º vol., p. 425).

Afinal:

A expressão de que a dignidade humana é o “valor fonte” do sistema constitucional já a usara mestre Miguel Reale, apud Sarmento, em “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” (2003, p. 197).

Não obstante essa aparente unanimidade sobre a questão, o entendimento de Robert Alexy não é coincidente com essa visão. Onde a incoincidência, e porque, ver-se-á, no tópico seguinte.

2.2.7 A inexistência dos direitos absolutos, na visão de Alexy. A questão do princípio da dignidade, em particular.

Exposta, no item anterior, a visão de parte considerável da doutrina, tratando e qualificando o princípio da dignidade como “valor fonte do sistema constitucional”. Expusemos, de maneira particular, o entendimento de Fladimir Jerônimo Belinati Martins, que tem, especificamente, monografia sobre o tema, sob o título “Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental”.

Já assinalamos que é outro o entendimento de Alexy, sobre o ponto – e não custa lembrar que Alexy é o nosso marco teórico, nesse trabalho.

Alexy trata desse tema no Capítulo 4, item 7.2 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ao qual denomina exatamente de “princípios absolutos”.

Não transcreveremos toda a extensa argumentação desenvolvida por Alexy, sobre o tema. Limitar-nos-emos ao que nos pareça mais significativo, ou mais expressivo.

Dentro de tal orientação, transcrevemos a seguinte passagem:

É fácil argumentar contra a existência de direitos absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito (Malheiros Editores, 2008, p. 111).

Argumento, a nosso pensar, definitivo, absolutamente convincente.

Alexy, contudo, não se limita a esse argumento. Trata, especificamente, do princípio da dignidade humana - ponto que mais particularmente nos interessa, nesta exposição:

Seria ainda possível sustentar que a Constituição alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art., 1º, § 1º, I: “A dignidade humana é inviolável”. De fato, o art. 1º, § 1º, I, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de posições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes ... (Malheiros Editores, 2008, p. 112).

A observação que se segue é, a nosso sentir, absolutamente esclarecedora:

Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, **mas tão-somente se ela foi violada , ou não [grifo nosso]** (Malheiros Editores, 2008, p. 112).

Alexy invoca, em favor de sua tese, julgados do Tribunal Constitucional Federal.

O primeiro deles, em decisão sobre interceptação telefônica:

“No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, disposto no art. 1º da Constituição alemã ( ... ), tudo depende da definição das circunstâncias nas quais a dignidade humana pode ser considerada como violada. Com certeza não há uma resposta geral, **devendo-se sempre levar em consideração o caso concreto**” [grifo nosso] (Malheiros Editores, 2008, p. 112).

Ora: Se, numa discussão sobre o princípio da dignidade humana, deve-se “sempre levar em consideração o caso concreto”, resulta óbvio, da circunstância, que o princípio não é absoluto. Se o fosse, as circunstâncias do caso concreto não interessariam. E quem o afirma é o Tribunal Constitucional Federal, em abono, pois, do entendimento de Alexy.

Refere Alexy, ainda, julgamento do mesmo Tribunal, sobre prisão perpétua:

Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que “a dignidade humana ( ... ) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça” (Malheiros Editores, 2008, p. 113).

Conclui, sobre o ponto, o próprio Alexy:

Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da “comunidade estatal”, sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma (Malheiros Editores, 2008, p. 113).

Enfim:

Acreditamos que o pensamento de Alexy, sobre a questão, sintetiza-se na passagem seguinte:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de precedência (Malheiros Editores, 2008, p. 113)

Nessa divergência – se absoluto ou não o princípio da dignidade humana, se é, pois, hierarquicamente ou não superior aos demais princípios – convence-nos o entendimento de Alexy (pelos argumentos que desenvolve) ao qual aderimos, embora respeitáveis as opiniões em contrário.

### 2.3 Direitos humanos/Direitos fundamentais.

Referem-se, as expressões, a um mesmo conceito? Ou seja: embora nomenclaturas diversas, correspondem à mesma significação? Ou, reversamente, é diversa a terminologia, cuidando de conceitos também diversos? Se são diversos, relacionam-se, e como?

A matéria é tratada pela doutrina, com apontamento de respostas, obviamente. Assim, por exemplo, o faz Ingo Sarlet, na obra neste trabalho já antes referida (“A Eficácia os Direitos Fundamentais), com transcrição, inclusive, de determinadas passagens.

Sarlet trata do tema, na primeira parte de sua obra, em item a que denomina de “A problemática da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica: a busca de um consenso” (Sarlet, 2008, p. 33).

Começa, o autor, a abordar o tema, justificando, exatamente, a necessidade de tal abordagem, fazendo-o nos termos que se seguem:

No que concerne à terminologia e ao conceito adotados, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes. **Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado** [grifo nosso], o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador (Sarlet, 2008, p. 33).

Enfatizado, pois, por Sarlet, na passagem transcrita, a “heterogeneidade” e a “ambigüidade” das expressões em exame. Temos, de nossa parte, igualmente por justificada a inclusão do tema, na presente dissertação.

Voltando à exposição de Sarlet. Linhas à frente, toca, o autor, no que consideramos o cerne da questão:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (Sarlet, 2008, pp. 35/36).

Sobre o ponto, vale acentuar que Sarlet, confessadamente, segue a linha do constitucionalista espanhol Pérez Luño, o qual cita, reiteradamente, em sua obra.

No item de que estamos tratando, da obra de Sarlet (“A problemática da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica: a busca do consenso”, conforme antes anotamos), assinala, a certa altura: “Neste contexto, há que ter em mente que não pretendemos, aqui, entrar no exame do significado específico e das diferenças entre os diversos termos referidos ...” Na nota de rodapé nº 6, destacada logo após as palavras que transcrevemos, anota: “Para quem objetiva lançar um olhar mais criterioso sobre esta problemática, sugerimos a leitura do primeiro capítulo da obra de A. E. Pérez Luño, **Derechos Humanos**, p. 21 e ss.). Nas referências bibliográficas de sua obra, inclui nada menos que quatro obras de Pérez Luño, sobre Direitos Humanos.

Fábio Konder Comparato, em sua obra clássica sobre direitos humanos (“A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”), trata da questão, em item a que denomina de “posição dos direitos humanos no sistema normativo”. Disserta, em tal parte, nestes termos:

Por tudo o que se acaba de expor, não é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão **direitos humanos** ou **direitos do homem**. [grifos do autor]. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Mas como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade? (Comparato, 2007, p. 58).

Chega, então, Comparato, ao ponto que, de perto, nos interessa:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais (Comparato, 2007, pp. 58/59).

Comparato não destoa do entendimento de Pérez Luño, estando seu magistério, embora menos ostensivamente, na esteira do pensamento do grande constitucionalista espanhol.

Assim pois:

Caminhando, Sarlet e Comparato, na esteira do pensamento de Pérez Luño, obviamente que são concordes nisto: fundamentais são os direitos humanos positivados. Relação, pois, de gênero e espécie.

Gilmar Mendes, em obra recente, em co-autoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (“Curso de Direito Constitucional”), aborda a questão. Não discrepam dos autores que antes citamos, sendo, a nosso ver, muito claros na sintonia que estamos enfatizando:

Outra característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos de ordem pública. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões **direitos fundamentais** e **direitos humanos** [grifos dos autores].

A expressão **direitos humanos**, ou **direitos do homem** [grifos dos autores], é reservada para aquelas de reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e **não possuem como característica básica a posituação numa ordem jurídica particular** [grifo nosso].

A expressão **direitos humanos** [grifos dos autores], ainda, e até por conta de sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar

pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a locução **direitos fundamentais** [grifos dos autores] é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, **inscritos em diplomas normativos de cada Estado** [grifos nossos]. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra (Mendes et al., 2008, p. 244).

Note-se que os autores, no último parágrafo transcrito, assinalam a historicidade e a territorialidade dos direitos fundamentais – o que, de maneira geral, é destacado pela doutrina.

Os autores invocam, ainda, José Afonso da Silva, em passagem que, embora nos pareça menos clara, expressa o mesmo entendimento:

Igualmente nessa linha, a conceituação que se recolhe em José Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais designam, “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo **fundamentais** acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, 1992, pp. 163-164, apud Mendes et al., 2008, p. 237).

A conclusão, no particular:

Direitos humanos e direitos fundamentais não são, obviamente, expressões sinônimas, não têm significação idêntica. A distinção entre elas não é, certamente, “corriqueira”, como nos fala Sarlet, em passagem transcrita (Sarlet, 2008, p. 35). Mas a distinção usual, consagrada na doutrina, é aquela que apontamos nas linhas anteriores, com base nos autores que invocamos ( Sarlet e Comparato – seguidores de Pérez Luño - Gilmar Mendes et al. e José Afonso da Silva).

É, esta, a lição da doutrina – e convincente, aceitável, a nosso modo de ver.

## 2.4 Direitos fundamentais e valores da sociedade atual.

### 2.4.1 Introdução.

Sobre direitos humanos (e, de maneira particular, sobre os direitos fundamentais, que são os direitos humanos positivados, conforme já visto), expusemos vários aspectos, até aqui.

O item que se inicia não contém qualquer viés de inovação, nem guarda dificuldades teóricas, ou doutrinárias. O que se quer, contudo, é assinalar alguns pontos, que nos parecem mais relevantes, nesse tema. Quanto sua pertinência, temo-la como óbvia

#### 2.4.2 A lei como reflexo dos valores sociais.

Certamente que a afirmativa soa a truísmo, na área jurídica, e na área política. Disposições expressas, da Constituição brasileira, são comprovação disto. “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, proclama o parágrafo único do art. 1º de nossa Carta constitucional.

O preâmbulo da mesma Carta, ao acentuar o propósito do constituinte de instituir um Estado democrático, proclama, no seguimento do texto, a que se destina tal Estado Democrático: “... assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** ...” (grifo nosso).

Os direitos que o texto relaciona constituem, em suma, os direitos fundamentais. Constituem, conforme ainda o texto, os **valores supremos** da sociedade que todos desejamos. Tais valores quadram com a sociedade que compomos.

#### 2.4.3 O Estado de Direito.

Aqueles “valores supremos” acima referidos sintonizam com o Estado de Direito. O Estado Democrático é espécie do Estado de Direito.

Sobre o Estado de Direito, Gilmar Mendes, em obra em co-autoria com Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco, qual seja o “Curso de Direito Constitucional”, destacam afirmativa de Pablo Lucas Verdú, de que o Estado de Direito é sempre uma **conquista** [grifo do autor]. Na passagem, que transcrevem, de Verdú, há afirmativas, sobre o tema, que as tenho por preciosas (Gilmar Mendes et. al. as qualificam como “síntese precisa”). Tal “síntese precisa” está posta nos seguintes termos:

O Estado de Direito, em qualquer de suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, **é uma conquista** [grifos do autor]. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: Estado liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; Estado social de Direito, contra o individualista e o absentismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta com as estruturas sócio-políticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado (Mendes et al., 2008, p. 44).

O próprio Gilmar Mendes, e co-autores, prosseguem, sobre o tema:

Essas conquistas, como se sabe, foram ocorrendo ao longo do tempo e correspondem, na tipologia do Estado de Direito, ao que se convencionou chamar as suas etapas **liberal, social e democrática** [grifos dos autores], iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas sobretudo após a Segunda Guerra – a sua face social – e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas **direitos civis e políticos** [grifos dos autores], mas depois também **direitos econômicos, sociais e culturais** [grifos dos autores], cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado democrático de Direito (Mendes et al., 2008, p. 44).

Relativamente às conquistas (representadas pelo Estado de Direito), Mendes e co-autores acentuam que “... essa evolução não se verificou de forma linear – antes se realizou com avanços e retrocessos ...” (Mendes et al., 2008, p. 44). Na continuação do parágrafo, destacam, linhas à frente, que a evolução desse processo não foi linear, teve, contrariamente, natureza dialética, com “... absorção, transformação/superação das fases anteriores (Mendes et al., 2008, pág. 45).

Relativamente ao caráter dialético da evolução política, não custa acentuar que Gaio, o famoso jurisconsulto romano, definiu a lei como “aquilo que o povo ordena e constitui” (apud Luiz Fernando Coelho, verbete “Lei”, na “Enciclopédia Saraiva de Direito”, vol. 48, 1997, p. 434).

Sobre Gaio (e sua importância como jurisconsulto), Benjamin Coluccio o refere, em seu “Direito Romano”:

Gaio, que viveu sob os governos de Antonino, o Piedoso, e Marco Aurélio, e pertencia à escola dos Sabianianos, tendo escrito as suas Institutas que serviram de modelo às Institutas de Justiniano e são consideradas uma das fontes mais importantes do Direito Romano (Colucci, 1961, p. 34).

Se, à época de Gaio, ou seja, no século II da era cristã, a lei, conforme a formulação daquele jurisconsulto, era tida como expressão da vontade popular, aqueles retrocessos (e com enorme profundidade) referidos por Gilmar Mendes, respeitantes ao tema, verificaram-se no curso da história.

A esse respeito, ou seja, dos retrocessos, pertinentes à relação lei x vontade popular, basta lembrar, a título de ilustração, o absolutismo monárquico, que marcou o início do Estado moderno. Tal absolutismo monárquico, conforme a unanimidade dos autores, e assim, Sahid Maluf, em sua “Teoria Geral do Estado”, “assentava-se sobre o fundamento teórico do direito divino dos reis ...” (Maluf, 1998, p. 119). “A autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e provinda diretamente de Deus” (Maluf, 1998, p. 119). O povo, em tais condições, nada contava, no que respeita às decisões políticas, ao destino do Estado e da nação. Competia-lhe obedecer àquele que exercia o poder, por delegação divina.

#### 2.4.4 A conclusão, no particular.

No início deste item, registramos nosso entendimento de que, a nosso pensar, os direitos fundamentais correspondem a valores que a sociedade moderna assimilou, incorporando-os a seu modo de ver a convivência social, e a própria relação Estado x sociedade. Pensamos, com o item, deixar assinalado o aspecto, o mais claramente possível. Nessa conformidade, os direitos fundamentais, que a nossa Constituição consagra (como as dos demais países que adotaram o Estado de Direito – os Estados ocidentais, como regra) não representam formulações arbitrárias do legislador, ou meros desejos pelos

mesmos manifestados, mas correspondem à incorporação, à ordem jurídica, de autênticos anseios populares.

Sarlet – em melhor forma e com mais autoridade – invocando Canotilho e Habermas – trata do ponto:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, “o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a **convicção, por parte da coletividade, de sua bondade intrínseca**” [grifei] (Sarlet, 2007, p. 69).

Por todas as razões expostas, incontestável a afirmativa de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, manifestada em seus “Comentários à Constituição do Brasil”, comentários ao parágrafo único do art. 1º, de que “não há outra fonte legitimadora do poder senão a sua filiação a uma origem comum, que é a vontade popular” (Bastos e Martins, 1988, 1º vol., p. 382).

2.5 A colisão de Direitos Fundamentais. Necessidade de instrumentos que a solucione.

Sobre a colisão de direitos, ou de princípios, defrontamos, na doutrina, duas posições diferenciadas: uma que a situa no plano da possibilidade (possível que ocorram as colisões), outra que a tem por inevitável.

Ruy Samuel Espíndola, na obra aqui já antes referida, ao discorrer sobre “Antinomias e tensões entre princípios constitucionais” (item 3.2.6), transcreve Canotilho.

Acerca da questão, é a que se segue a transcrição do eminente constitucionalista lusitano:

O fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios **já insinua que podem existir** [grifo nosso] **fenômenos de tensão** [grifos do autor] entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios

constitucionais gerais e especiais” ( **Fundamentos da Constituição**, p. 135-138; e **Direito Constitucional**, p. 654-661, apud Espíndola, 2002, p. 243)

Conforme, pois, aquele ilustre mestre, as colisões entre princípios **podem ocorrer**. Situam-se, em conseqüência, nessa passagem, na primeira corrente.

Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida, abre obra de sua autoria, “Conflito entre Normas Constitucionais” (Parte I, item 1), com este parágrafo: “Nenhum direito é absoluto” (Almeida, 2002, p. 9). Implícito, na afirmativa, que todo direito, qualquer direito (por ser relativo), fica sujeito a ser confrontado com outro, resultando disto a prevalência de um, em detrimento do outro. Não se manifesta, contudo, a autora, sobre se meramente possíveis, ou se inevitáveis as colisões.

Valeschka e Silva Braga, em seu livro “Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade” , trata do tema da colisão de princípios, Parte 5 de sua obra. No item 5.3 (“Colisão de normas constitucionais e escassez de recursos”), está a passagem que se segue: “A colisão de princípios constitucionais advém das tensões sociais e políticas **inevitavelmente** [grifo nosso] incorporadas à Constituições” (Braga, 2006, p. 146).

Pensamos que, da afirmativa, deva extrair-se a conclusão de que, se os reflexos das “tensões sociais e políticas” são inevitáveis, no texto constitucional, daí decorre a inevitabilidade das colisões, no plano dos direitos e princípios agasalhados constitucionalmente.

A observação da autora citada remete a questão afim, qual seja a qualificação que se dá, em doutrina, às Constituições que refletem antagonismos ideológicos – Constituições às quais se dá o nome de “Constituições compromissórias”.

Daniel Sarmento, em sua obra “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”, na apresentação do tema, define tal conceito (Constituição compromissória), fazendo-o nos termos que se seguem:

Neste contexto, torna-se freqüente a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, máxime em países que, como o Brasil, **adotaram Constituições compromissórias**. Estas são cartas nas quais o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados. Assim, tais Constituições acabam hospedando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, refletindo, no plano normativo, o pluralismo axiológico vigente na sociedade (Sarmiento, 2003, p. 22).

Conforme a doutrina, esse caráter compromissório é marca das Constituições modernas. Tal circunstância está assinalada, por sinal, em voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIN nº 319/DF (RTJ 149: 666, 692), no trecho que se segue:

Senhor Presidente, temos, ao menos desde 1934, e marcadamente no texto de 88, uma típica Constituição compromissória, **como, de resto, sói acontecer serem quase todas as Constituições contemporâneas** [grifo nosso] (apud Sarmiento, 2003, p. 175).

Pensamos, de nossa parte – face às razões antes assinaladas – que as colisões entre princípios, nas Constituições, são inevitáveis.

Acompanhamos, nesse particular, jurista consagrado, qual seja Karl English, que Daniel Sarmiento transcreve, em manifestação sobre o tema:

O pluralismo de idéias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através de seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes. Tais princípios, como temos visto no decorrer deste estudo, entram às vezes em tensão na solução de casos concretos. Como observou Karl English, **a contradição principiológica é um fenômeno inevitável** [grifos nossos], na medida em que constitui reflexo natural das **desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer conflito** [grifos do autor] (Karl English, Introdução ao Pensamento Jurídico, 6ª. ed. 1983, p. 318, apud Sarmiento, 2003, p. 97).

O fato é que, inevitáveis ou meramente possíveis, as colisões entre direitos e princípios ocorrem, daí a necessidade da criação de instrumentos que as solucionem.

Esse é o tema do qual se tratará, na próxima parte.

### Capítulo III – INSUFICÊNCIA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS, PARA SOLUÇÃO DAS COLISÕES.

O capítulo I da obra de Daniel Sarmiento, aqui já antes referida, tem esta denominação: “A Unidade da Constituição e a Insuficiência dos Critérios Clássicos para Resolução dos seus Conflitos Normativos”. Desenvolvendo este tema, observa o autor:

Cabe, então, indagar-se se os critérios tradicionais de resolução de antinomias são suficientes para equacionamento de todas as tensões entre normas constitucionais. Segundo a lição clássica, exposta com precisão por Norberto Bobbio, estes critérios são o cronológico, hierárquico e de especialidade (Sarmiento, 2003, p. 29).

Na nota de rodapé nº 13, à mesma página 29, esclarece Sarmiento que a “lição clássica”, exposta por Bobbio, está em sua consagrada **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Se é assim, justifica-se, a nosso pensar, que recorramos ao próprio Bobbio, fonte citada da exposição da “lição clássica”.

Bobbio disserta sobre as antinomias no Capítulo 3, item 3 de sua obra:

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: **antinomia** [grifo do autor]. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que **o Direito não tolera antinomias** [grifos do autor]. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas duas celebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o **Digesto**; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no **Digesto** não há normas incompatíveis e usa a palavra antinomia. “Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversário nemine constituto” (Deo auctore, ou De conceptione digestorum). Analogicamente: “Contrarium autem aliquid in hoc códice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quibus subtili animo diversitatis rationes excutiet” (Tanta, ou De confirmatione digestorum). O fato de no direito romano, considerado por longos séculos o Direito por excelência, não existirem antinomias foi regra constante para os intérpretes, pelo menos enquanto o Direito romano foi o Direito vigente. Uma das finalidades da interpretação jurídica era também a de eliminar as antinomias, caso alguma tivesse aparecido, recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos. Nessa obra de resolução das antinomias foram elaboradas algumas regras técnicas que veremos a seguir (Bobbio, **Teoria do Ordenamento Jurídico, 2006, p. 81**).

Vocabularmente, relevante a remessa à matriz grega da palavra, reunindo os termos **anti** e **nomos** (confirme-se em Silveira Bueno, “Grande

Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa”, verbete “Antinomia”). Daí ao latim (e às Constituições de Justiniano), a passagem foi natural.

Relativamente àquelas “regras técnicas”, “para resolução das antinomias”, Bobbio fala delas no item 5 do Capítulo 3 de sua obra, ao qual denomina de “Critérios para a solução das antinomias”.

Esses critérios são amplamente conhecidos. Temos, contudo, que, por fidelidade à fonte – e por que não? Também em homenagem ao humanista e grande pensador que foi Bobbio – vamos continuar a transcrevê-lo, textualmente:

As regras fundamentais para solução das antinomias são três:

- a) critério cronológico;
- b) critério hierárquico;
- c) o critério da especialidade.

O critério cronológico, chamado também de **lex posterior**, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: **lex posterior derogat priori**. Esse critério não necessita de comentário particular (Bobbio, 2006, pp. 92-93).

No parágrafo seguinte, fala do critério hierárquico: “... chamado também de **lex superior**, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*” (p. 93).

Esclarece o fundamento desse critério:

Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores (Bobbio, 2006, p. 93).

Finalmente, discorre sobre o critério da especialidade: “O terceiro critério, dito justamente **lex specialis**, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial (ou excepcional), prevalece a segunda: **lex specialis derogat generali**”.

Prossegue:

Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de um norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo **genus** para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma **species** do **genus**) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação (Bobbio, 2006, p. 96).

No item 6 do mesmo Capítulo 3, disserta sobre a “insuficiência dos critérios” (daqueles, portanto, que apresentou). Expõe, então:

Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas:

- 1) contemporâneas;
- 2) do mesmo nível;
- 3) ambas gerais.

Entende-se que, nesse caso, os três critérios não ajudam mais (Bobbio, 2006, p. 07).

Indaga-se Bobbio, linhas adiante, e oferece a resposta:

**Quid faciendum?** Existe um quarto critério que permita resolver as antinomias desse tipo? Aqui, por “existe”, entendemos um critério “válido”, isto é, um critério que seja reconhecido legítimo pelo intérprete quer por sua razoabilidade quer pelo seu incontestado uso.

Devemos responder que não (Bobbio, 2006, p. 98).

Chegados a esse impasse, justifica-se a parte que se seguirá, em nossa dissertação: “A máxima da proporcionalidade, como solução atual das colisões de direitos fundamentais”.

É, efetivamente, do que se cuidará, a seguir.

## Capítulo IV – A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE, COMO SOLUÇÃO ATUAL DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

### 4.1 A máxima da proporcionalidade – sua origem e desenvolvimento.

Daniel Sarmento, em obra aqui já referida (“A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”), tem item, específico, em que discorre sobre o ponto. Chama de princípio, contudo (como parte considerável da doutrina), ao que Alexy chama de “máxima” – questão aqui antes já examinada, no item 1.3.

Na introdução, todavia, do Capítulo IV (“o princípio da proporcionalidade”, é como o denomina), faz registro que, a nosso ver, interessa ao tema. Por isto, transcrevemo-lo:

A noção de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação às situações a que visam atender é intuitiva. Há muitas décadas, o grande publicista Walter Jellinek já captara bem esta idéia, ao proclamar, em expressiva metáfora, que **não se deve usar canhões para matar pardais** [grifos do autor].

Na verdade, o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Neste sentido, ele tem sido utilizado no Direito Comparado, e, mais recentemente, também no Brasil, como poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça (Editora Lumen Juris, 2003, p. 77).

Sobre, particularmente, “origem e desenvolvimento do princípio no Direito Continental Europeu”, o autor trata no item 2 do já aludido Capítulo IV.

A respeito, observa o que se segue:

A compreensão do Direito como “justa medida” – ou justa proporção – deita raízes na filosofia clássica da Antiguidade. Sem embargo, pode-se afirmar que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como cânone jurídico encontra-se visceralmente ligado ao advento do Estado de Direito na Modernidade. Como observa Suzana de Barros Toledo, o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII (Editora Lumen Júris, 2003, p. 78).

A afirmativa de Suzana de Barros Toledo, referida por Daniel Sarmento, está contida na obra daquela, **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais** (Brasília Editora, p. 78).

Sobre a parte mais técnica do princípio – ao que nos parece – disserta:

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade adstringia-se ao Direito Penal. A partir de Beccaria, cristalizou-se o entendimento de que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. Daí, já no século XIX, o princípio da proporcionalidade alcança o Direito Administrativo, onde passa a ser concebido como **medida para as limitações administrativas da liberdade individual [grifos do autor]** (Editora Lumen Júris, 2003, p. 79).

Fala, a seguir, da trajetória do princípio:

Esta trajetória se inicia na França, onde a jurisprudência do **Conséil D'Etat**, a partir do julgamento de **recours pour excès de pouvoir** – instrumento processual pelo qual o cidadão pode postular a reforma de decisões administrativas em caso de excesso de poder – elaborou a doutrina do desvio de finalidade (**detournement de pouvoir**). Esta autoriza a invalidação do ato administrativo discricionário, praticado por autoridade competente, quando inspirado por finalidade contrária à lei. O desenvolvimento desta teoria permitiu, com o passar do tempo, que a jurisdição administrativa passasse a controlar a compatibilidade dos atos da administração com os interesses tutelados, e a proporcionalidade dos mesmos, diante das restrições aos direitos dos administrados. No entanto, a inexistência de um controle de constitucionalidade **a posteriori** na França travou o desenvolvimento do princípio em questão em sede constitucional (Editora Lumen Júris, 2003, p. 80).

Aborda, em continuidade, o que nos parece a última fase do princípio (terminologia consagrada, antes de Alexy):

Na verdade, a constitucionalização do princípio da proporcionalidade no direito continental europeu só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista. A preocupação da Corte Constitucional germânica com a proteção dos direitos fundamentais diante dos possíveis abusos do legislador, levou-a a transplantar, para o direito constitucional daquele país, o princípio da proporcionalidade – às vezes também denominado como princípio da proibição do excesso – que passou a ser utilizado com frequência como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Assim, muito embora o Princípio da Proporcionalidade não se encontre explicitado no texto da Lei Fundamental de Bonn de 1949, hoje a doutrina e a jurisprudência reconhecem o seu caráter de

princípio implícito, decorrente da cláusula do Estado de Direito (Editora Lumen Júris, 2003, p. 80).

Evidentemente que, sobre a origem e desenvolvimento do princípio (que tratamos com a denominação de máxima, em nosso trabalho), muita coisa, de conteúdo, se escreveu. A abordagem de Sarmiento, todavia, pareceu-nos esclarecedora. Daí estarmos nos limitando apenas a ela.

#### 4.2 Robert Alexy e a máxima da proporcionalidade.

Vimos, no item anterior, que a máxima da proporcionalidade não foi formulação de Alexy – o que é cediço, na doutrina. Todavia, também de reconhecimento geral, na doutrina, a valiosa contribuição de Alexy, na concepção atual dessa máxima. Tal concepção atual da máxima é apresentada segundo a visão de Alexy, com o elemento que a ela incorporou.

Em razão dessa circunstância, estamos tendo por justificável referência ao próprio Alexy, ao pensador Alexy, para, num tempo seguinte, falar de proporcionalidade.

Letícia Balsamão Amorim, mestra em Direito Público, publicou, na “Revista de Informação Legislativa”, nº 165 (janeiro a março de 2005), matéria a que denominou de “A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy”. Nessa matéria, versa a questão central (distinção entre princípios e regras), como estabelece considerações sobre a importância da obra de Alexy, justificando-as.

Sobre a obra de Alexy, onde este disserta sobre a distinção entre princípios e regras, sobre a máxima da proporcionalidade e fala de temas afins, anota Letícia Amorim: “A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, publicado em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga”(p. 123/124).

Em meio a considerações de outra natureza, assinala Letícia Amorim:

Enfim, a teoria de Alexy contribui ao cumprimento da tarefa de dar respostas **racionalmente** [grifo da autora] fundamentadas às questões vinculadas aos Direitos Fundamentais, com isso, busca a reabilitação da axiologia prática ao

sistema jurídico, tomando a teoria dos princípios uma axiologia isenta de suposições insustentáveis (p. 124).

Continua, no parágrafo seguinte:

Mas não é só isso. Na verdade, a teoria de Alexy acaba por influenciar toda a ciência do direito, fazendo uma verdadeira “viragem metodológica”, modificando os conceitos até então postos como verdadeiros, como por exemplo: a teoria das normas jurídicas, do sistema jurídico, das fontes normativas, dos métodos hermenêuticos, das antinomias entre normas, e sua conseqüente forma de resolução de conflitos, da relação entre direito e moral, entre outras contribuições. **Podemos concluir que Alexy é um dos mais importantes precursores da chamada escola pós-positivista** [grifo nosso] (p. 124).

Evidentemente que Letícia Balsamão Amorim não está só, neste seu juízo. Alexy é tido, pelos mais abalizados doutrinadores, como dos mais importantes constitucionalistas, como dos mais acreditados publicistas, em nossa época. É figura, pois, de marcada importância, no mundo jurídico.

#### 4.3 A máxima da proporcionalidade, de maneira particular.

Permitimo-nos, antes de abordar a máxima em si, qual seja sua formulação e seus objetivos, invocar referência transcrita pelo egrégio Paulo Bonavides, em seu “Curso de Direito Constitucional”, destacando a importância dessa máxima. Referindo-se a Dieter Grimm, “publicista e juiz constitucional na Alemanha”, anota:

Em obra recente, intitulada **O Futuro da Constituição (Die Zukunft der Verfassung)**, ressalta ele que, na Dogmática dos direitos fundamentais, depois da II Grande Guerra Mundial, **as inovações mais importantes foram a descoberta do princípio da proporcionalidade** (grifo nosso) e o desenvolvimento (**Entfaltung**) do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais (Malheiros Editores, 2007, p. 587).

Quanto à máxima, dela trata Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Em razão disto, acreditamos ser necessária uma referência às idéias de Alexy, manifestadas em sua obra, e que têm óbvia ligação com a máxima. Não faria sentido – acreditamos – agir de maneira contrária, ou seja, tratar da máxima isolada do contexto em que exposta. Os capítulos, do trabalho de Alexy, que nos interessam, mais de perto, são o I e o III. Desses

capítulos, cuidaremos dos temas que, a nosso pensar, mais importam à proporcionalidade.

#### 4.4 A “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy.

No item 1, nº 1, do Capítulo I Alexy fala da “teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã”. Claro, pois, que vai tratar dos direitos fundamentais segundo a ótica daquela Constituição. Salienta, nessa linha, que “uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes” (Malheiros Editores, 2008, p. 32). Com isto, ficam afastadas teorias sobre direitos fundamentais “que tenham vigido no passado” (mesma página), como teorias filosófico-jurídicas, ou de outras Constituições, que não a alemã.

##### 4.4.1 A “Teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã” – teoria dogmática, segundo Alexy.

Que sua teoria é dogmática é afirmativa, peremptória, de Alexy. “Enquanto teoria jurídica de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática”, di-lo, expressamente (Malheiros Editores, 2008, p. 342). Divergem os autores, contudo, na conceituação de dogmática. Se assim é, temos por pertinente (mais que isto, temos por conveniente) apresentar tais visões, divergentes, dos doutrinadores. E se é essa a situação, segue-se que o termo se enquadra, na classificação da lógica, como equívoco, ou seja, admite mais de um sentido.

Assim, Miguel Reale, dissertando sobre o tema, em sua obra “Lições Preliminares de Direito”, anota que “variam os autores na conceituação dessa matéria” (Editora Saraiva, 1976, p. 318). E prossegue, na mesma passagem: “Entendem alguns que a Dogmática Jurídica, sendo o estudo sistemático dos preceitos jurídicos, confunde-se com a própria ciência do Direito” (mesma obra e editora, edição e página).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em texto publicado na Enciclopédia Jurídica, após citar Miguel Reale, aduz:

Há autores, neste sentido, como Kelsen, que acabam identificando dogmática com ciência do direito. Outros, como Pedro Lessa, contrapõem ambas pelo método, dizendo ser a primeira uma **arte** [grifo do autor] que se vale dos processos dedutivos, a segunda uma atividade científica propriamente dita, pois vale-se de processos indutivos (Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977, vol. 29, p. 254).

Alexy oferece, igualmente, sua conceituação de dogmática, e a mesma está posta no parágrafo que se segue: “É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência jurídica”, ou seja, pela Ciência Jurídica em sentido estrito e próprio” (Malheiros Editores, 2008, p. 33). Para Alexy, portanto, a dogmática jurídica é a Ciência Jurídica “em sentido estrito e próprio”. Havendo, contudo, conforme visto, outras visões, sobre a conceituação, inquestionável seu enquadramento como termo equívoco.

#### 4.4.2 As três dimensões da dogmática.

Falamos, no item anterior, de dogmática, apresentando, desse conceito, o entendimento de Alexy. Após, entretanto, a passagem onde o constitucionalista germânico define a dogmática como a “Ciência do Direito em sentido estrito e próprio”, Alexy aduz, fechando o parágrafo: “Se isso é feito” (ou seja, ou se aceita sua conceituação) “é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa” (Malheiros Editores, 2008, p. 33).

Define, a seguir, as três acepções.

Da dimensão analítica, anota, “de forma resumida”, que “... diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente” (p. 33). Evidentemente que desenvolve outras considerações, sobre a definição. Parece-nos, contudo, que a aludida “dissecação” (como nos parece erro de impressão a forma dissecação) “sistemático-conceitual do direito vigente” dá conta, com precisão, do que seja a dimensão analítica da dogmática,

Sobre a dimensão empírica sustenta que pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista. Entretanto, “aqui interessa somente a primeira acepção” (p. 34), esclarece. Se é a que interessa, vejamo-la:

Diz, da dogmática empírica, na primeira acepção, que é aquela relativa “à cognição do direito positivo válido” (Malheiros Editores, 2008, p. 34). Óbvio que a simples definição não esgota o assunto. Tem-se, contudo, uma idéia, básica, do que seja a dogmática empírica.

Quanto à dimensão normativa, parece-nos conveniente transcrição mais alongada:

A terceira dimensão, a dimensão **normativa** (grifo do autor), avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto (Malheiros Editores, 2008, pp. 35/36).

Essas três dimensões, expostas por Alexy, devem ser examinadas em separado, agem isoladamente? Não é o que pensa Alexy:

Em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões. Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática” (Malheiros Editores, 2008, p. 37).

Alexy fecha suas considerações, sobre esse aspecto, remarcando essa condição de integração, da ciência jurídica, das três dimensões da dogmática:

O dogmático – e, com isso, o jurídico em sentido próprio e estrito – é constituído pela ligação das três dimensões, de forma orientada à tarefa prática da ciência jurídica. Se o conceito de teoria jurídica é definido a partir dessa base, então, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria inserida no contexto das três dimensões e voltada à tarefa prática da ciência jurídica (Malheiros Editores, 2008, p. 38).

#### 4.5 “Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural”.

O aspecto abordado por Alexy, na parte de sua obra que apresenta com o título acima (nº III, Capítulo 1), tem ligação íntima, obviamente, com aquele tratado no item anterior, o de 4.4, de nosso trabalho. No texto de Alexy, contido na última transcrição daquele item, destaca, o mesmo, que a ligação das três dimensões da dogmática, estabelecia-se “de forma orientada à prática jurídica”. Enfatiza, ainda, no mesmo texto, que uma teoria dos direitos fundamentais, vinculando as três dimensões, era “voltada à tarefa prática da ciência jurídica”.

Na parte que agora se passa a abordar, neste estudo, a preocupação de Alexy volta-se, preponderantemente, para o plano teórico. Denomina, ao nº II, Capítulo 1, de sua obra, de “Teoria dos Direitos Fundamentais e Teorias dos Direitos Fundamentais”. No primeiro parágrafo da parte aludida coloca esse caráter com absoluto destaque:

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-ser falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal (Malheiros Editores, 2008, p. 39).

Na parte seguinte de seu trabalho, ora em exame (nº III), continua, Alexy, na mesma linha, com a mesma preocupação integradora. Tanto que inicia essa parte com a seguinte assinalação “O caminho para uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais” (Malheiros Editores, 2008, p. 42).

Vale assinalar que, quando tratamos da vinculação de Alexy à jurisprudência dos conceitos (item 1.4 deste trabalho), vimos afinidades, daquele tema, com aquele de que agora tratamos. Expressamente, Alexy manifesta essa vinculação: “... a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos” (Malheiros Editores, 2008, p. 49).

Acreditamos que justificada a antecipação antes feita. É este, entretanto, o momento de tratar-se, especificamente, do caráter integrador da teoria de Alexy, conforme este o afirma, no já aludido nº III, Capítulo I, de sua obra.

Pensamos que, na exposição de Alexy, sobre o tema, há, sobretudo, dois parágrafos que permitem uma clara compreensão de como coloca, aquele publicista, sua Teoria dos Direitos Fundamentais como “Teoria Estrutural”.

Pela ordem em que se apresentam, vejamos qual seja o primeiro parágrafo, daqueles que citamos:

O caminho para uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma teoria estrutural, é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa. Seu principal material é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nesse sentido, tem ela um caráter empírico-analítico. Sua idéia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tem ela um caráter normativo analítico (Malheiros Editores, 2008, pp.42/43).

O segundo, daqueles parágrafos que referimos:

Uma teoria estrutural não tem como tarefa apenas constituir a primeira peça de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também a base e a estrutura para o que vem depois. Há uma série de razões para tanto. Clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência. Nas disciplinas práticas, que apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ainda maior. Isso vale principalmente para o campo dos direitos fundamentais, os quais são marcados por uma tradição analítica em uma medida muito menor que, por exemplo, o direito civil e expostos e expostos em medida muito maior a influências ideológicas (mesma edição e obra, p. 43).

Alexy expõe, acerca do ponto, em várias páginas. Pensamos, contudo, que os dois parágrafos transcritos permitem-nos uma compreensão, satisfatória, da questão tratada por Alexy, e, por conseqüência, neste trabalho: “A Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural”.

#### 4.6 Regras e princípios.

A exposição de Alexy, sobre regras e princípios, está contida no item 1 do Capítulo 3, de sua “Teoria Dos Direitos Fundamentais”, capítulo este ao qual denomina de “A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais”.

Alexy, no primeiro parágrafo do aludido item 1, faz observação prévia:

Até aqui a análise concentrou-se no conceito de norma de direito fundamental. A partir de agora, é a sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios” (Maheiros Editores, 2008, p. 85).

Feita a afirmativa (“para a teoria dos direitos fundamentais, a parte mais importante delas é a distinção entre regras e princípios”), Alexy passa a justificá-la:

Essa distinção é a base 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 a restrição a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (mesma editora, edição e página).

Não se pretende, a esta altura de nossa exposição, fazer transcrição, integral, das observações de Alexy, sobre regras e princípios. Por isto, vamos nos permitir transcrever aquelas passagens que nos pareçam mais relevantes, com vistas à nossa dissertação.

Dentro de tal orientação, destacamos o trecho que se segue:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. **Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais** [grifo nosso] (Maheiros Editores, 2008, p. 85).

No último parágrafo, desse item, Alexy anota: “Não faltam indícios de que distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais”. E fecha-o como se segue: “O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção.

A isso serão destinados os tópicos seguintes” (p. 86).

#### 4.7 “Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios”.

Conforme transcrevemos, Alexy fechou o ítem anterior com a observação de que destinaria os tópicos seguintes para “uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção”. Antes, contudo, de fazê-lo, ou seja, de apresentar a “distinção precisa”, expõe os critérios tradicionais para tal distinção, ou seja, aqueles anteriores à sua teoria. Trata desse tema no item 1 do Capítulo 3 de sua obra, com a denominação acima, ou seja, “critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios”.

Disserta, então, sobre a questão:

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização freqüente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia é vacilante (Malheiros Editores, 2008, p. 87).

Faz, a seguir, observações que temos como da maior importância, seja na própria teoria de Alexy, seja para sua compreensão:

Com freqüência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. **Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma** [grifo nosso]. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (Malheiros Editores, 2008, p. 87).

O critério estabelecido por Alexy foi inovador – e continua sendo observado, pela doutrina a respeito. Por sua lógica, mostrou-se, portanto, convincente.

Continua sua digressão, sobre o tema:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais freqüência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade

relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença (mesma editora, ano e página).

Alexy continua discorrendo sobre os vários critérios para distinção entre princípios e regras. Ao final do parágrafo, acentua: “Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios” ... “Ele será apresentado a seguir”.

#### 4.8 “Princípios como mandados de otimização”.

Esse é o critério antes apontado por Alexy, como aquele que permite, com precisão, a distinção entre princípios e regras. Constitui matéria do item 2 do n.º

I do Capítulo 3 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, e tem, exatamente, a denominação acima utilizada.

Essa visão de Alexy, tendo os princípios como “mandados de otimização”, constitui, conforme entendimento generalizado na doutrina, sua mais relevante contribuição à matéria, ou seja, à teoria dos princípios.

Vejamos como o próprio Alexy trata do tema. No primeiro parágrafo, de sua exposição a respeito, assinala:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que **princípios** [grifo do autor] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização** [grifos do autor], 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 possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (Malheiros Editores, 2008, p. 90).

A seguir, fala das regras, da natureza destas e de sua diferenciação dos princípios. Manifesta-se nos termos que se seguem:

Já as **regras** [grifo do autor] são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, **determinações** [grifo

do autor] no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio (mesma editora e ano, p. 91).

#### 4.9 “Colisões entre princípios e conflitos entre regras”.

Vamos chegando, neste ponto, ao que chamamos, antes, de “questão central” do nosso estudo. Este, conforme sua denominação, trata da “colisão de princípios e a máxima da proporcionalidade”. Alexy, no item 3, Capítulo 3 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, disserta acerca das colisões entre princípios e conflitos entre regras. Falar de colisão de princípios implica em abordar, igualmente, os meios de solução das colisões e da máxima da proporcionalidade, como se verá, oportunamente. Por isto fizemos a afirmativa, no início do parágrafo, de que, a partir de agora, estamos chegando à “questão central”, ao foco de nosso trabalho.

Por sinal, tocamos neste ponto, no item 1.1 deste estudo, de maneira abreviada. Àquela altura, procuramos, tão só, justificar o uso da expressão “colisão”, por fidelidade ao marco teórico da dissertação, que é a teoria de Alexy. Voltamos ao assunto, agora de maneira mais completa, abordando, tanto quanto possível, seus variados aspectos.

Alexy, no item 3, nº 1, Capítulo 3, de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, trata de “colisões entre princípios e conflitos entre regras”. Dedicou, contudo, ao tema, um único parágrafo. Isto porque, nos itens seguintes, cuida, isoladamente, de um cada um desses assuntos. Quanto ao “único parágrafo” ao qual nos referimos, está posto no seguintes termos:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos de regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito (Malheiros Editores, 2008, pp. 91/92).

#### 4.10 O conflito entre regras.

A primeira observação, de Alexy, sobre o ponto, temos por fundamental: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

Dá exemplo, que facilita a compreensão de como funciona a introdução da cláusula de exceção:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio (Malheiros Editores, 2008, p. 92).

No primeiro período do parágrafo seguinte, faz observação que temos, igualmente, por relevante: “Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico” (mesma editora, ano e página).

No parágrafo seguinte, aborda, Alexy, aspecto igualmente importante:

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio das regras como **lex posterior derogat legi priori** e **lex specialis derogat legi generali**, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade (Malheiros Editores, 2008, p. 93).

Como se vê, Alexy não faz referência, expressa – usando tal nomenclatura – ao critério hierárquico (tema de que tratamos no Capítulo III). Após fazer referência expressa, contudo, ao critério cronológico e ao da especialidade, acentua que “... também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito (Malheiros Editores, 2008, p. 93).

Ora: Solucionar o conflito em razão “de cada regra em conflito” é, numa palavra, utilizar o critério hierárquico, definido por Bobbio como sendo “aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior” (Bobbio, 2006, p. 93).

#### 4.11 A colisão entre princípios.

No particular, Alexy versa o tema no item 3.2, nº I, Capítulo 3 da obra aqui em exame, e o faz de maneira absolutamente clara:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. 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 deve ser resolvida 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. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, **enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso** [grifo nosso] (Malheiros Editores, 2008, p. 94).

Alexy acentua, no parágrafo seguinte, que indicará, na continuidade do exame do tema, dois julgados do Tribunal Constitucional Federal, em que observados os critérios acima referidos.

#### 4.12 A lei de colisão.

É assunto do qual Alexy trata a seguir, no item 3.2.1. Começa pela indicação do julgamento a que antes se referiu como “a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual”. Narra a hipótese, pormenorizadamente:

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso “há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente assegurados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, **por si só**, de prioridade. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que **abstratamente estão no mesmo nível** – tem **maior peso no caso concreto** [grifos do autor]: “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso

concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição” (Malheiros Editores, 2008, pp. 94/95)

Exposto o caso, conclui o próprio Alexy: “Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios” (mesma edição e ano, p. 95).

Quanto à solução para tal colisão, indica-a Alexy, mais à frente, no mesmo parágrafo:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de uma relação de precedências condicionadas consiste na fixação de **condições** [grifo do autor] sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária” (Malheiros Editores, 2008, p. 96).

Para explicar, “com mais detalhes” (p. 96), o conceito de precedência condicionada, Alexy atribui pesos aos princípios em colisão, confrontando tais pesos. Acreditamos, contudo, de nossa parte, que, mesmo abstraindo-se de tais pesos, o conceito de precedência condicionada foi suficiente aclarado por Alexy, em sua explicação anterior.

Creemos, igualmente, que não custa assinalar que temos por óbvio que resulta dos textos transcritos, de Alexy, a inexistência de critérios prévios, que determinem a solução de uma colisão de princípios. As condições, que determinam a precedência, são aquelas que decorram do caso concreto.

#### 4.13 “O distinto caráter “prima facie “ das regras e dos princípios”.

Temos por relevante esse ponto, na teoria de Alexy, daí estarmos dele tratando, neste item.

A matéria é tratada por Alexy no item 4, nº I, Capítulo 3 de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Que têm caráter distinto, regras e princípios, está posto na denominação dada ao item, por Alexy. Porque são distintas, uma coisa e outra, é que constitui a indagação, no caso.

Responde-nos o autor:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um **mandamento definitivo** [grifos do autor], mas apenas **prima facie**. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual pode ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (Malheiros Editores, 2008, pp. 103/104).

Alexy expõe, longamente, sobre a matéria. Da exposição, contudo, permitimo-nos extrair dois períodos que nos parecem constituir o cerne da questão, no que respeita ao caráter **prima facie** das regras, elucidando a diferença de que estamos cuidando. Vamos transcrevê-los:

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo (Malheiros Editores, 2008, p. 104).

Sobre a cláusula de exceção, já abordamos o ponto, nesta dissertação, no item 4.10, com apoio, obviamente, em Alexy. O autor, inclusive, valeu-se de exemplo, também antes explicitado, de como funciona a cláusula de exceção : “... é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio” (Malheiros Editores, 2008, p. 92; nesta dissertação, item 7.4).

O Prof. Geovany Cardoso Jevaux, em sua obra “Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, trata do tema, com a propriedade de sempre. Ao falar de

“princípios e regras”, apresenta, ao final de sua exposição, no particular, um quadro onde sintetiza a diferença entre princípios e regras. Ao abordar a diferença alusiva ao caráter **prima facie** dessas normas, acentua, quanto aos princípios: “estabelecem direitos **prima facie** ou relativos” (p. 352). Relativamente às regras, observa: “estabelecem direitos definitivos, salvo quando a regra comporte exceção (nesse caso as regras estabelecem direitos **prima facie** mais fortes)” (mesma página 352).

Absolutamente fiel a Alexy. Absolutamente didático.

#### 4.14 “Regras e princípios como razões”.

Alexy trata desse tema no item 5, nº I, Capítulo 3, de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, com a denominação acima indicada. As primeiras observações que faz, sobre a questão, são as que se seguem:

As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões **prima facie** e regras são , se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões **definitivas**. Mas com essa identificação como razões **prima facie** e razões definitivas ainda não se disse **para quê** regras e princípios são razões. Elas podem ser consideradas como razões para ações ou razões para normas; enquanto razões para normas, podem ser elas razões para normas universais (gerais- abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). O entendimento de que normas são razões para ações é defendida por Raz. **Aqui, ao contrário, regras e princípios devem ser considerados como razões para normas [grifo nosso]** (Malheiros Editores, 2008, p. 107).

Tivemos por conveniente interromper a transcrição para enfatizar, no parágrafo, a última afirmativa de Alexy: “ ... regras e princípios devem ser consideradas como razões para normas”. É ponto importante, ao que temos, no tema em exposição.

Alexy faz muitas outras assinalações, sobre a matéria. Parece-nos, contudo, que Letícia Balsamão Amorim, no trabalho aqui antes já mencionado (“A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy”), sintetiza, com precisão, em dois parágrafos, o magistério de Alexy, sobre o assunto:

6 Regras e princípios como razões.

As reflexões até aqui apresentadas mostram que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. Os princípios são sempre **razões prima facie** (grifos da autora); as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são **razões definitivas** [grifos da autora].

Alexy considera que as normas são razões para ações e que razões e princípios são razões para normas (p. 129).

#### 4.15 Amplitude do conceito de princípios.

Alexy trata desse tema no item 7.3, n°

I, da obra que aqui estamos examinando, e o fazemos porque temos a questão como relevante.

No ponto, Alexy assinala:

Princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. No caso Lebach, por exemplo, dois princípios são contrapostos: um garante um direito **prima facie** à proteção da personalidade, e o outro um direito **prima facie** à liberdade de informação. Por sua vez, na decisão acerca da capacidade para participar de audiência processual colidem os direitos à vida e à incolumidade física com o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal, que é um princípio vinculado a um interesse coletivo (Teoria dos Direitos Fundamentais, 2008, p. 114).

Alexy cita, no parágrafo que transcrevemos, dois julgamentos do Tribunal Constitucional Federal: o caso Lebach e o outro em julgamento “acerca da capacidade para participar de audiência processual”. Em outras passagens de sua obra, narra os dois casos, com seus pormenores.

Quanto ao caso Lebach, narra-o às páginas 99/100:

Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice desse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º. e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque ressociação estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma

reclamação constitucional contra essas decisões (Malheiros Editores, 2008, p. 100).

Linhas à frente, Alexy esclarece que a reclamação constitucional foi acolhida, proibida, em consequência, a exibição do documentário. O fundamento da decisão, em suma, foi de que “a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar” (mesma obra, editora e ano, p. 102). Ao expor esse caso, Alexy tratava, exatamente, da técnica do sopesamento.

Quanto ao caso da incapacidade para participar de audiência processual, Alexy igualmente o narra, às páginas 94:

No caso da incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto.

No mais, as anotações de Alexy dizem respeito ao julgamento, aos critérios que nele foram observados. A esse respeito, expõe:

O tribunal observou que nesse tipo de caso há “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “**por si só**, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que “**abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto** [grifos do autor] : “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, I, da Constituição”. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios (Malheiros Editores, 2008, pp. 94/95).

Alexy, na continuidade do texto transcrito, expõe sobre as operações de sopesamento, cabíveis no caso, levando-se em conta, fundamentalmente, as condições de precedência. Proclama, a final, a condição de precedência do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, 1, da Constituição alemã, transcrevendo passagem do próprio julgado:

“Se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição” (mesma obra, editora e ano, p. 98).

Ao narrar os dois casos que indicou – e transcrevemos as informações a respeito – Alexy, evidentemente, pretendeu demonstrar (como efetivamente demonstrou, a nosso pensar) que “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos” (p. 114). Aliás, textualmente, sustenta que, nos casos vistos, a colisão envolvia direito individual, de um lado, e interesse coletivo, de outro – no caso Lebach, direito à proteção versus liberdade de informação; no caso da audiência processual, direitos à vida e à incolumidade física **versus** o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal (princípio vinculado a um direito coletivo, sustenta também, literalmente, à mesma página 114).

#### 4.16A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade.

Várias vezes, neste trabalho, chamamos a atenção para o objetivo do estudo, qual seja aquele que seu título estampa: a colisão de direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade. Pretende-se, obviamente, estudar a máxima da proporcionalidade, como instrumento de solução da colisão em tela.

Se assim é, quando chegamos ao ponto em que Alexy nos apresenta a máxima em questão, chegamos ao cerne da questão em estudo. Depois disto, cremos que nos interessará o exame daquele ponto que Alexy denomina de “princípio e valor” (nº III, 1). Afinal, o próprio Alexy nos diz que sua teoria é “integrativa dos direitos fundamentais” (p. 43). Os valores – ver-se-á - estão intimamente ligados aos direitos fundamentais.

Quanto à questão de que trataremos no presente item (a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade), atentemos para as palavras iniciais de Alexy, nesse tema:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade. e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da

proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento de meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Malheiros Editores, 2008, pp. 116/117).

Alexy refere, no parágrafo transcrito, as três sub-máximas do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Define as duas últimas (consoante se viu), e não o faz, quanto à sub-máxima da adequação.

Face a tal fato, valer-nos-emos de autor nacional, qual seja Daniel Sarmento, em sua obra “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”, para a definição não expressa por Alexy, na passagem transcrita. Daniel Sarmento, como boa parte dos autores nacionais, fala de “princípio”, e de “subprincípio”, quando trata do tema. Vejamos, pois, como conceitua a sub-máxima:

O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada.

Nessa linha, quando o Juiz vai examinar a observância, por determinada norma, do subprincípio da adequação, ele deve, em primeiro lugar, perquirir quais os fins almejados pelo legislador ao editar tal norma. Em seguida, ele tem que analisar se a norma presta-se, ao menos em tese, para a consecução dos resultados colimados pelo legislador. Caso isto não ocorra, a norma será inconstitucional e deverá ser invalidada (Editora Lúmen Júris, 2003, pp. 87/88).

Voltemos, contudo, a Alexy. Após aquelas primeiras observações, prossegue, no mesmo parágrafo:

O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípio (Malheiros Editores, 2008, p. 117).

Acerca do caráter de princípio, dos direitos fundamentais, consoante a sustentação de Alexy, tratamos desse ponto, neste trabalho, no item 1.2. No

item que estamos examinando, Alexy volta a essa sustentação, conforme veremos.

Prosseguimos acompanhando o magistério de Alexy, respeitante, neste item, à teoria dos princípios e à máxima da proporcionalidade. Preleciona Alexy:

Princípios são máximas de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. **A máxima da possibilidade em sentido estrito** [grifos do autor], ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades **jurídicas** [grifo do autor] (Malheiros Editores, 2008, p. 117).

A afirmativa de Alexy, de que os princípios são máximas de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, foi ressaltada neste trabalho, anteriormente. Linhas à frente, entretanto, Alexy é de clareza solar, quanto ao ponto:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades **fáticas** [grifo do autor] (Malheiros Editores, 2008, p. 118).

No ponto, ao que pensamos, não podem pairar dúvidas.

Voltamos ao magistério de Alexy, no ponto em que o interrompemos, à página 117:

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (Malheiros Editores, 2008, p. 117).

A lei de colisão, Alexy apresenta-a, às páginas 94/103. Dela tratamos, aqui, no item 4.12 .

No item aludido, tentamos sintetizar a lição de Alexy, no particular. E acreditamos que quando Alexy fala sobre o julgamento ao qual se refere como “a incapacidade para participar de audiência processual”, na exposição de Alexy está contida uma passagem que aclara, de maneira definitiva, a conceituação de sopesamento.

Eis a passagem aludida:

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que **abstratamente estão no mesmo nível** – tem **maior peso no caso concreto** [grifos do autor]: “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição” (Malheiros Editores, 2008, p. 95).

E a atribuição de peso aos princípios, como se processa?

Alexy nos ensina que tudo está no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Observadas as condições do caso concreto é que se atribui pesos aos princípios em conflito. O que tiver maior peso prevalecerá, no caso. “Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”, ressalva Alexy, em trecho também transcrito, no item 7.6 deste trabalho.

#### 4.16.1 O caráter de princípio dos direitos fundamentais.

No item anterior, frisamos que tínhamos tratado do assunto no item 1.2 deste trabalho. A finalidade da abordagem, então (no item 1.2), foi, tão só, assinalar a fidelidade da terminologia utilizada neste estudo à terminologia de Alexy, utilizada em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, nosso marco teórico. Voltamos ao ponto, agora, porque Alexy, no item que estamos examinando, de sua obra (item 8. “A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade”), reafirma, em várias passagens, o que o título acima enuncia: “O caráter de princípio dos direitos fundamentais”.

A primeira passagem, das que referimos: “Quando uma norma de direito fundamental **com caráter de princípio** [grifo nosso] colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização depende do princípio antagônico” (Malheiros Editores, 2008, p. 117).

Esta outra:

Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, **o caráter principiológico das normas de direito fundamental** (grifo nosso) implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos (Malheiros Editores, 2008, pp. 117/118).

Alexy prossegue, no mesmo parágrafo: “Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais” (mesma editora e edição, p. 118)

Inquestionável, pois, o entendimento de Alexy, no particular: os direitos fundamentais, segundo seu magistério, têm o caráter de princípio.

#### 4.17 Princípio e valor.

Segundo o magistério de Alexy, “princípios e valores estão intimamente relacionados”. A passagem, onde contida a afirmativa antes transcrita, é. Integralmente, a seguinte:

Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estejam intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores” (Malheiros Editores, 2008, p. 144).

Alexy trata desse tema no item III, 1, Capítulo 3, de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Dá, ao nº

III, o título de “Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores”. No nº 1, cuida de “princípio e valor”.

No nº 1.1, cuida de “conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos”. Nesse item, acentua que a despeito das visíveis semelhanças, que antes apontou, “há uma diferença importantíssima entre valor e princípio, que pode ser melhor compreendida com base na divisão dos conceitos práticos proposta por von Wright.

Conforme a proposta aludida, de von Wright, os conceitos práticos dividem-se em três grupos: deontológicos, axiológicos e antropológicos. Alexy não oferece definição, formal, de conceitos deontológicos. Dá, contudo, exemplos deles: “conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo” (Malheiros Editores, 2008, p. 145). E completa, no particular: “Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser”. (mesma editora, ano e página). Quanto aos conceitos axiológicos, sustenta que “são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever, ou de dever-ser, mas o conceito de bom” (mesma editora, ano e página). E assinala, mais à frente: “Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito” (mesma editora, ano e página). Relativamente aos conceitos antropológicos, apenas os exemplifica: “... são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação” (mesma editora e ano, pp. 145/146).

Alexy fecha esse item, resumindo o critério para a diferenciação ora em exame:

Se se aceita a tripartição aqui esboçada, fica fácil perceber a diferença entre o conceito de princípio e o conceito de valor. Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico (Malheiros Editores, 2008, p. 146).

O autor, contudo, faz uma ressalva, quanto ao tratamento dado à diferenciação em tela: “Mas isto é apenas uma primeira e rudimentar caracterização do conceito de valor. Para determinar com maior precisão sua relação com o conceito de princípio, é necessária uma análise mais detalhada” (p. 147).

No item 1.3 (“A diferença entre princípios e valores”), Alexy coloca a palavra final, sua conclusão, enfim, sobre a questão. Destacamos, desse item, o trecho que se segue, que, a nosso pensar, toca no cerne da questão:

“A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é **prima facie** o melhor é, no modelo de princípios, **prima facie** devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (Malheiros Editores, 2008, p. 153).

Convincentes, a nosso ver, os critérios estabelecidos por Alexy, para a diferenciação entre princípio e valor.

Com os pontos até aqui tratados, cremos poder passar a outros temas, relacionados com aqueles já vistos. Nessa linha de raciocínio, falar-se-á, a seguir, da razoabilidade – examinando-se, então, convergências e diferenciações com a máxima da razoabilidade.

## **CAPÍTULO V - A MÁXIMA DA RAZOABILIDADE.**

### 5.1 Justificativa do capítulo.

O tema deste trabalho – vimos ressaltando, reiteradamente, no seu desenvolvimento - é a colisão de direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade.

Por que falar-se, a esta altura, de razoabilidade?

Conhecida, na doutrina, a confusão terminológica que envolve o tema. Aqui, estamos falando em máxima (e porque se usa essa nomenclatura também justificaremos) tratando de construção doutrinária que parte considerável de doutrinadores denomina de “princípios” da proporcionalidade e da razoabilidade. Ver-se-á, neste estudo, também mais à frente – e com mais extensão e profundidade – que, no ponto, as divergências são fundas, e muitas. Além dessa divergência inicialmente apontada (máxima ou princípio?) divergência de outra natureza divide os doutrinadores. Nessa divergência, de outra natureza, liminarmente, podem ser indicadas as seguintes posições: uma corrente entende que aquelas máximas correspondem a um mesmo conceito; uma segunda corrente sustenta que uma, daquelas máximas, contém a outra; uma terceira defende que as máximas em tela sejam fungíveis. por fim, uma última pretende que as máximas em questão sejam distintas.

Se se discute, pois, na doutrina, se proporcionalidade e razoabilidade são uma mesma coisa ou coisas diversas, isto bastaria, a nosso pensar, para justificar a inclusão do item, no presente estudo.

### 5.2 A nomenclatura “máxima da razoabilidade”.

No item 1.3, deste trabalho, justificamos porque usávamos, então, a terminologia “máxima da proporcionalidade”, e não “princípio da proporcionalidade”. Note-se que, agora, falamos de “máxima da razoabilidade”. Cuidamos, portanto, de outro tema – ainda que com ligações,

ou afinidades, com o outro assunto. Seja como for, com identidade própria, ao que cremos.

Por que “máxima da razoabilidade”?

José Sérgio da Silva Cristóvam, em sua obra “Colisões entre princípios constitucionais” (Juruá Editora, 2007), denomina, ao item 3.2 de seu trabalho, de “as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade”. São máximas, portanto, tanto a proporcionalidade (do que tratamos anteriormente) como a razoabilidade, conforme o aludido autor.

Justifica a nomenclatura:

Neste trabalho, a razoabilidade e a proporcionalidade têm sido tratadas como verdadeiras máximas, **cânones de interpretação** (grifo nosso). Entretanto, não se pode olvidar que são comumente designadas como princípios jurídicos. Por certo, sua designação terminológica como princípios constitucionais não se coaduna com aquele conceito alicerçado na teoria de Alexy – enquanto espécies normativas contrapostas às regras jurídicas (p. 192).

Na continuidade da passagem transcrita, expõe José Sérgio Cristóvam o magistério de Alexy, pertinente à diferenciação entre princípios e regras. Com base no entendimento de Alexy a respeito, sustenta:

Resta, portanto, evidente a impropriedade terminológica consubstanciada na designação da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, porquanto ambos não entram em disputa com outros princípios constitucionais, em uma relação de precedência condicionada às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto. Configuram-se como parâmetros, critérios e padrões de interpretação, que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos, bem como a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos, administradores e judiciais” (p. 193).

Conclui, afinal, no parágrafo seguinte: “Parece mais correto defini-las como máximas, verdadeiros cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público” (p. 193).

Nesse ponto (princípio ou máxima?) o autor faz, a nosso ver, judiciosa observação:

... Por outro lado, não é o nome que determina a natureza jurídica do instituto e querer remodelar a terminologia aplicada à razoabilidade e à proporcionalidade seria fazer olhos cegos à já consolidada cultura jurídica nacional. Entretanto, não obstante o tratamento consolidado na doutrina nacional, aqui ambas continuarão sendo designadas como máximas constitucionais (p. 194).

Concordamos com a observação. Na cultura jurídica nacional, consolidou-se, efetivamente, a qualificação como princípio, da razoabilidade. Em razão disso, não há, neste trabalho, como expurgar essa qualificação – embora entendendo que, em termos lógicos, não é a melhor.

Antes, contudo, da observação acima transcrita, o autor coloca a posição de Humberto Ávila, no tocante à definição de razoabilidade e proporcionalidade, exposta em sua obra “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos” (4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2004). Assinala que Ávila enfrenta tal questão “de forma coerente e inovadora”. Aduz ainda:

Segundo o autor, ambas não podem ser enquadradas nem na categoria de princípios e nem na categoria de regras. Não se pode considerá-las princípios porque estes são definidos como normas imediatamente finalísticas, “normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Da mesma forma, não podem ser catalogadas como regras, porquanto estas “são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atribuídos de poder” (Juruá Editora, 2007, p. 193).

Continua, José Sérgio Cristóvam, citando Ávila:

Neste sentido, Ávila defende que ambas devem ser entendidas como **postulados normativos** (grifos do autor), superando-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Há que considerá-las como normas de segundo grau que informam a estrutura de aplicação das outras normas – as regras e os princípios (mesma editora, ano e página).

Concluindo, no ponto:

A nosso pensar, suficientemente justificada, pelos autores citados, o tratamento da razoabilidade como máxima – embora respeitado aquele “tratamento consolidado” na doutrina, dessa figura jurídica como princípio.

5.3 Razoabilidade: conceituação.

### 5.3.1 A visão, nesse tema, de José Sérgio da Silva Cristóvam.

José Sérgio da Silva Cristóvam, em sua obra aqui antes citada (“Colisões entre princípios constitucionais”), ressalta a “pluralidade de sentidos do termo razoabilidade” (Juruá Editora, 2007, p. 202). Invoca, no particular, o entendimento de Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios”:

De todas as possíveis acepções, o autor destaca as seguintes: “razoabilidade como equidade” – diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, tanto mostrando como a norma deve ser aplicada como indicando em que o caso individual não se enquadra na normal geral; “razoabilidade como congruência – diretriz que exige uma ligação das normas jurídicas com a realidade, “seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja reclamando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende exigir; e razoabilidade como equivalência” – diretriz que exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (mesma editora, ano e página).

Sobre a natureza da máxima (seus objetivos, sua finalidade) adita:

A máxima constitucional da razoabilidade é uma orientação, uma diretiva interpretativa que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos, não o mero controle formalístico. Permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo. Não a simples legalidade formal, em sentido estrito, mas a legalidade material – ou melhor, a juridicidade das leis e dos atos administrativos (mesma editora e ano, p. 203).

Com relação, especificamente, à conceituação, manifesta-se nestes termos:

A busca de um conceito mais preciso e menos elástico não parece ostentar maior conveniência. Não se pode olvidar que o alto grau de indeterminação e a imprecisão conceitual são traços comuns e essenciais aos princípios e também às máximas jurídicas (p. 203).

Fecha esse parágrafo com uma observação que temos como de inteira procedência: “O aprisionamento da razoabilidade em um conceito fechado e preciso acabaria por engessar sua aplicação no controle da juridicidade dos atos do Poder Público” (mesma página 203).

Justifica esse entendimento:

Os princípios jurídicos, enquanto canais de diálogo e interação entre o ordenamento positivo e a sociedade marcada pela extrema dinamicidade e complexidade, não devem ser confinados em uma disposição conceitual fechada e restritiva. A abertura e a indeterminação conceitual otimiza o desempenho de uma de suas principais funções, recepcionar as transformações processadas no seio da comunidade e, por vezes, estancá-las se afastadas do cerne substancial do ordenamento constitucional (Juruá Editora, 2007, p. 203).

### 5.3.2 O posicionamento, no particular, de Valeschka e Silva Braga.

Valeschka e Silva Braga tem obra – de excelente conteúdo, a nosso pensar – versando, especificamente, os princípios (terminologia consolidada, consoante José Sérgio S. Cristóvam) da proporcionalidade e da razoabilidade. Denomina, ao item 2.2 de seu trabalho, de “noção da razoabilidade”. Nesse espaço, trata da conceituação do princípio – aspecto que ora nos interessa.

Faz a autora, de princípio, a seguinte observação:

Os juízes do **Common Law** têm tradição em promover a comparação entre a situação de fato e os precedentes jurisprudenciais, tendo por parâmetro a noção de um comportamento razoável, em conformidade com as circunstâncias, para a fundamentação de suas decisões. Ora,

Roscoe Pound chama a atenção para os dois traços marcantes da common law: a doutrina dos precedentes judiciais e a doutrina da supremacia da lei ou do direito, por trás das quais existe a razão, em oposição ao elemento vontade [ ... ]. A doutrina dos precedentes significa que as causas devem ser julgadas por princípios extraídos indutivamente da experiência individual do passado, não por dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pelo soberano. Em outras palavras, a razão, e não a vontade arbitrária, há de ser o último fundamento da decisão. A doutrina da supremacia do direito é redutível à mesma idéia. É uma doutrina segundo a qual o soberano e todos os seus representantes estão vinculados a agir conforme princípios, e não pela sua vontade arbitrária: são obrigados a seguir a razão, em vez de serem livres para seguir o capricho [ ... ] A doutrina do **common law** é uma doutrina da razão aplicada à experiência (Juruá Editora, 2006, p. 45).

A invocação que Valeschka S. Braga faz, de Roscoe Pound, foi extraída do trabalho de Cybele Oliveira, “Devido processo legal”, publicado na “Revista de Direito Constitucional e Internacional”, S. Paulo, ano 8, nº 32, p. 178-179, conforme nota de rodapé nº 83.

Depois de aduzir considerações sobre a razoabilidade, nos Estados Unidos, assinala: “Não se pode negar, entretanto, que é difícil apreender o conteúdo

da razoabilidade, não sendo possível demarcar-lhe exatamente os limites. No entanto, dar-se-á, aqui, algumas noções do seu significado” (p. 46).

No cumprimento daquela tarefa, ou seja, “dar algumas noções do seu significado”, esclarece:

Ao se falar que uma pessoa é **razoável** [grifo da autora] tem-se noção **de** que ela tem qualidades relativas à: prudência, ponderação, sapiência, tolerância, etc. Considera-se dotado deste predicado aquilo que se encontra habitualmente na sociedade, sendo o contrário, irrazoável, o que não é admitido por seus padrões (p. 46).

Cita, a seguir, Carvalhido Filho

Carvalhido Filho anuncia que o referido critério é qualidade daquilo “**que se situa dentro dos limites aceitáveis**” [grifos do autor]. O problema em definir o que é aceitável, pois seu significado varia segundo o tempo e o lugar de sua mensuração e, ainda, de acordo com a subjetividade do intérprete (p. 46).

Sobre a variabilidade dos valores, no tempo e no espaço, acrescenta:

Isso não invalida, entretanto, a noção de controle da razoabilidade de uma medida, pois os valores contidos nas Constituições também são variáveis, de acordo com a comunidade e a época histórica em que são formuladas e aplicadas, sem que reste caracterizada a impossibilidade de sua concretização. Destarte, para que sejam consideradas razoáveis/aceitáveis, faz-se necessário que haja argumentos jurídicos e empíricos a justificar a medidas (p. 46).

Com relação, especificamente, à significação de razoabilidade, cita Juan Francisco Linares, em sua obra “Razonabilidad de las leyes”:

a) Tecnicamente, fala-se em meios razoáveis para alcançar um fim.. É dizer, se analisa uma certa adequação dos meios aos fins. Trata-se, pois, de uma razoabilidade técnica; b) Em axiologia jurídica, fala-se de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, segurança, ordem, senão fala no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Eles são razoáveis enquanto se fundam na justiça. c) Na Ciência do Direito, a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta se funda numa norma jurídica; de existência, quando o fundamento é o mero fato em que o comportamento jurídico se dá; e, de verdade, quando tem fundamento na justiça (Juruá Editora, 2006, p. 47).

A autora cita, por sinal, vários outros doutrinadores. Das definições e considerações que invoca, extrairemos algumas delas.

Iniciaremos por Germana de Oliveira Moraes, à qual Valeschka S. Braga se refere, nos seguintes termos:

Na mesma linha (antes, a autora se referira a Agustín Gordilho), Germana de Oliveira Moraes destaca o entendimento de John Bell, de que a **irrazoabilidade envolve duas acepções: 1) a impertinência dos elementos usados ou esquecimento de consideração dos relevantes para a tomada de decisão e; 2) razoabilidade em sentido estrito, relativa ao aspecto subjetivo de que nenhuma outra autoridade racionalmente teria decidido daquela maneira** [grifos do autor] (Juruá Editora, 2006, p. 49).

Ao mencionar Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a autora salienta que o mesmo, em sua obra “Legitimidade e discricionariedade”, manifestara restrição quanto ao item 1 das conceituações de Germana Moraes. Justifica, então, o entendimento de Moreira Neto:

É que, para o autor, através do **princípio da razoabilidade** [grifos do autor] o intérprete/aplicador avalia a lógica do razoável - e não a formal, que parte da norma como premissa maior para chegar à menor: os eventos fenomênicos – tenta-se **compatibilizar interesses com razões e não a causa com o efeito** [grifos do autor].

Transcreve, a autora, a conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello, da razoabilidade, manifestado em seu “Curso de Direito Administrativo”:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida.

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente inválidas – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada (Juruá Editora, 2006, p. 50).

Invoca Carmen Lúcia Antunes Rocha, quando trata da razoabilidade, em sua obra “Princípios constitucionais da administração pública”:

O fato é que a **reasonableness** tanto integra o princípio da juridicidade administrativa, como constitui princípio autônomo, conforme lições de Carmen Lúcia Rocha, possuindo grande significância, pois confere legitimidade à conduta do legislado, já que esta deve estar pautada pela justiça e pela adequação aos fins públicos. A razoabilidade, segundo a autora, implica uma **razão suficiente justa e adequada, fundada na norma jurídica e amparada em uma necessidade social específica** [grifos do autor] (Juruá Editora, 2006, p. 51).

O último doutrinador, que, na matéria, aqui se invoca, consoante a exposição de Valeschka S. Braga, é Helenilson Pontes, que trata do tema em seu trabalho “O princípio da proporcionalidade e o direito tributário”. Invoca-o, Valeschka S. Braga, nos termos que se seguem:

Helenilson Pontes, por sua vez, citando as lições de Gustavo Zagrebelsy, destaca: **“a razoabilidade é conceito utilizado no discurso jurídico como complemento do princípio da igualdade, exigência de racionalidade sistêmica e imperativo de justiça”** [grifos do autor]. Num primeiro aspecto, funciona como justificativa racional dos tratamentos jurídicos diferenciados. Assim, induz à idéia de **“aceitabilidade social da medida eleita para diferenciar”** [grifos do autor] (Juruá Editora, 2006, p. 51).

Valeschka S. Braga fecha o item 2.2, dedicado à apresentação da “noção de razoabilidade”, com o parágrafo seguinte, no qual transcreve, em parte, Luís Roberto Barroso, em trabalho antes indicado:

De qualquer forma, cumpre destacar que a razoabilidade indica a congruência lógica entre as circunstâncias fáticas e as decisões estatais, ensejando **“a verificação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins usados, bem como a aferição da legitimidade dos fins** [grifos do autor] (Juruá Editora, 2006, p. 54).

#### 5.4 Origem e desenvolvimento da máxima da razoabilidade.

Não há, sobre o tema, discrepâncias na doutrina, relativamente à qual, por sinal (como ocorre com outras questões, tratadas em outros itens), há farta literatura, entre nós. Uma das obras que desenvolve o assunto, com amplitude, é a de Carlos Roberto Siqueira Castro, “O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”. Usa, portanto, da nomenclatura “princípio”, alinhando-se, com isto, ao que José Sérgio S. Cristóvam chama de “tratamento consolidado na doutrina nacional”. Aliás, no particular, a obra de Valescha e Silva Braga – cujos subsídios também aproveitamos neste estudo, no item 8.3.2 – denomina-se “Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade”. Tudo se encaixando, portanto, na observação de José Sérgio S. Cristóvam.

No que respeita, especificamente, à origem da máxima, ocorre igual ausência de divergência. A razoabilidade (como outras máximas e princípios em que embasa o Estado de Direito), corresponde à visão moderna do princípio do devido processo legal.

A respeito, disserta Siqueira Castro, no Capítulo I de sua obra, cuja denominação é “Origem e evolução do devido processo legal”:

O princípio do **devido processo legal**, em que radica a moderna concepção de legalidade, pode ser considerado um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica, cuja trajetória perpassou os séculos desde o medievo e garantia sua presença no direito contemporâneo com renovado vigor. Ao despontar na Idade Média, através da Magna Carta conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João “Sem Terra”, no limiar do Século XIII, e embora inicialmente conhecido como simples limitação às ações reais, estava esse instituto fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público (Editora Forense, 2006, p. 5).

Mais à frente, no mesmo parágrafo, registra:

A bem dizer, ao lado da “igualdade perante a lei” (**equal protection of law**), a cláusula **due process of law** erigiu-se no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna (mesma editora e ano, p. 5).

Ainda no mesmo parágrafo, o autor faz observação que tenho como relevante, e procedente:

Por sua galharda resistência à tormentosa evolução do Estado moderno, especialmente frente às transformações de fundo do Estado Liberal para o Estado dito Social ocorridas no século passado, a garantia do **devido processo legal** [grifos do autor] acabou por transformar-se em axioma permanente da comunidade política, investindo-se no papel de verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais nas nervosas relações entre “Estado-indivíduo” e “Estado-sociedade” (Editora Forense, 2006, p. 6).

Relativamente à mudança de nomenclatura, Siqueira Castro assinala:

Na Magna Carta, sob a inspiração jusnaturalista que impregnava a idéia de justiça nas instituições anglo-saxônicas, o princípio do **devido processo legal** [grifo do autor] acobertou-se inicialmente sob a locução **law of the land**, conforme expressa no art. 39 desse histórico documento ... (Editora Forense, 2006, p. 6).

Adiante, o autor acrescenta, no particular:

Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a locução **due process of law**, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão **law of the**

**land.** É certo nesse sentido, que já no século seguinte, durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, foi editada uma lei do Parlamento inglês (**statute of Westminster of the Liberties of London**) em que o termo **per legem terra** é substituído pelo **due process of law ...** (mesma editora e ano, p. 7).

## 5.5 Acolhimento da máxima, nos Estados Unidos.

Siqueira Castro trata também desse tema. A respeito, assinala:

Mas, o que é de decisiva importância na evolução do **devido processo legal** [grifos do autor] é que essa cláusula, sempre respeitável por sua relevância político-constitucional nas instituições saxônicas, ingressou desde o primeiro instante nas colônias inglesas da América do Norte (a “Nova Inglaterra”), sob a ementa que viria consagrar em definitivo, ou seja, como a garantia do **due process of law**, mais tarde incorporada na Constituição da nascente federação dos Estados Unidos. Com efeito, através do fenômeno da “recepção”, o direito norte-americano foi o herdeiro direto dessa garantia constitucional, tendo o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade [Editora Forense, 2006, p. 8).

Temos por absolutamente acertada, e justa, a última afirmativa do autor, contida no parágrafo transcrito, de que o direito norte-americano, quanto à máxima do devido processo legal, teve o mérito de “embalá-la, criá-la e fazê-la florescer”. cremos, como o autor, que a máxima – que teve origem no direito inglês - surtiu maiores efeitos, esplendeu, enfim, no direito dos Estados Unidos.

Aquela recepção, de que fala Siqueira Castro, começou com as “Declarações de Direito”, editadas pelas antigas colônias, a começar pela Declaração de Direitos de Virgínia, de agosto de 1776. Seguiram-se, então, na mesma linha, várias outras, de outras colônias. “ ... nessas admiráveis “Cartas” coloniais pudemos encontrar referências perfeitamente identificadas com a primeira previsão do instituto na vetusta Magna Carta”, assinala o autor (Editora Forense, 2006, p. 9).

Acerca da inclusão de uma Declaração de Direitos na Constituição, uma vez estabelecida a Federação, discorre Siqueira Castro:

Pois bem. Em virtude da perfeita assimilação pelo sistema jurídico norte-americano desde a era colonial, pela via da “recepção”, das imemoriais tradições humanísticas inglesas, tudo insuflado pela necessidade muito maior e mais urgente de se editar uma **carta constitucional** [grifos do autor], ou seja, uma Constituição puramente orgânica para a novíça nação que conquistara pela guerra a sua independência, é compreensível o fato de os

constituintes reunidos na Convenção de Filadélfia ano de 1787 não terem, desde logo, proclamado um **Bill of Rights** uniforme para todo o país. Tal só iria acontecer quatro anos mais tarde, em 1791, com a promulgação das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos (Editora Forense, 2006, pp. 23/24).

O autor destaca a contribuição, e os esforços de Madison, para inclusão, a princípio, de uma Declaração de Direitos, na própria Constituição, e para aprovação, depois de promulgada a Carta Fundamental, de emendas, na dicção de Siqueira Castro, que “consustanciam o **Bill of Rights** norte-americano” (mesma editora e ano, p. 24):

Madison, que defendera a inclusão da **Declaração de Direitos** no próprio texto original da Constituição, mas que fora vencido em tal propósito pelo Constituinte Roger Sherrman, cujo ponto de vista contrário acabou prevalecendo, apresentou ao Congresso, em 8 de junho de 1789, proposta para a adoção de 10 emendas aditivas ao texto constitucional, que lograram aprovação congressual em 25 de setembro do mesmo ano, e que foram ratificadas por três quartos dos Estados-membros, em 15 de dezembro de 1791 (Editora Forense, 2006, p. 24).

Siqueira Castro fecha o parágrafo assinalando a significação e a importância do **Bill of Rights** norte-americano, para o direito constitucional daquele país, e para a própria nação americana:

Essas disposições, que consustanciam o **Bill of Rights** norte-americano, ao qual depois foram agregadas outras emendas também destinadas à proteção dos direitos humanos, traduzem, em substância, o ideário de liberdade em que radicou a fase revolucionária da independência e do curto período em que vigorou a frustrada tentativa de Confederação, através dos **Articles of Confederation** (1781-1787) (mesma editora e ano, p. 24).

Sobre o sentido, atual, da máxima, na nação norte-americana, anota o autor:

Sua evolução perpassa o sentido que a Constituição americana passou a assumir sob o influxo da metamorfose do Estado liberal em Estado social, culminando, já hoje, em significar novas relações do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, condições essas que refletem a visão do homem e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social nesse início do século XXI (Editora Forense, 2006, p. 27).

#### 5.5.1 Fases que atravessou a máxima, nos Estados Unidos.

Daniel Sarmiento, em obra neste trabalho já mencionada “(A Ponderação de Interesses na Constituição Federal)”, em item sobre “Origem e Desenvolvimento do Princípio da Razoabilidade nos Estados Unidos”, discorre,

a nosso pensar, com propriedade, sobre tais fases, atravessada pela máxima. Vamos, pois, no particular, invocar o magistério daquele autor.

Quando o mesmo refere algumas resistências à máxima, entre os norte-americanos, assinala, em seguimento: “Sem embargo, a trajetória histórica do devido processo legal nos Estados Unidos pode ser dividida em três grandes fases” (Lumen Juris, 2003, p. 83). Passa, a seguir, a discorrer sobre tais fases, com as observações, a respeito, que tem por pertinentes.

Sobre a primeira fase, anota:

Na primeira, que se estendeu até o final do século XIX, atribuíam-se à cláusula um significado puramente procedimental (**procedural due process of law**). Nesta fase, a garantia em questão relacionava-se apenas à regularidade dos processos, no início penais, e depois também civis e administrativos, nada tendo a ver com a razoabilidade das leis. O princípio se restringia a uma dimensão puramente adjetiva, pois visava tutelar apenas os direitos das partes envolvidas nos processos: direito ao contraditório, à ampla defesa, à produção de provas, à assistência por advogado, etc.

Neste período, a Suprema Corte Americana, em uma série de casos conhecidos como **Slaughterhouse cases**, sedimentou o entendimento de que o Poder Judiciário não poderia invalidar deliberações do Poder Legislativo, baseando-se num juízo sobre o mérito do ato normativo (Lumen Juris, 2003, p. 84).

Relativamente à segunda fase, destaca:

Essa concepção só foi alterada no final do século XIX, quando a Suprema Corte norte-americana, a partir de uma visão sacralizadora dos princípios do liberalismo econômico, passou a invalidar normas editadas pelo Legislador que interferiam na liberdade de contratação e no direito de propriedade. Tal fase ficou posteriormente conhecida como **Lochner Era** [grifos do autor], em razão do **leading case Lochner v. New York**, julgado pela Suprema Corte americana em 1905 (mesma editora, edição e página).

Esclarece, Sarmiento, a natureza do julgamento:

Discutia-se, naquele julgamento, a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que fixara jornada máxima de trabalho para a profissão de padeiro. A Suprema Corte Americana decidiu, no caso, que a lei em questão violava o devido processo legal, por interferir na liberdade de contratação das partes, que teriam o direito de estabelecer as cláusulas do contrato sem qualquer interferência do Poder Público (mesma editora, edição e página).

Adita, ainda, sobre a segunda fase:

Esta tese frutificou na jurisprudência norte-americana, tendo a Suprema Corte se transformado no maior bastião de defesa dos princípios do **lasser faire, laisser passer. A doutrina Lochner levou os tribunais americanos a invalidarem leis que interferiam na economia ou que tutelavam as relações de trabalho, impedindo o desenvolvimento de um direito social nos Estados Unidos** (Lumen Juris, 2003, p. 84).

O autor passa, a partir do parágrafo seguinte, a falar da terceira fase:

O prestígio desta teoria perdurou até a década de 30, quando ela se chocou frontalmente com a política intervencionista promovida, nos moldes keynesianos, pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, através da qual o Estados Unidos estavam conseguindo superar a grande depressão que se abatera sobre o país depois da queda da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Após um período de grave tensão política entre o Presidente, que contava com amplo apoio popular, e a Suprema Corte, esta acabou capitulando e revendo sua concepção da cláusula do devido processo legal (Lumen Juris, 2003, p. 85).

Acerca dessa mudança de orientação, da Suprema Corte, comenta o mesmo autor:

Assim, a partir do final da década de 30, o eixo do devido processo legal substantivo se transferiu das liberdades econômicas para os direitos fundamentais. De fato, desde o julgamento do caso **United States v. Carolene Products**, a Suprema Corte passou a adotar critério muito mais rígido para o controle de constitucionalidade das normas que afetam o exercício dos direitos fundamentais consagrados no **Bill of Rights** – carta de direitos inserida nas 10 primeiras à Constituição americana.

Desde então, o **due process of law** transformou-se num poderoso instrumento para a defesa dos direitos constitucionais do cidadão norte-americano diante dos caprichos do legislador (Lumen Juris, 2003, p. 85).

Com relação ao ponto em exame, faz ainda Sarmento registro que temos por pertinente, e procedente:

Assim, muito embora a maleabilidade inerente a cláusula do **due process of law** torne difícil a sua conceituação prática, é possível afirmar que a aplicação deste princípio tem permitido ao Poder Judiciário, no direito norte-americano, o exercício do controle sobre a razoabilidade e a racionalidade das leis, sobretudo daquelas que repercutem sobre direitos fundamentais (mesma editora e ano, p. 86).

## **CAPÍTULO VI - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.**

### 6.1 A “confusão doutrinária”, envolvendo as duas máximas.

Valeschka e Silva Braga tem obra – aqui antes já mencionada, com a transcrição de algumas passagens – versando, exclusivamente, sobre o ponto (denomina, por sinal, à proporcionalidade, de princípio, no que acompanha, no particular, outros doutrinadores). No item 4.1 de sua obra, trata do tema cuja denominação é exatamente aquela que usamos acima – “a confusão doutrinária”, é o título que utiliza.

Refere quatro correntes, a respeito, e cita seus seguidores.

Na primeira delas, “alguns autores fazem referência a um deles” - os princípios, pois (Juruá Editora, 2006, p. 99). Refere, dentre tais autores, Juarez de Freitas e Maria Sylvia Zanella di Pietro. Congrega, a segunda corrente, aqueles que vêem proporcionalidade e razoabilidade como fungíveis. Relaciona seus seguidores: Carlos Roberto Siqueira de Castro, Daniel Sarmiento, Edílson Pereira Nobre Júnior, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Santiago Dantas e Suzana de Barros Toledo (p. 100). Os doutrinadores da terceira corrente consideram os dois princípios (nomenclatura utilizada pela autora) ) “como incluídos um no conteúdo do outro”. Indica seus seguidores: Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Odete Medauar, Miriam Tôrres e Raphael Sofiati (mesma página 100). Finalmente, a quarta dá as máximas como distintas. Arrola, também, seus seguidores: Germana de Oliveira Moraes, Willis Santiago Guerra Filho, Helenilson Cunha Pontes, Humberto D’Ávila, Luís Virgílio Afonso da Silva, Gustavo Ferreira Santos e Ricardo de Paula (p.100).

A respeito dessas visões diferenciadas, aduz ainda:

As contradições encontradas na doutrina pátria são inúmeras. Exemplo disso é que, enquanto para Odete Medauar o princípio da razoabilidade está contido no da proporcionalidade, para Celso Antônio Bandeira de Mello, este é mera faceta daquele. Caio Tácito, por sua vez, trata os referidos critérios como

análogos, mas sempre a eles se refere de forma distinta (princípios da proporcionalidade e da razoabilidade) (Juruá Editora, 2006, p. 100).

A autora refere critério de diferenciação que, a nosso pensar, merece uma observação. Assim, anota que “alguns autores, aliás, apenas diferenciam a razoabilidade e a proporcionalidade em razão da territorialidade, pois, enquanto a primeira expressão é utilizada pelos americanos, a segunda o é pelos europeus” (p. 100).

Ora:

Diferenciação, na hipótese, há que resultar da natureza, da essência de cada coisa em exame, não de nomenclatura diversa, em regiões diversas.

De maneira específica, Valeschka S. Braga indica passagens, de trabalhos de consagrados doutrinadores, onde ressalta a confusão terminológica em exame. Das situações que aponta, transcreveremos apenas algumas – para que não nos estendamos, demasiadamente, sobre o assunto.

Assim, cita Margarida Lacombe Camargo, sustentando, a autora, que aquela incorre em equívoco, quando afirma

O equilíbrio ou a **proporcionalidade** [grifo da autora] entre meios e fins almejados na lei, no momento de sua aplicação, só poderá ser encontrada, assim, na razoabilidade da decisão judicial [grifos da autora], cuja justificativa constrói-se argumentativamente (Juruá Editora, 2006, p. 101).

Como teremos oportunidade de justificar, no final da presente parte, filiamo-nos à corrente que entende pela distinção dos dois conceitos – não são, pois, proporcionalidade e razoabilidade, ao que pensamos, a mesma coisa. São figuras, são conceitos diversos, e nesse entendimento estamos acompanhando Valeschka S. Braga. Se assim é – se pensamos que proporcionalidade e razoabilidade são coisas diversas – entendemos, em consequência, que Margarida L. Camargo incide em equívoco, quando, no trecho transcrito, não estabelece tal distinção, antes usa as palavras (com as significações que implica) como sinônimas.

Continua, a autora, a arrolar manifestações de vários doutrinadores, apontando, pois, de maneira concreta, as divergências reinantes na espécie.

Refere, agora, Carlos Ari Sunfeld, para quem “a proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade” (Juruá Editora, 2006, p. 105). E completa a autora: “Aliás, para o administrativista pátrio, é a razoabilidade que identifica se há ou não interesse público e proveito social, sendo a proporcionalidade o “**princípio da proibição do excesso**” [grifos do autor]. A nosso pensar, confuso o tratamento, abrigando equívocos.

Cita Maria Sylvia Zanella di Pietro: “O princípio da razoabilidade exige **proporcionalidade** [grifo do autor] entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar” (Juruá Editora, 2006, p. 105).

Dizer que a razoabilidade exige proporcionalidade é, obviamente, confundir os conceitos.

Continua, Valeschka S. Braga, apontando, concretamente, textos de renomados doutrinadores, onde presente a confusão doutrinária em foco:

Jete Fiorati e Fiorati Júnior, em texto em co-autoria, consideram a proporcionalidade corolário da razoabilidade. Miriam Torres “considera a razoabilidade mais ampla que a proporcionalidade” (Juruá Editora, 2006, p. 106). Entende, de sua vez, Salomão Ismail Filho, que a razoabilidade é “resultante dos elementos da proporcionalidade” (mesma obra e edição, p. 107). Sustentam Odete Medauar e Maria Rosynete Lima que “o princípio da razoabilidade está contido no da proporcionalidade” (mesma editora, edição e página). Fala, José Afonso da Silva, em “proporcionalidade razoável” (mesma editora, edição e página).

Ante tantos exemplos, cremos nos seja permitida a afirmativa de que, no particular, existe um verdadeiro caos doutrinário, tantas e tão divergentes são as visões, individuais, de uma mesma situação.

## 6.2 Dessemelhanças entre as máximas.

Nesta parte do presente estudo, pretende-se apontar semelhanças e dessemelhanças entre as máximas de proporcionalidade e da razoabilidade. Iniciamos pelas dessemelhanças, por uma razão específica: temos que, no que respeita às semelhanças, vamos localizar ponto relevante, na matéria. Pretendemos, com o tratamento de tal ponto, pôr fecho às nossas considerações, no que respeita, portanto, a convergências e afastamentos das duas máximas. Iniciamos o estudo, em consequência, pela indicação das dessemelhanças.

Continuamos a nos valer, no particular, dos subsídios de Valeschka S. Braga, colhidos em sua obra “Princípios da Proporcionalidade & Razoabilidade”. Quando cuida da questão, no trabalho apontado, a autora cita, inclusive, Helenilson Cunha Pontes. Esse doutrinador, segundo as transcrições de Valeschka S. Braga, indica quatro circunstâncias, correspondentes a diferenciações entre proporcionalidade e razoabilidade. Examinaremos esses quatro critérios, indicados pelo doutrinador mencionado, transcrevendo-os, entretanto, no que nos pareça essencial, fundamental.

O primeiro, dos critérios de diferenciação, conforme aquele autor, seria “pelo grau de motivação racional”. Justifica o entendimento:

A motivação exigível na proporcionalidade é maior que a reclamada na razoabilidade. É dizer, enquanto naquela impõe-se “**uma necessária fundamentação procedimentalizada**” [grifos do autor], pois a decisão depende do resultado de três juízos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a razoabilidade exige apenas a abstenção de conduta irracional, irrazoável (Juruá Editora, 2006, p. 122).

Efetivamente: Enquanto a razoabilidade é conceito flexível, que se propõe à solução, justa, de uma situação concreta, a proporcionalidade obedece a normas prévia e tecnicamente elaboradas. Aplica-se, esta, a casos concretos, porém obedecendo a critérios adredemente fixados.

Valeschka S. Braga aborda a questão, em páginas anteriores. Quando discorre sobre o devido processo legal (matriz, consoante sabido, da razoabilidade), invoca o magistério de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula [...] due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na formação da fé democrática que processamos. Due process não é um instrumento mecânico. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo (Juruá Editora, 2006, p. 42).

Após a transcrição de Siqueira Castro, aduz, ela própria, referindo-se ao devido processo legal:

Assim, ele enseja a aferição de se o exercício de determinada conduta estatal ocorreu ou não dentro do sentimento comum considerado em cada momento histórico. **Portanto, essa garantia não por acaso permanece com conceito flexível** [grifo nosso], mas, sim, para ser concretizada e interpretada em conformidade com os casos que vão surgindo no desenvolvimento das relações na sociedade (Juruá Editora, 2006, p. 42).

E completa, no particular:

De fato, mesmo os Estados Unidos, onde o sentido do due process of law possui uma abrangência diversa da existente no Brasil, sendo mais ampla, **não há uma definição rigorosa** [grifo nosso] – de forma até proposital - permitindo-se, aos juízes, desenvolvê-la (mesma editora, ano e página).

Reforça esse entendimento, em outra passagem: “ ... a razoabilidade é aplicada intuitivamente pelos juízes norte-americanos, como a virtude do homem prudente” (Editora Juruá, 2006, p. 114).

Na mesma linha do que aqui se está sustentando, invoca Peter Craig, doutrinador inglês:

A proporcionalidade, segundo o autor inglês, é mais estruturada, pois passa pelos três estágios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - sendo que, por isso, exige uma justificação mais específica e objetiva do Poder Público para a adoção da medida limitativa (Juruá Editora, 2006, p. 122).

Toda essa argumentação, antes aduzida, se estabelece em torno daquele critério de diferenciação, entre proporcionalidade e razoabilidade, caracterizado por Helenilson Cunha Pontes como sendo “pelo grau de motivação racional”.

Há que passar, em consequência, ao segundo critério, indicado por Helenilson Pontes. É aquele ao qual se refere como sendo “pelo conteúdo”. Dele, diz o que se segue:

A proporcionalidade se consubstancia, principalmente, no exame da relação meio-fim, enquanto a razoabilidade apenas exige a motivação racional da medida, apreciando os interesses concretamente estudados.

Pela razoabilidade, é avaliado se a conduta estatal levou em consideração todos os interesses envolvidos. Posteriormente, pela proporcionalidade, analisa-se – diante de uma decisão já considerada racional, se a medida guardou relação entre os meios e o fim (mesma editora, ano e página).

Temo-lo por considerável. Com isto, passamos ao terceiro critério. Qualifica-o, Helenilson Cunha Pontes, como sendo “quanto à natureza”. Define-o:

A razoabilidade é um princípio geral de interpretação, desviando o intérprete do caminho do irrazoável.

A proporcionalidade, por outro lado, é, além de critério de interpretação, um princípio jurídico material, decorrente do Estado de Direito, que determina a maximização das aspirações constitucionais. Assim, para ser com ela compatível, a medida, além de racional, deve otimizar os comandos da Constituição (Juruá Editora, 2006, p. 123).

Quanto ao último critério, de que fala Cunha Pontes, qualifica-o como sendo “pelas funções eficaciais”. Dele trata em três parágrafos. Parece-nos, contudo, que, no primeiro, contém-se a essência do que seja o critério. Por isto, apenas o transcrevemos: “Enquanto a razoabilidade bloqueia a concretização de medidas socialmente consideradas irrazoáveis, a proporcionalidade também otimiza a consumação dos interesses constitucionalmente tutelados” (Juruá Editora, 2006, p. 123). Tem, com o critério anterior, o ponto comum da otimização dos comandos constitucionais.

Assinaladas, portanto, à saciedade, ao que pensamos, as dessemelhanças entre as máximas.

### 6.3 Semelhanças entre as máximas.

No apontamento das semelhanças entre as máximas, vamos reproduzir, em princípio, os subsídios de Valeschka S. Braga, conforme fizemos, com respeito a outros pontos. Ao final, aduziremos considerações que são próprias.

Quanto a Valeschka S. Braga, destacaremos, de seu texto, apenas as referências que nos pareçam mais significativas.

A primeira delas:

A proporcionalidade, tanto quanto a razoabilidade, visa a proteção do administrado em face do Poder Público, sendo **“a defesa daquele que padece de poder diante do Poder”** [grifos do autor]. De fato, os princípios em questão possuem como fito vedar os abusos estatais (Juruá Editora, 2006, p. 111).

Inquestionável, ao que pensamos, o objetivo comum às máximas – “a defesa daquele que padece de poder diante do Poder”, conforme as palavras que a autora transcreve.

A segunda, das referências aludidas:

Também apresentam ponto de semelhança no fato de que ambos são princípios e **“requisitos de validade originariamente implícitos nos sistemas jurídicos”** [grifos do autor]. Assim, na estrutura escalonada de normas no ordenamento jurídico, estão em posição de hegemonia em relação às regras (mesma editora, edição e página).

Correto, ao que pensamos, o entendimento da autora, na questão: sendo, proporcionalidade e razoabilidade, ambas, pois, “cânones de interpretação” (conforme visto no item 5.2 deste trabalho), estão, por isto mesmo, – em plano superior ao das regras. “Em posição de hegemonia”, na expressão de Vasleschka S. Braga.

A última, das transcrições a que nos propomos:

Ao contrário do que afirma Gustavo Ferreira Santos, a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios jurídicos de interpretação, pois vinculam a todas as pessoas – físicas e jurídicas, públicas e privadas – do ordenamento, e auxiliam na apreensão do sentido das demais normas (Juruá Editora, 2006, p. 112).

Acompanhamos a autora, na sua divergência com Gustavo Ferreira Santos. Proporcionalidade e razoabilidade são máximas. E como tal, “auxiliam na apreensão do sentido das demais normas”, consoante sustenta Valeschka S. Braga.

As três transcrições – cujo teor acompanhamos – são da obra de Vaslescha S. Braga. Às mesmas, vamos acrescentar argumentação que corre por nossa conta.

Para tanto, vamos relembrar questão de que tratamos no item 5.3 do presente trabalho – conceituação da máxima da razoabilidade. Vimos, então – com apoio em doutos doutrinadores – que a razoabilidade é conceito flexível, sem contornos precisos, e definidos, variável, inclusive, no curso do tempo.

“ ... é uma orientação, uma diretiva interpretativa “ não “mero controle formalístico”. Seu aprisionamento “em um conceito fechado e preciso acabaria por engessar sua aplicação no controle dos atos do Poder Público”. São palavras, que antes reproduzimos, de Sérgio Sérgio S. Cristóvam, em sua obra “Colisões entre princípios constitucionais” (Juruá Editora, 2007, p. 203).

Invocamos, igualmente, o magistério de Valeschka S. Braga, quando assinala que “ ... é difícil apreender o conteúdo da razoabilidade, não sendo possível demarcar-lhe exatamente os limites” (Juruá Editora, 2006, p. 46). Em Valeschka S. Braga colhemos o subsídio de Carvalhido Filho de que a razoabilidade é critério que se situa “dentro dos limites do aceitável”, como vimos o entendimento, daquele autor, de que o significado de aceitável “varia segundo o tempo e o lugar de sua mensuração (Juruá Editora, 2006, p. 46).

Isto assentado – e a questão assinalada não gera divergências – há que lembrar que o ato irrazoável importa em inconstitucionalidade. A violação da razoabilidade importa, juridicamente, nessa consequência.

Pois bem.

Nos casos em que o ato do Poder Público não atende à submáxima da necessidade, ou da adequação (ou a ambas), é, por isto mesmo, irrazoável. A consequência é, de igual modo, a invalidade, a inconstitucionalidade. Nisto, portanto, equiparam-se, geram o mesmo efeito, razoabilidade e proporcionalidade.

Dentro daquela amplitude do conceito de razoabilidade, cabem, a nosso pensar, as situações acima indicadas.

Nas hipóteses de aplicação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, essa é situação singular, indubitosa. Operou, aí sim, à plenitude, e só ela, a máxima da proporcionalidade

#### 6.4 Conclusões de Valeschka S. Braga, no tocante à relação proporcionalidade & razoabilidade.

A autora, no item 4.4 de seu trabalho, apresenta o que chama de “síntese do posicionamento adotado” (p. 123). Em tal síntese, ratifica sua posição, pela distinção das máximas. E enumera nada menos que seis critérios, identificadores de tal distinção.

Pensamos, no caso, também como a autora indicada. Embora tenham pontos em comum, as máximas se distinguem.

Dos seis critérios que Valeschka S.Braga aponta, ressaltaremos dois. Parecem-nos suficientes.

O primeiro deles se estabeleceria “em virtude de sua origem” (p. 124). Disserta a autora, a respeito:

É unânime a doutrina no sentido de que a matiz (sic) da razoabilidade é o **substantive due process of law** desenvolvido na jurisprudência norte-americana, enquanto a proporcionalidade foi e vem sendo aperfeiçoada pelo Tribunal Constitucional Alemão (Juruá Editora, 2006, p. 124).

Outro critério adotado pela autora, em sua síntese, é aquele que caracteriza como “pelo nível da objetividade”. Temo-lo como absolutamente convincente.

Eis como Vasleschka S. Braga o apresenta:

A noção do que é razoável tende à variação, pois deve se adaptar aos valores presentes em determinado momento histórico, em cada sociedade. Assim, a **reasonable** pode e deve variar de acordo com o senso comum. Já à proporcionalidade se pretende dar uma noção mais objetiva, **válida de modo perene no tempo e no espaço**” [grifos da autora].

**É que os critérios da proporcionalidade são predefinidos, enquanto a razoabilidade possui um conteúdo mais subjetivo** [grifos nossos], pois envolve a percepção do bom senso admitido pela comunidade, que acaba variando de acordo com os padrões do próprio intérprete (Juruá Editora, 2006, p. 126).

Patentes, ao que temos, a existência de dessemelhanças, marcantes, significativas, entre as duas máximas.

#### 6.5 Nossas conclusões, no particular.

Nossas conclusões, evidentemente, ajustam-se às considerações até agora desenvolvidas. Lastreiam-se na fundamentação que se segue.

A verificação atinente à razoabilidade (ajustamento do ato em exame aos contornos da máxima) diz respeito à validade. O ato atenderá, ou não, à máxima. Consequentemente, terá validade ou não.

Já no que respeita à proporcionalidade, se se chega à aplicação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, se se procede ao sopesamento, atendidas, portanto, as submáximas da adequação e da necessidade, está se operando no plano do peso, não da validade. A diferença de tratamento é equivalente àquela que se caracteriza nos casos de conflitos de regras e de colisões de princípios. A primeira opera na dimensão da validade, o segundo na dimensão do peso. É, esta, a lição de Alexy.

Tem, pois, a proporcionalidade, nota distintiva da razoabilidade, na situação que apontamos. Têm as duas máximas, conforme vimos, pontos em comum. Não obstante, têm pontos que as extremam. Filiamo-nos, assim, à corrente

que entende que as duas máximas são distintas, são autônomas. É como pensamos, no particular.

## CAPÍTULO VII - A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.

7.1 Está, a máxima da proporcionalidade, sendo aplicada pelos tribunais brasileiros? Tem, a mesma, se refletido na jurisprudência nacional?

A resposta é obviamente positiva. Tratando-se de máxima que tem, no direito atual, a importância já antes assinalada, neste trabalho, não teria como ser ignorada, pelos tribunais. Irrecusável sua aplicação.

Evidente, também, que os casos de aplicação da máxima não constituem o cotidiano dos tribunais. Tais casos não são frequentes. Mas, quando ocorrem, a hipótese se resolve aplicando-se a mesma.

Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, órgão que atualmente preside, dá seu testemunho, naquele sentido. Referindo-se à proporcionalidade, em obra em co-autoria ( com Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco), assinala que “é cada vez mais frequente a utilização do aludido princípio na jurisprudência do STF, como se pode verificar os inúmeros precedentes” (Editora Saraiva, 2008, p. 336).

Em nota de rodapé (nº 140), relaciona seis Acórdãos, recentes, onde foi aplicada a máxima (mesma obra, editora e página). Desses Acórdãos, selecionamos dois, para aquele trabalho que Alexy denomina de dogmática normativa. Referindo-se a esta, acentua que “a questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto” (Malheiros Editores, 2008, pp. 35/36).

Enfatizamos que, a nosso pensar, não se trata tão só da dimensão analítica, porque esta, conforme ainda as palavras de Alexy, “diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente” (mesma obra e edição, p. 33).

No caso, pretende-se mais. Não se pretende, tão só – conforme já assinalado - dissecar o direito vigente, mas, sim, efetivamente, consoante a lição de Alexy, “determinar qual a decisão correta em um caso concreto”.

Para tal fim, tomamos dois casos como paradigmáticos. Num deles, a decisão parece-nos insuscetível de reparos. No outro, parecem-me cabíveis tais reparos. No mínimo, o julgado abre caminho a divergências conceituais.

7.2 Caso de aplicação, a nosso ver, irrepreensível, da máxima da proporcionalidade.

É pelo caso, que estamos vendo como contendo a característica acima indicada, que iniciamos nossa análise. Trata-se do Acórdão que julgou o pedido de intervenção federal, nº 2.915-5, requerente Nair de Andrade e outros, requerido o Estado de São Paulo, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 28.11.2003.

O Ministro Marco Aurélio, em seu relatório, situou a hipótese:

Nair de Andrade e outros requerem o deferimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, diante do não pagamento de valor requisitado em precatório que envolve prestação de natureza alimentícia, expedido em 1997, para inclusão no orçamento de 1998. O processo teve início em 1987 (p. 153 do processo).

Hipótese absolutamente singela, para fim de compreensão: pedido de intervenção federal, ante o não pagamento de precatório.

Sendo este o caso, o voto do Relator, longo (fls. 158/177, portanto, 20 páginas), foi no sentido do acolhimento do pedido, com a decretação da intervenção.

Restou isolado, contudo, o Relator. Divergiu o Ministro Gilmar Mendes, sendo acompanhado pelos demais Ministros – e relacionaremos, mais à frente, todos aqueles que participaram da votação.

O Ministro Gilmar Mendes, é, reconhecidamente, eminente constitucionalista, conhecedor do direito alemão, e, sendo assim, da obra de Alexy. No caso, proferiu voto, onde expõe, com propriedade, em que consiste a máxima da proporcionalidade, justificando sua aplicação à hipótese. De seu voto, vamos transcrever apenas algumas passagens, que nos permitirão, contudo, conhecer, suficientemente, o conteúdo da manifestação, seu entendimento, enfim, acerca da proporcionalidade.

De início, situa o conflito de princípios, ou de interesses, de maneira a justificar sua solução, através da máxima da proporcionalidade. Vejamos como o faz:

No processo de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, verifica-se, de imediato, um conflito entre a posição da União, no sentido de garantir a eficácia daqueles princípios constantes do art. 34 da Constituição, e a posição dos Estados e do Distrito Federal, no sentido de assegurar sua prerrogativa básica da autonomia ...

Diante desse conflito de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade (p. 178).

Faz, no parágrafo seguinte, a vinculação da máxima com os direitos fundamentais:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou, ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais ... (p. 179).

Prossegue, no parágrafo subsequente:

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios ... (p. 179).

No final do mesmo parágrafo, expõe como, em termos práticos, opera a proporcionalidade:

... pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais (p. 179).

Resume, após, quando, em que situações, aplica-se a máxima:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade (p. 179).

Após mencionar as três máximas parciais, discorre sobre elas – sendo dispensável a transcrição da passagem, a nosso ver, porque já abordamos o tema, anteriormente.

Após a abordagem, teórica, da máxima, o Ministro Gilmar Mendes passa a examinar o caso concreto, face às submáximas que compõem a proporcionalidade.

Faz tal análise como se segue:

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito àqueles mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais (p. 185).

A seguir, considera a máxima parcial da necessidade:

Também é duvidoso que o regime de intervenção seja necessário, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado (p. 185).

Examinou o Ministro, por fim, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito:

A intervenção não atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade (p. 185).

Com base nos fundamentos que expôs – dos quais apresentamos apenas alguns (aqueles que nos pareceram mais relevantes) – o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de intervenção.

Os demais Ministros presentes (também já ressaltamos) aderiram à divergência. Fizeram-no a Ministra Ellen Gracie, mais os Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Restou vencido, isolado, conforme já acentuado, o Relator, Ministro Marco Aurélio.

Nossa conclusão, sobre o julgamento, e seu resultado, é que o caso era, efetivamente, de aplicação da máxima da proporcionalidade, e que adequada, correta, a fundamentação aduzida. Daí nossa afirmativa, contida na denominação do presente item, de que o caso foi de aplicação, irrepreensível, da máxima da proporcionalidade.

### 7.3 Caso singular, com aplicação, discutível, da máxima.

Estamos nos referindo a julgado do Pretório Excelso que examinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.453-7, do Distrito Federal, requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requeridos o Sr. Presidente da República e o Congresso Nacional, interessada a Associação dos Advogados de São Paulo, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, Acórdão de 30/11/2006, publicado no D.J. de 16/3/2007.

A hipótese apreciada foi a seguinte:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ação para o fim de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei Federal nº 11.033, de 21/12/2004, que “altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para incentivo à Modernização e a Ampliação da Estrutura Portuária”. As leis alteradas, segundo consta do Relatório da Ministra, foram: nº 10.865, de 30/4/2004; nº 8.850, de 28/1/1994; nº 8.383, 30/12/1991; nº 10.522, de 19 de julho de 2002; nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23/7/2004. Segundo a praxe legislativa, dava, ainda, “outras providências”. Dentre as “outras providências”, de que cuidou a lei, estava a inclusão, no texto da mesma, do questionado art. 19, com a seguinte redação:

Art. 19. O levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial somente poderá ocorrer mediante a apresentação ao juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a seguridade social, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.

Parágrafo único, do artigo transcrito, com dois incisos, excluía da obrigatoriedade tratada no **caput** os créditos de natureza alimentar e as dívidas de pequeno valor.

A argumentação do autor é de que a norma afrontaria os arts, 100 e § 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, uma vez que “não há no art. 100 qualquer permissão para, por lei, criar-se requisito para pagamento de precatório. Condicionar o levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial à apresentação de certidões negativas de débitos para com a Fazenda fere também a coisa julgada, criando condições inaceitáveis para sua execução”.

O Congresso Nacional prestou informações, alegando inexistir agressão à Constituição na norma questionada, que seria “medida moralizadora, evitando o pagamento de precatórios a Devedores da União, Estados, Municípios, Previdência Social e FGTS”. Ainda, que “não seria justo obrigar o Estado a

pagar quem lhe deve, sem que antes o devedor acerte as contas com o contribuinte”. Ao final, requereu o não deferimento da medida cautelar pedida e, ainda, dever “a matéria ser objeto de ampla discussão com respeito ao princípio do contraditório, para que não prevaleça a presunção de inconstitucionalidade de uma lei que atende aos ditames supremos da Constituição e foi aprovado em regular processo legislativo”.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação, afirmando que o argumento apresentado pelo autor “não merece prosperar, pois os comandos constitucionais acerca do pagamento de precatórios não impedem a exigência estabelecida no ato normativo impugnado, nem com ela são incompatíveis”, pois “o art. 100 da Lei Fundamental não é exaustivo e traz tão-somente disposições essenciais, garantidoras do cumprimento de decisões judiciais que condenem a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal em obrigação de dar. Sua finalidade, portanto, é conferir efetividade de execuções contra a Fazenda Pública. Uma vez que não esgota a disciplina do pagamento mediante precatório, depreende-se que o legislador infraconstitucional poderá estabelecer outras normas a respeito, desde que sejam compatíveis com o seu escopo e não desfigurem o instituto que regulamentam”.

A Procuradoria-Geral da União opinou, contrariamente, pela procedência da ação, em manifestação que a Ministra Relatora denomina de “cuidadoso parecer”. Afirma, nesse Parecer, que “o dispositivo legal é, de fato, inconstitucional”.

A Associação dos Advogados de São Paulo requereu e lhe foi deferido pela primeira relatora, a Ministra Ellen Gracie, a condição de **amicus curiae**, tendo feito juntada de razões, postulando também a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

Após pedido de preferência, formulado pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o processo foi posto em pauta, procedendo-se a seu julgamento.

O pedido foi acolhido, julgando-se a ação procedente, com a declaração da inconstitucionalidade pleiteada, tudo nos termos do Acórdão que se segue:

### A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Vice-Presidente Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.

A Relatora – antes já assinalamos – foi a Ministra Carmen Lúcia, e o Acórdão tem a data de 30/11/2006, tendo sido publicado no D. J. de 10/03/2007.

#### 7.3.1 O posicionamento da Ministra Relatora.

A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, alinha vários argumentos, em favor de sua conclusão, no sentido da procedência da ação. Vamos analisá-los, na ordem em que se apresentam, destacando, obviamente, os pontos que nos pareçam mais relevantes. Assim, registra a Relatora, literalmente:

As formas de obter a Fazenda Pública o que lhe é devido e a constrição da contribuição para o pagamento de eventual débito havido com a Fazenda Pública estão estabelecidos no ordenamento jurídico e não podem ser obtidos por meios que frustrem direitos constitucionais dos cidadãos (p. 316).

Efetivamente:

As disposições que disciplinam matéria de precatórios estão, no nosso sistema, contidas, minudentemente, na Carta Constitucional. Não há espaço, nem autorização na nossa Carta Maior, para aditamentos infraconstitucionais – muito menos para regras que abalem, de qualquer forma, o texto constitucional.

Ainda no ponto, registra a Relatora: “Ademais, tal como tratada na Constituição, a matéria relativa a precatórios não chama a atenção do legislador infraconstitucional, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada” (p.316).

Refere a Relatora, no parágrafo seguinte, o direito (do jurisdicionado, obviamente) “à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada” (p. 317). Afrontou, a lei impugnada, o princípio da coisa julgada, consagrado no art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Fundamental.

Sustenta a Relatora o desrespeito, até mesmo, ao princípio da separação de poderes. Isto porque estaria, a lei questionada, restringindo “o vigor e a eficácia das decisões judiciais ou da satisfação a elas devidas na formulação constitucional prevalecente no ordenamento jurídico” (p. 317).

Reforça a Relatora o argumento invocado na inicial e acolhido no voto em exame: “Requisitos que podem ser definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser fixados pela Constituição” (p. 318).

Conclui seu voto a Relatora, nestes termos:

Assim, a estatuição de condicionantes e requisitos para o levantamento de precatórios ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatórios judiciais, que não aqueles constantes da norma constitucional, ofendem os princípios da garantia da jurisdição efetiva (art. 5º, inc. XXXVI), o art. 100 e seus incisos, não podendo ser tida como válida. A norma que, ao fixar novos requisitos embaraça o levantamento dos precatórios contraria a Constituição. E foi, exatamente, o que se deu na regra do art. 19 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que, assim, não se compatibiliza com o ordenamento constitucional, não podendo ser tida como válida (p. 319).

Visto, pois, que, em suma, o fundamento, basilar, do voto, foi que o legislador infraconstitucional editou norma que a Carta Maior não autoriza. Demais disso, a norma infraconstitucional (já inconstitucional à falta daquela autorização), muito menos podia aditar, como o fez, no sentido de frustrar o exercício de direito, fundamental, estabelecido pela Constituição.

O direito fundamental, que a lei inconstitucional tentou frustrar – e foi rechaçada pelo julgado em exame – foi, exatamente, o princípio da coisa julgada.

Temos por incensurável o voto da Relatora, que, a nosso pensar, analisou, com propriedade, os pontos centrais, relevantes, da causa.

7.3.2 Outros entendimentos externados. O voto do Ministro Gilmar Mendes e a invocação da máxima da proporcionalidade (que denomina de princípio).

Referimos, anteriormente (item 7.1), passagem da obra de Gilmar Mendes, em co-autoria, onde assinala que “é cada vez mais frequente a utilização do aludido princípio na jurisprudência do STF”. Em nota de roda-pé, arrola seis julgamentos, recentes, em que teria ocorrido a aplicação da máxima. De tais julgamentos, selecionamos dois, que tivemos por paradigmáticos: o primeiro, aquele que apresentamos como de aplicação “irrepreensível”. O segundo é o que ora expomos – no qual temos a aplicação da máxima como de correção discutível. Neste caso é que estamos iniciando a apresentação do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Ao que observamos, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, faz referência à máxima, **en passant**, em dois únicos parágrafos.

No primeiro, daqueles parágrafos, quando refere outras hipóteses, que tinha por assemelhadas, assevera que “são casos flagrantes, também, de lesão ao princípio da proporcionalidade, como, aqui, já foi largamente demonstrado” (p. 336). No segundo, observa que “... no caso, ficou cabalmente demonstrado que temos um modelo absolutamente desnecessário, desproporcional” (p. 337).

Acentuamos, por ora, que (com exclusão do voto da Relatora, a respeito do qual manifestamos juízo de valor) limitar-nos-emos a apresentar a

fundamentação do voto de cada Ministro – após o que nos permitiremos oferecer nossas conclusões, acerca do tema tratado neste Capítulo.

### 7.3.3 O entendimento dos Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

O caso em exame guarda, a nosso ver, peculiaridade. Embora todos os Ministros tenham acompanhado a Relatora, a verdade é que invocaram razões de decidir diversas. Não explicitaram a circunstância, mas aduziram fundamentos, nos votos, não desenvolvidos pela Relatora.

Isto assentado, registramos, sobre o tema, que, dos demais membros do STF, presentes, e que manifestaram voto, invocaram também a máxima da proporcionalidade, como fundamento da decisão, os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

O Ministro Joaquim Barbosa fê-lo nos seguintes termos:

Também eu entendo que a subordinação da solução de créditos, que devem ser pagos mediante precatório à comprovação da ausência de débitos inscritos em dívida ativa, é desproporcional aos limites impostos pelo art. 100 da Constituição, especialmente o seu § 1º, que afirma ser obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verbas necessárias ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado. Assim, o Estado está obrigado a solver suas obrigações, independentemente da existência ou inexistência de créditos oponíveis ao seu credor (p. 325).

Vê-se, pois, que o eminente Ministro limitou-se, no tocante à proporcionalidade, a pouco mais que simples alusão à máxima.

Aditou, ainda: “A Fazenda Pública possui inúmeros mecanismos destinados à salvaguarda de seus créditos, inclusive com a constrição do patrimônio do devedor e o registro em cadastros de inadimplência” (p. 325/6).

De sua vez, o Ministro Cezar Peluso manifestou, em primeiro lugar, seu entendimento de que, na hipótese, ocorria ofensa tanto ao princípio do direito adquirido quanto ao da segurança jurídica.

No ponto que ora nos interessa (ofensa, também, à máxima da proporcionalidade?), assinalou:

Há, em segundo lugar, aquilo que o eminente advogado da Ordem se referiu, quando aludiu ao Parecer do Professor Kiyoshi Harada, ou seja, um caso de abuso legislativo. **A norma não passa pelo teste da proporcionalidade jurídica** [grifo nosso]. Por que? Porque tem por finalidade evidente forçar o pagamento do crédito fiscal, mas não é nem necessária nem adequada a tanto. Não é necessária, pela razão óbvia de que o erário dispõe de modos expeditos de cobranças das execuções fiscais e nem do próprio recurso da compensação, como tentarei demonstrar um pouco mais adiante, quando falar das dificuldades práticas da obtenção de certidões negativas (p. 332).

Referiu o Ministro Peluso, ainda, à razoabilidade, porém “... do ponto de vista prático” (p. 334). Neste trabalho, já tratamos dessa máxima – não, porém, sob aquele ângulo restrito, o invocado “ponto de vista prático”.

7.3.4 A máxima da razoabilidade, invocada pelos Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Lewandowski acentuou, de princípio, que acompanhava a Relatora “... basicamente por três razões, que já foram explicitadas no voto,” (referia-se à Relatora) mas que gostaria de reafirmar” (p. 321).

Coloca, então, as três razões que refere:

Em primeiro lugar, porque esse artigo estabelece novos requisitos, além daqueles previstos no art. 100, para o levantamento dos precatórios.

Em segundo lugar, cria condições não previstas na decisão judicial, proferida no bojo do processo expropriatório ou outro eventualmente, que condene a Fazenda Pública ao pagamento (p. 321).

Toca, então, no ponto ora em exame:

E, finalmente, o terceiro que não foi aventado aqui, parece-me que ofende o princípio da razoabilidade, porque não é razoável que o credor da Fazenda Pública, ao final de uma longa “via crucis” processual, também lembrada aqui pelo Professor Francisco Rezek da tribuna, se veja obrigado a conseguir certidões dos mais distintos órgãos públicos para levantar aquilo que lhe é devido pela Fazenda do Estado (p. 322).

Lembramos que, nesta fase do presente estudo, estamos apresentando, tão só, os fundamentos de cada voto. Após, emitiremos juízo de valor, quanto à questão em exame.

Quanto ao voto do Ministro Eros Grau, transcrevo-o, literalmente, no que pertine à máxima da razoabilidade:

Vou acompanhar o voto da Ministra Carmen Lúcia. Apenas uma brevíssima referência – uma lástima que o Ministro Lewandowski tenha se retirado – com relação ao chamado “princípio” da razoabilidade. Entendo que a pauta da razoabilidade pode e deve ser utilizada no momento da norma de decisão, da tomada de decisão em relação a determinado caso, mas não no momento da interpretação do direito. Não podemos, a pretexto da razoabilidade ou da proporcionalidade, corrigir o legislador, o que podemos fazer é declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Se uma medida, na lei, inteiramente irrazoável, for constitucional, não cabe a este Tribunal corrigi-la. No exame concreto da razoabilidade do preceito nós o aferimos somente pela Constituição. A pauta da razoabilidade não pode ser usada a pretexto de adaptarmos a lei aos nossos desejos ou anseios (p. 323).

Embora já tenhamos registrado, anteriormente, que reservamos a emissão de juízo de valor (no que toca à aplicação da máxima da proporcionalidade, de maneira particular, e à razoabilidade, incidentalmente) para após a exposição da fundamentação de todos os votos, permitimo-nos ligeira consideração, sobre a manifestação do Ministro Eros Grau.

Registramos (excepcionando) que é cediço que a lei não se aplica sem interpretação, não se aplica mecanicamente. Aplicação e interpretação são inseparáveis. Entendemos, com todas as vênias, que a interpretação não exclui a razoabilidade, em nenhuma fase, ou momento. Quando se interpreta há de ter-se em vista a razoabilidade da norma.

Enfim:

Temos – sem prejuízo, evidentemente, do reconhecimento do brilho do prolator do voto em exame – que este, na espécie, não trouxe subsídios de relevância, para a espécie.

7.3.5 O voto do Ministro Carlos Brito, trazendo ao debate a sustentação de ofensa ao princípio do contraditório.

Conforme anotado acima, o Ministro Carlos Brito aditou, com relação às demais manifestações, seu entendimento de que, no caso em exame, a norma impugnada ofendera, também, o princípio do contraditório.

Fê-lo nos seguintes termos:

A via-crucis do precatório passa a conhecer uma nova estação, uma espécie de terceiro turno processual ou, pelo menos, processual administrativo, sem a participação da contrapartida privada. Aí, parece-me, de maneira a ofender o princípio do contraditório, ou do devido processo legal como um todo, que foi um dos parâmetros constitucionais de controle que vi na peça inaugural do processo, sem falar que esse tipo de artigo, o art. 19, do ato legislativo agora adversado para os casos já decididos, altera mesmo o que o juiz do feito deliberou quanto a depósito e levantamento das quantias constantes do precatório (pp. 327/328).

Parecem-nos cabíveis, adequadas, essas considerações. O aditamento desse fundamento foi oportuno, ao que temos, daí o estarmos registrando.

#### 7.3.6 Nossa conclusão, sobre esse julgamento.

A nosso ver, o voto da Relatora tem fundamentação bastante, satisfatória, à solução da hipótese, desnecessitando de aditamentos. Em suma, o caso era de norma editada sem autorização constitucional (caso de abuso legislativo, na expressão doutrinária), exorbitante, portanto, da Lei Fundamental. Cumulativamente – argumentou a Relatora – a norma, já inconstitucional pela razão apontada, afrontava o princípio da coisa julgada e desrespeitava até mesmo o princípio da separação de poderes.

Ora:

O ato resultante do abuso legislativo constitui nulidade absoluta, incapaz, por isto mesmo, de produzir qualquer efeito.

Esta é uma questão prejudicial. Se o ato é absolutamente inválido, não há que indagar se é adequado, ou necessário. Daí o descabimento, a nosso pensar, da invocação, da aplicação da máxima da proporcionalidade. Daí a afirmativa, no topo do item que estamos abordando, que o caso corresponde a aplicação

“discutível” da máxima. Pensamos que, por cautela, o máximo que se pode admitir, no caso, é que a invocação foi discutível. Se se pretender radicalizar, dir-se-á, sem rebuços, que foi equivocada.

E quanto aos votos onde invocada a razoabilidade?

Como, conforme vimos anteriormente, trata-se de máxima flexível, mutável no tempo (e mesmo no espaço), de conteúdo algo subjetivo, temos por compreensível, por aceitável, esse enquadramento. Admissível no plano teórico, ao que pensamos, a afirmativa de que a norma editada com abuso legislativo constitui ato irrazoável.

De esclarecer-se, contudo, que nosso estudo é pertinente à proporcionalidade. As referências feitas à razoabilidade justificam-se em razão das afinidades entre as duas máximas – também conforme antes já exposto.

#### 7.4 Nossa conclusão, no tema.

Nossa indagação, inicial, é aquela posta no item 7.1: Está, a máxima da proporcionalidade, sendo aplicada pelos tribunais brasileiros? Tem, a mesma, se refletido na jurisprudência nacional?

Vimos, no desenvolvimento do estudo, que é afirmativa a resposta.

Apresentamos dois casos concretos, com solução, um deles, com a qual manifestamos adesão. Quanto ao outro, permitimo-nos manifestar o entendimento de que a invocação, na hipótese, da proporcionalidade, é, no mínimo, discutível, se não equivocada.

A discordância não ilide a afirmativa anterior. Nossos tribunais vêm aplicando a máxima. A nosso ver, de maneira proveitosa para a jurisdição, ou seja, contribuindo para o aperfeiçoamento desta última, no que consultam ao interesse público.

## CAPÍTULO VIII – A PROPORCIONALIDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA.

8.1 Tem tratado, a doutrina brasileira, da máxima da proporcionalidade? Tem a ela dado destaque?

No capítulo anterior, examinamos matéria afim, ou seja, qual o tratamento que a jurisprudência nacional tem dispensado à proporcionalidade. Vimos que nossos tribunais têm aplicado a máxima. Acolheram-na, numa palavra.

Seria ilógico, a nosso pensar, que o mesmo não acontecesse, com relação à doutrina. Não têm porque, a nosso ver, andar distanciadas, uma e outra. A jurisprudência, de ordinário, se abebera nas fontes doutrinárias. E estas, reciprocamente, refletem as manifestações daquela. Resumindo, no ponto: nossa doutrina tem cuidado da proporcionalidade, exaltando-a, valorizando-a.

Neste estudo, citamos, fartamente, autores nacionais, que tratam do tema. Invocamos Valeschka e Silva Braga, que tem, sobre o assunto, excelente obra, a que denominou de “Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade” (Juruá Editora, 2006). Fizemo-lo, igualmente, quanto a Carlos Roberto Siqueira de Castro, que tem, sobre o assunto, obra de larga divulgação, qual seja “O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade” (Editora Forense, 2006). José Sérgio da Silva Cristóvam dá, à sua obra “Colisões Entre Princípios Constitucionais”, o sub-título de “Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica” (Juruá Editora, 2007). O Prof. Geovany Cardoso Jevaux, em seu

trabalho “Direito Constitucional: Teoria da Constituição” (Editora Forense, 2008), dedica o item 4.5 à “Lei de Colisão, a Máxima da Proporcionalidade e as Duas Leis de Ponderação”. Daniel Sarmento cuida do tema, em sua obra “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” (Editora Lúmen Júris, 2003). Suzana de Toledo Barros tem obra cujo título é “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais” (Brasília Jurídica, 2003).

Obviamente que não nos move a preocupação de relacionar todos os trabalhos que, em nossa literatura jurídica, versam o tema. Indicamos alguns daqueles que consultamos, e citamos, ou transcrevemos, em nosso estudo.

Formulamos dois destaques, nessa parte do nosso trabalho.

O primeiro deles para registrar que Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (trabalho em co-autoria, pois) em seu “Curso de Direito Constitucional”, obra de larga aceitação, tratam do tema. Desta obra é que extraímos passagem, que transcrevemos, onde os autores, falando da proporcionalidade, afirmam que é “cada vez mais frequente a utilização do aludido princípio na jurisprudência do STF, conforme se pode verificar os inúmeros precedentes” (Editora Saraiva, 2008, p. 336). Na nota de rodapé nº 140 arrolam os precedentes que referem.

Concluo, no particular, com o magistério de um de nossos mais eminentes constitucionalistas, qual seja Paulo Bonavides.

Do seu “Curso de Direito Constitucional” (Malheiros Editores, 2007), transcrevemos, neste trabalho, afirmativa do publicista alemão Dieter Grimm, alusiva à proporcionalidade. Face a nos encontrarmos no fecho do capítulo, e pela importância que atribuímos à afirmativa, permitimo-nos renovar tal transcrição, constante à página 587 da obra de Bonavides (editora e ano da edição acima indicados):

... na Dogmática dos direitos fundamentais, depois da II Grande Guerra, as inovações mais importantes foram a descoberta do princípio da

proporcionalidade e o desenvolvimento (Entfaltung) do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais.

A afirmativa é, por ela própria, expressiva, significativa. Não carece de aditamentos.

Transcrevemos, a seguir, palavras do próprio Bonavides, que invocamos com o peso da autoridade de autor consagrado.

No item 11 de seu “Curso”, quando trata do “princípio da proporcionalidade e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988”, assinala:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo vigor, no uso jurisprudencial (Malheiros Editores, 2007, p. 434).

No parágrafo seguinte, observa Bonavides, ainda mais enfático: **“Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo ... [grifo nosso]** (Malheiros Editores, 2007, p. 434).

Necessária proclamação mais explícita, sobre a relevância da máxima? Obviamente que não.

## 8.2 Conclusão, sobre o ponto.

Pensamos que o encaminhamento que demos ao capítulo já deixou desnudada a conclusão, no sentido de que a doutrina nacional – tal qual a jurisprudência de nossos tribunais – acolheu a máxima. Dela trata, e faz, dela, juízo absolutamente favorável.

## CONCLUSÃO.

No projeto de dissertação que apresentamos à Instituição, justificamos que a motivação, principal, para a pesquisa em torno da máxima da proporcionalidade recuava ao interesse pelos direitos fundamentais. Pela importância destes, de acordo com as concepções atuais (que foram se formando e consolidando no correr dos séculos), importavam, por consequência, as colisões entre eles, e os instrumentos, jurídicos, de sua solução. Chegava-se, por essa via, à máxima da proporcionalidade, e ao autor que maior contribuição ofereceu à sua feição atual, qual seja Alexy. As questões restantes eram afins: a razoabilidade, por suas relações com a proporcionalidade. A relação proporcionalidade x valor. Visão de jurisprudência e doutrina, acerca da proporcionalidade. Tema central, preocupação central, pois, a proporcionalidade, a partir do interesse pelos direitos humanos.

Discorreremos, em nosso trabalho, sobre todos esses temas (e outros correlatos), sobre cada um deles oferecendo conclusão, a seu tempo.

No fecho que a presente conclusão representa, interligamos os temas, com respostas, na nossa visão, definitivas.

Pesquisamos sobre o que, na terminologia inicial, constituía os direitos humanos, vimos seu percurso histórico, sua positivação, convertendo-se em direitos fundamentais. Concluímos, no ponto, com sábias palavras de Comparato, onde ressalta a magnitude dos direitos fundamentais.

Falamos sobre os princípios jurídicos, onde invocamos Camen Lúcia Antunes Rocha, quando esta acentua que “no princípio repousa a essência de uma ordem ...” (apud Espíndola, 1999, p. 47).

Expusemos sobre a insuficiência dos métodos clássicos, para solução das colisões de direitos. Invocamos, nessa parte, o acatado Norberto Bobbio, onde, em sua “Teoria do Ordenamento Jurídico”, sustenta aquela insuficiência dos métodos clássicos, para a solução aqui considerada. Apresenta os três critérios tradicionais e se pergunta: “**Quid faciendum?** Existe um quarto critério que permita resolver as antinomias desse tipo?” Sua resposta é taxativa: “Devemos responder que não” (Bobbio, 2006, p. 98).

Chegamos, com isto, à máxima da proporcionalidade, como solução atual das colisões de direitos fundamentais.

Na Introdução deste trabalho, registramos nosso entendimento – que ora reiteramos – de que o reconhecimento, pelos cultores do direito, na atualidade, da importância da proporcionalidade, corresponde a uma unanimidade.

Invocamos, no desenvolvimento do trabalho, Valeschka S. Braga, em sua obra “Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade”, quando afirma, referindo-se à proporcionalidade, que “ ... pode ser apontado, atualmente, como o mais importante princípio constitucional”. Fecha o parágrafo, onde contida a afirmação, sustentando que a proporcionalidade exerce “ ... papel extremamente importante na aplicação do Direito” (Juruá Editora, 2006, p. 16).

Na mesma obra, Valeschka S. Braga reproduz expressão de Guerra Filho, que se refere à proporcionalidade como “engrenagem essencial no ordenamento jurídico” (mesma obra, edição e página).

Justificamos o próprio título da dissertação, ressaltando que o adotamos por fidelidade a Robert Alexy, nosso marco teórico.

Estamos ressaltando as circunstâncias para enfatizar que o Projeto, o plano refletido na Introdução foi, efetivamente, cumprido, guardadas as convicções que se refletiam naquela Introdução.

Discorreremos sobre os direitos humanos e os princípios que os acobertam, encaixando-se, nessa moldura, o Estado de Direito.

Abordamos as colisões de direitos, a insuficiência dos métodos clássicos de sua solução, chegamos, com isto, à solução atual, representada pela proporcionalidade.

A abordagem da proporcionalidade leva, naturalmente, ao apontamento de afinidades e dessemelhanças com a razoabilidade. Tal pesquisa foi feita.

Qual seja a visão de jurisprudência e doutrina brasileiras sobre a proporcionalidade foram pontos também examinados – com a conclusão de uma visão favorável da máxima, tanto da jurisprudência quanto da doutrina.

Creemos que fecho melhor não poderíamos colocar nesta conclusão – por espelhar, com fidelidade, nosso entendimento – senão repetir afirmativa do consagrado constitucionalista que é Paulo Bonavides, contida em seu “Curso de Direito Constitucional”, já constante desta dissertação (Capítulo VIII), quando sustenta: **“Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo ... [grifo nosso] (Malheiros Editores, 2007, p. 434)**

Foi dessa máxima – com essa relevância - que tratamos, nesta dissertação.

## REFERÊNCIAS

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no pedido de intervenção federal, proc. nº 2.915-5, requerentes Nair de Andrade e outros, requerido o Estado de São Paulo, Relator para o Acórdão, Ministro Gilmar Mendes, Acórdão de 3/2/2003, publicado no Diário da Justiça de 28.11.2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9.nov.2008.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido na ação direta de inconstitucionalidade, processo nº 3.453-7, requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, Acórdão de 30/11/2006, publicado no Diário da Justiça de 16/3/2007. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9.nov.2008.

Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2008. 669 p.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. **Conflitos entre normas constitucionais**. 2a. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 79 p.

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas**. Artigo publicado na “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, nº 165, jan/março/2005, pp. 123134.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, 1º volume, 466 pp.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. 1ª. ed. Barueri, SP: Editora Manole, tradução de Maurício de Andrade, 2005. 478 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 2006. 184 pp.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.809 pp.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. 1ª. edição, 2ª. tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006. 197 pp.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. 2a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, 1º volume. 462 pp.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006. 450 pp.

COELHO, Luiz Fernando. **Lei**. Verbete publicado na Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1977, vol. 48, pp. 430/442.

COLUCCI, Benjamin. **Direito Romano**. Juiz de Fora: Gráfica Comércio e Indústria Ltda., 1961. 443 pp.

COMPARATO, Fábio Konder . **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 577 p.

**Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF, Senado Federal, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007. 291 pp.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz Júnior. **Dogmática do direito ou jurídica**. Verbetes publicados na "Enciclopédia Saraiva de Direito". 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977, vol. 29, pp. 254/255.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1497 pp.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 385 p.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 4ª. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. 410 pp.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. 298 p.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental.** 6a. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. 141 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. 1.432 pp.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade humana.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 127 p.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1976.381 pp.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.499 p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** 1ª. ed., 3ª. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003. 220 pp.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Artigo publicado na “Revista de Direito Administrativo”, nº 212, 1998, Rio de Janeiro, Editora Renovar, pp. 89-94.